Bulletin Juridique Des Assurances
BJDA
Anciennement Actuassurance
www.bjda.fr

DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS *LICENCE CREATIVE COMMONS*
CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :

N. Sauphanor-Brouillaud et C. Le Corroller, *La détection des clauses abusives*, Dossier FDA n° 2, Actes du colloque « *Droit des assurances et droit de la consommation* », 6 nov. 2020, bjda.fr 2021

La détection des clauses abusives

Natacha Sauphanor-Brouillaud
Agrégée des facultés de droit,
Professeur en droit privé - Université de Versailles St-Quentin-en-Yvelines (Paris-Saclay),
Co-directrice de la Chaire Droit de la consommation de CY Cergy Paris Université,
Membre (personnalité qualifiée) de la Commission des clauses abusives.

Charles Le Corroller,
Ancien secrétaire de la Commission des clauses abusives.

Contrat d'assurance – Droit de la consommation – Clauses abusives - Détection

1. L'attrait des relations qu'entretiennent le contrat d'assurance et les clauses abusives ([1]). peut trouver son origine dans l'action proactive de la Commission des clauses abusives en matière d'analyse des contrats d'assurance. En effet, depuis son instauration en 1978 lors de l'adoption de la législation française en matière de clauses abusives ([2]), la Commission s'est

[1] Le thème des clauses abusives dans le contrat d'assurance a déjà d'ailleurs donné lieu à différentes réflexions doctrinales. Voir J. Kullmann, Clauses abusives et contrat d'assurance RGAT 1996, p. 11 ; L. Villegas, Les clauses abusives dans le contrat d'assurance, PUAM, 1998 ; M. Brushi, La protection des consommateurs contre les clauses abusives dans le contrat d'assurance ; Colloque Lyon III, 21 mars 2014, RGDA 2014, p. 364. Voir égal. Dalloz action, Droit de la consommation. Droit interne et européen, 2021/2022, n°512.20 et s.

[2] La loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services a instauré dans la législation française, via son chapitre IV, intitulé « *De la protection des consommateurs contre les clauses abusives* », la notion de clauses abusives (article 35) et a institué une commission « *chargée de rechercher si les modèles de convention habituellement proposés aux professionnels à leurs cocontractants non*

penchée sur sept grandes catégories de contrats d'assurance (de l'assurance dommage-ouvrage à l'assurance complémentaire à un crédit à la consommation ou immobilier en passant par l'assurance protection juridique et l'assurance complémentaire santé ([3]). Son engouement pour la matière assurantielle s'explique par la volonté de la Commission de venir compléter le régime de protection des assurés déjà existant à travers certains textes d'ordre public du code des assurances afin d'assurer de manière suffisante la protection des intérêts légitimes du consommateur. L'assuré qui souscrit un contrat d'assurance pour des besoins non professionnels répond à la définition du consommateur, issue du droit européen et insérée à l'article liminaire du code de la consommation à savoir *« toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* » ([4]). Dès lors, et conformément à l'article L. 212-1 du code de la consommation, l'assuré va pouvoir bénéficier de la protection relative à la lutte contre les clauses abusives, issue de la transposition de la directive 1993/13 du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Cette nécessité d'enrichir le régime de protection de l'assuré consommateur a été explicitée dans le préambule de la recommandation n°85-04 du 20 septembre 1985 ([5]) relative aux contrats d'assurance destinés à couvrir divers risques de la vie privée (notamment le vol, l'incendie, les dégâts des eaux et la responsabilité civile) et couramment dénommés « multirisques-habitation »). La Commission relève *« […] qu'en effet l'ordre public dont relève le droit de l'assurance est essentiellement un ordre public de protection qui impose un minimum de garanties au profit de l'assuré, mais laisse à l'assureur la possibilité d'octroyer des avantages supplémentaires ; que par conséquent en s'en tenant au minimum légal, lorsque celui-ci ne parait pas suffisant pour assurer la protection des intérêts légitimes du consommateur, l'assureur peut effectivement commettre un abus de puissance économique au sens que donne à cette expression l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 » […]* ([6])». L'action protectrice de la CCA vis-à-vis de l'assuré consommateur a d'ailleurs inspiré le législateur a plusieurs reprises.

2. Ainsi, la loi n°89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen dite Loi Bérégovoy contenait un titre III propre aux dispositions relatives aux contrats d'assurance et à la protection des assurés dont plusieurs, peut-être les plus importantes, provenaient des réflexions issues notamment de la recommandation n°85-04 précitée ([7]). Il y a donc déjà plus de trente ans que des liens forts existent entre d'une part le droit de la consommation et d'autre part le droit du contrat d'assurance avec un objectif commun : une protection optimale de la partie faible à l'opération d'assurance à savoir l'assuré consommateur.

---

professionnels ou consommateurs contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif les clauses abusives » (articles 36 et 37), la fameuse Commission des clauses abusives.

3 Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, Droit des assurances, Précis Dalloz, 14ème éd., 2017, n° 167 et s. qui analysent l'ensemble des recommandations en matière d'assurance antérieures à 2017.

[4] V. égal. P.-G. Marly, L'interprétation du contrat d'assurance, bjda.fr 2020, n° 72.

[5] Publiée au BOCC du 6 déc. 1985.

[6] La Commission se réfère ici à l'abus de puissance économique puisqu'il s'agissait du critère initialement posé de la clause abusive par l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978. Le critère est désormais celui du déséquilibre significatif.

[7] Pour de plus amples développement sur l'influence des recommandations sur le droit du contrat d'assurance, cf. L. Leveneur in *« La Commission source de droit »,* article publié pour le colloque du trentenaire de la Commission des clauses abusives et consultable à l'adresse suivante : http://www.clauses-abusives.fr/2009/03/20/la-commission-source-de-droit/

3. Toutefois, la directive 93/13 pose d'emblée, dans son 19ème considérant la difficile articulation de la législation sur les clauses abusives et celle propre au contrat d'assurance. En effet ce considérant prévoit expressément que les clauses d'un contrat d'assurance qui définissent ou délimitent clairement le risque assuré et l'engagement de l'assureur ne font pas l'objet de l'appréciation du caractère abusif dès lors que ces limitations sont prises en compte dans le calcul de la prime payée par le consommateur. Dès lors l'application du déséquilibre significatif se trouve mise à l'épreuve de l'opération d'assurance (I). Une fois cet obstacle levé, c'est en quelque sorte l'inverse qui se produit. En effet, l'opération d'assurance, bien que respectant les dispositions du Code des assurances, pourrait être déclarée abusive. En d'autres termes, l'opération d'assurance se trouve à mise à l'épreuve du déséquilibre significatif (II).

I/ L'application du déséquilibre significatif à l'épreuve de l'opération d'assurance

4. L'application du déséquilibre significatif se trouve mise à l'épreuve de l'opération d'assurance dont la spécificité est susceptible de contrer deux conditions préalables à la détection de l'abus. D'une part, il résulte de l'article L. 212-1, alinéa 3 du code de la consommation, transposant l'article 4.2 de la directive du 5 avril 1993, que l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte pas sur la définition de l'objet principal du contrat. Or l'objet principal du contrat d'assurance est précisément le risque assuré. Dès lors, la technique de l'assurance pourrait en pratique faire échapper un grand nombre de clauses à l'analyse en termes d'abus. En outre, et toujours conformément à la directive, la recherche de l'abus se cantonne aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs. Or, l'assuré consommateur n'est pas nécessairement le souscripteur du contrat. Là encore, le particularisme des techniques contractuelles de l'assurance risque de brider la mise en œuvre de la législation sur les clauses abusives. L'application du déséquilibre significatif se trouve donc a priori mise à l'épreuve de l'opération d'assurance à la fois s'agissant de l'objet principal du contrat d'assurance (A) et de l'adhésion au contrat d'assurance (B).

A/ L'objet principal du contrat d'assurance

5. La directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives avait parfaitement intégré le particularisme de l'opération d'assurance, et plus précisément de l'objet principal du contrat d'assurance, puisqu'elle le vise expressément dans son 19ème considérant. Après avoir énoncé que « l'appréciation du caractère abusif ne doit pas porter sur des clauses décrivant l'objet principal du contrat ou le rapport qualité/prix de la fourniture ou de la prestation » il précise que l'objet principal du contrat et le rapport qualité/prix peuvent, néanmoins, être pris en compte dans l'appréciation du caractère abusif d'autres clauses. Le législateur européen en déduit « qu'il en découle, entre autres, que, dans le cas de contrats d'assurance, les clauses qui définissent ou délimitent clairement le risque assuré et l'engagement de l'assureur ne font pas l'objet d'une telle appréciation dès lors que ces limitations sont prises en compte dans le calcul de la prime payée par le consommateur ». Est ainsi posé en premier lieu le principe de l'exclusion du risque assuré de l'appréciation de l'abus (1). Cependant, et même si le législateur français a tardé à le transposer ([8]), l'appréciation du caractère abusif des clauses portant sur la définition de l'objet principal du contrat n'est écartée, selon l'article 4.1 de la directive, que si ces clauses sont rédigées de façon claire et compréhensible. Aussi l'exception du défaut de transparence autorise l'appréciation de l'abus des clauses délimitant le risque assuré (2).

1) Le principe de l'exclusion du risque assuré de l'appréciation de l'abus

[8] Ord. 23 août 2001.

6. L'exclusion du risque assuré de l'appréciation de l'abus, qualifiée de « zone de sécurité qui bénéfice aux contrats d'assurance » ([9]) se justifie. Comme l'avait observé M. Kullmann, « la contrepartie de la somme d'argent versée par le souscripteur (prime ou cotisation) consiste en une garantie d'assurance qui correspond elle-même à un engagement juridique (…). Autrement dit c'est l'objet même de l'obligation de l'assureur qui est susceptible d'être regardé comme abusif – alors qu'il ne viendrait à l'idée de personne de soutenir qu'un produit ou une prestation de services peut intrinsèquement présenter ce caractère » ([10]).

7. Cependant, cet obstacle de principe mérite d'être nuancé. En effet contrairement à ce que les textes laissent entendre, la clause portant sur l'objet principal, et donc celle visant le risque assuré, n'est pas exclue du champ d'application de la directive du 5 avril 1993. Bien au contraire, elle « relève (...) du domaine régi par la directive » ([11]). En effet, l'article 4.2 de la directive, relatif à l'objet principal du contrat, n'a pas pour fonction de déterminer le champ d'application de la matière mais d'« établir les modalités et l'étendue du contrôle de fond » de cette stipulation ([12]). La définition de l'objet du contrat n'échappe à un contrôle de l'abus « que dans la mesure » où elle a été rédigée par le professionnel de façon claire et compréhensible ([13]). Par conséquent, en présence d'une clause relative à l'exécution de la garantie d'assurance, le juge doit appliquer une grille de lecture à deux étapes. Il doit en premier lieu se demander si la clause est en lien avec l'objet principal du contrat, puis si elle est rédigée de manière claire et compréhensible.

8. Le juge français ne dispose pas d'une totale liberté lorsqu'il s'interroge sur le point de savoir sur la clause litigeuse participe de l'objet principal du contrat. Il s'agit là d'une notion abstraite que la Cour de justice entend définir de manière autonome au titre de sa compétence d'interprétation ([14]), au même titre d'ailleurs que le déséquilibre significatif ([15]). En d'autres termes, la Cour en contrôle l'application. Il a pu ainsi être relevé que « positivement, l'usage qu'elle fait de son pouvoir d'interprétation peut être vu comme un souci d'assurer la meilleure unification possible des notions au sein de l'Union européenne et négativement comme une limitation du pouvoir laissé aux juges nationaux ([16]). Or, précisément, la Cour de justice considère que la notion d'objet principal doit faire l'objet d'une interprétation stricte puisque l'étendue limitée du contrôle de fond de la stipulation ainsi concernée constitue une « exception au système de protection », mis en œuvre par la directive contre la « situation d'infériorité » du consommateur. Aussi, le périmètre de l'objet du contrat se limite aux clauses « qui fixent les prestations essentielles » et qui définissent « l'essence même du rapport contractuel » ([17]).

---

[9] G. Parléani, « Il aura fallu 17 ans pour tuer « la clause coma » (et peut-être quelques autres) », RGDA juill. 2015, p. 331.
[10] J. Kullmann, Clauses abusives et contrat d'assurance RGAT 1996, p. 11 et s., spéc., p. 12.
[11] CJUE 3 juin 2010, aff. C-484/08, Caja de Ahorros, pts 35 et 43, RTD eur. 2010. 695, obs. C. Aubert de Vincelles ; N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux, et L. Usunier, Les contrats de consommation. Règles communes, *in* J. Ghestin [dir.], Traité de droit civil, 2e éd., 2018, LGDJ, nos 923 et s.
[12] CJUE 3 juin 2010, aff. C-484/08, Caja de Ahorros, pts 32 et 34, RTD eur. 2010. 695, obs. C. Aubert de Vincelles.
[13] CJUE 3 juin 2010, Caja de Ahorros, préc., pt 32 ; CJUE 9 juill. 2015, aff. C-348/14, Bucura, pt 50 : JDE 2014, p. 286, obs. E. Poillot
[14] TFUE, art. 267
[15] Voir *infra*, n°27.
[16] C. Aubert de Vincelles, *La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de droit de la consommation, in Le droit européen de la consommation*, Y. Picod (dir.), mare & martin, Horizons européens, 2019, p. 35 et s., spéc. § 40
[17] CJUE 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Kásler et Kásler Rábai*, pts 49 et 50, Contrats, conc. consom. 2014, comm. 202, obs. G. Raymond, JCP G 2014, 564, note D. Berlin ; RTD eur. 2014 p. 715, obs. C. Aubert de Vincelles.

9. Dans la décision van Hove, bien connue des professionnels de l'assurance, la CJUE a laissé entendre que la clause visant à garantir la prise en charge des échéances dues par le prêteur en cas d'incapacité totale de travail de l'emprunteur, dite encore « la clause coma » ([18]) délimite le risque assuré ainsi que l'engagement de l'assureur ([19]), confirmant ainsi la jurisprudence française en la matière ([20]).

10. Il reste que la notion d'objet principal « est quelque peu nébuleuse en droit des assurances au regard des limites parfois difficilement discernables entre définition du risque, condition de la garantie ou clause d'exclusion » ([21]). Il est donc conseillé dans ces hypothèses de mettre en œuvre les critères de qualification posés par la CJUE : le juge du contentieux de l'assurance doit prendre en *compte* « la nature, » « l'économie générale » et les « stipulations de l'ensemble contractuel » auquel la clause appartient, ainsi que son contexte juridique et factuel ». Si selon une partie de la doctrine, les limitations de garantie délimitent aussi le risque assuré et l'engagement de l'assureur ([22]), telle n'est pas toujours la conception des juges du fond. La Cour d'appel de Paris a ainsi jugé que la clause de cessation de la garantie invalidité en cas de retraite "*définit, non l'objet principal de la garantie, mais les limites de celle-ci*" et qu'elle est donc exclue de la notion d'objet principal du contrat ([23]). L'analyse n'est pas celle de la première chambre civile qui a considéré, dans une autre affaire qu'une telle clause fixe « *les limites du risque assuré* » et relève de l'objet principal du contrat ([24]). De même, en est-il de la clause de cessation de garantie en cas de déchéance du terme pour échéances impayées qui *« définit l'objet principal du contrat en ce qu'elle délimite le risque garanti*» ([25]).

11. Les frontières entre prestations essentielles et clauses accessoires peuvent être également difficilement cernables lorsqu'il s'agit de clauses d'exclusions. Cependant, la Commission des clauses abusives exclut *prima facie* l'application de la législation des clauses abusives aux clauses d'exclusions contractuelles de garantie au motif qu'elles portent sur l'objet du contrat ([26]), ce qui ne l'empêche pas de passer ces stipulations au test de l'abus si elles sont ambigües ([27]) ou présentées en caractères non apparents ([28]).

12. Enfin, lorsque la question concerne la preuve de l'exclusion de la garantie, l'appartenance ou non de la clause à l'objet principal du contrat est éludé. Dans cette hypothèse, le périmètre de sécurité du droit des assurances est bouleversé par la législation sur les clauses abusives. En droit des assurances, il appartient à l'assureur qui se prévaut d'une exclusion de

---

[18] J. Kullmann, RGDA 1998, p. 719.
[19] CJUE 23 avr. 2015, aff. C-96/14, van Hove, pt 36, Act. Lamy Ass., juin 2015, n° 228, p. 1 et s., note A. Pélissier ; G. Parléani, « Il aura fallu 17 ans pour tuer « la clause coma » (et peut-être quelques autres) », RGDA juill. 2015, p. 331.
[20] Cass. civ. 1ère, 13 déc. 2012, n°11-27631, RGDA 2013, p. 362, note M. Brushi ; Cass. civ. 1ère 10 sept. 2014, n°12-20931, RGDA 2014, p. 512, note J. Kullmann.
[21] Dalloz action, *Droit de la consommation. Droit interne et européen,* 2021/2022, n°512.33
[22] Voir not. M. Brushi, obs. sous Cass. civ. 2ème, 22 janv. 2009, RGDA 2009, p 89 et obs. sous Cass. civ. 1ère, 13 déc. 2012, no 11-27631, RGDA 2013, p. 362.
[23] CA Paris, 5 avr. 2016, RG, n°15/00758.
[24] Cass. civ. 1ère, 30 nov. 2016, n°15-21724 et 15-23004.
[25] Cass. civ. 4 juill. 2019, 18-10.077, LEDC sept. 2019, obs. N. Leblond.
[26] Voir avis n° 03-01, 08-01, 06-01 et 06-02.
[27] Voir avis n°03-01.
[28] Voir avis n°06-01 et 06-02.

démontrer que celle-ci peut jouer ([29]). En droit de la consommation, la clause qui impose au consommateur la charge de la preuve, qui, en application du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat est une clause noire ([30]). Tombe sous cette qualification, selon la première chambre civile, la clause d'exclusion des dommages qui fait peser sur l'assuré la charge de la preuve que l'état alcoolique est sans relation avec l'accident ([31]). Grâce au couperet de la présomption irréfragable d'abus, le débat sur l'appartenance de la clause d'exclusion à l'objet principal du contrat est totalement éludé ([32]). Sur le fond, il s'agira de lui substituer la règle violée : la charge de la preuve pèsera sur l'assureur. D'un point de vue procédural, l'efficacité de la législation sur les clauses abusives est imparable. Alors qu'en droit des assurances, il peut exister une incertitude quant à la nature de la sanction, notamment lorsque la clause d'exclusion n'est ni formelle, ni limitée ([33]), en droit de la consommation, la sanction est certaine : la clause est réputée non écrite et échappe par conséquent à la prescription ([34]). Quand bien même, la clause traiterait de l'objet principal du contrat, elle pourrait être appréciée sur le terrain de l'abus à raison de son défaut de transparence.

2) L'exception du défaut de transparence autorisant l'appréciation de l'abus

---

[29] Cass. civ. 2ème, 4 déc. 2008, n°08-11158. En revanche, c'est à l'assuré de prouver que le sinistre est survenu dans les conditions prévues par le contrat d'assurance.

[30] C. consom., art. R. 212-1, 12°.

[31] Cass. civ. 1ère, 12 mai 2016, n°14-24698, LEDC 2016, comm. 112, obs. G. Catallano-Cloarec ; RGDA juill. 2016, p. 363, note J. Landel ; RCA, n° 9, Sept. 2016, comm. 263, obs. L. Bloch. L'arrêt vise cependant l'ancien article L. 132-1, porteur de la définition générale de la clause abusive et non la clause noire (anc. art. R. 132-1, 12°).

[32] Voir égal. sur les modes de preuve TGI Paris, 5 janv. 2017, RG n°15/06093 et CA PARIS 22 sept. 2015, RG n° 14/14596 qui déclarent abusives une clause de condition de garantie qui limite l'effraction au seul au forcement de la direction et à la détérioration des contacts électriques ou de tout système antivol en phase de fonctionnement sans tenir compte de l'évolution de la technique (vol du véhicule via l'usage de clef électronique). Cette évolution est remarquable puisqu'auparavant le TGI de Paris considérait que ce type de clause n'était pas abusive : voir TGI Paris, 29 juin 1994 in J. Kullmann, Clauses abusives et contrat d'assurance RGAT 1996, p. 11 et s., spéc., p. 26 qui regrette d'ailleurs que « l'arme des clauses abusives » n'ait pas été ici été utilisée.

[33] En effet, on oscille, en ce qui concerne la sanction d'une clause qui ne respecterait pas le caractère formel et limité posé à l'article L. 113-1 du code des assurances et dès lors indirectement pour une clause qui inverserait la charge de la preuve de ladite exclusion (pour rappel la charge de la preuve d'une exclusion d'assurance repose sur l'assureur : cf. Cass. civ. 1ère, 15 oct. 1980, n° 79-17.075, Bull. 1980, I, n° 258 ; Cass. civ. 1ère, 22 oct. 1980, n° 79-15.003, Bull. 1980, I, n° 266) entre la nullité (Cass. civ. 3ème, 26 nov. 2003, n° 01-16126), le réputé non écrit (Cass. civ. 1ère, 10 juill. 1995, n°91-19319) ou l'inopposabilité (Cass. civ.2ème, 13 juin 2019, n°18-18267). Certains praticiens estiment qu'avec l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats, il faut appliquer dorénavant la sanction prévue à l'article 1170 à savoir le réputé non-écrit.
La Cour de cassation, dans son rapport annuel de 2011, sur la sanction quant à une clause d'exclusion qui ne serait ni formelle ni limitée indique :
« La sanction de la non-conformité de la clause d'exclusion de garantie est, en principe, la nullité de la clause elle-même (3e Civ., 26 novembre 2003, pourvoi n° 01-16.126, Bull. 2003, III, n° 205). Par ailleurs, lorsqu'une exclusion n'est pas claire, elle ne relève plus de l'interprétation par les juges du fond, elle ne peut qu'être déclarée nulle (1re Civ., 20 mars 1989, pourvoi n° 86-15.894, Bull. 1989, I, n° 120). Mais la sanction est limitée, au sein de la clause, aux dispositions illicites : ainsi, si certaines des circonstances prévues par cette clause satisfont au caractère formel et limité exigé par la loi, ces dispositions demeurent valables, et donc opposables à l'assuré, la clause n'étant pas neutralisée dans son ensemble.
La doctrine souligne, certains auteurs pour le regretter, le caractère résolument protecteur pour l'assuré de la jurisprudence en matière de clauses exclusives de garantie. Une telle application vigilante des exigences posées par les textes légaux s'avère toutefois particulièrement justifiée au regard des difficultés de lecture et de compréhension de nombre de contrats d'assurance, difficultés dont témoignent les nombreux litiges sur la question. »

[34] Cass. civ. 1re, 13 mars 2019, n°17-23.169, D. 2019, p. 1033, note Anne Etienney-de Sainte Marie ; RTD Civ. 2019 p. 334, note H. Barbier ; RTCom. 2019, p. 463, obs. D. Legeais ; Contrats conc. consom. 2019, comm. 112, obs. S. B.-D. ; LEDC mai 2019, 112g0, obs. S. Pellet ; RGDA mai 2019, n° 116m8, p. 1, obs. J. Kullmann ; RGDA juin 2019, n° 116q7, p. 22, obs. A. Pélissier ; RDC 2019, p. 73, note G. Cattalano.

13. La clause définissant l'objet principal du contrat peut être soumise au test du déséquilibre significatif dès lors qu'elle n'est pas rédigée de façon claire et compréhensible. Aussi, en cas de défaut de clarté d'une stipulation du contrat d'assurance, l'assureur s'expose à deux types de sanctions : l'interprétation *in favorem* ([35]) ou passer sous les fourches caudines du test du déséquilibre significatif, et ce alors même que la stipulation délimiterait le risque couvert, la prestation essentielle. En matière de clauses d'exclusion de garantie ([36]), la Commission des clauses abusives tend à asseoir le contrôle de la transparence en s'appuyant notamment sur l'absence de caractères très apparents de ces clauses, au sens de l'article L. 122-4 du code des assurances ([37]). Ce second risque est accru depuis que la Cour de justice a procédé à une interprétation extensive de l'exigence de rédaction claire et compréhensible des clauses posée par la directive afin de satisfaire à l'information du consommateur ([38]), ce qu'elle nomme un contrôle de la « transparence matérielle des clauses relatives à l'objet principal du contrat » ([39]). Le juge européen a ainsi opéré un lien entre l'obligation de clarté et la situation d'infériorité dans laquelle se trouve le consommateur moyen s'agissant de son niveau d'information, et justifiant, selon le 20e considérant, qu'il puisse avoir effectivement l'occasion de prendre connaissance de toutes les clauses.

14. La CJUE a précisément déployé ce raisonnement dans l'affaire van Hove, déjà évoquée ([40]). Elle a considéré qu'il importe peu que la clause coma soit rédigée de manière grammaticalement correcte. Ce qui compte est le fait que l'assuré ait été mis en mesure « d'évaluer, sur le fondement de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques » qui en découlent pour lui » ([41]). Le juge national devra donc s'assurer que le contrat d'assurance emprunteur « expose de manière transparente le fonctionnement concret du mécanisme auquel se réfère la clause concernée ainsi que la relation entre ce mécanisme et celui prescrit par d'autres clauses » ([42]).

15. Il a pu être observé que la jurisprudence Van Hove avait « visiblement influencé la Cour de cassation » ([43]), dans le litige tranché par première chambre civile le 14 avril 2016 ([44]) à l'occasion d'une action en cessation intentée par une association de consommateurs. Parmi les clauses fustigées, l'une concernait la définition du risque assuré : l'incapacité totale et définitive. Comme souvent, la rédaction de la clause ne permettait pas de comprendre s'il

---

[35] Voir P.-G. Marly, *L'interprétation du contrat d'assurance*, bjda.fr 2020, n° 72.
[36] Voir *supra*, n°11.
[37] Avis n°01 et 06-02
[38] Voir not. CJUE 30 avr. 2014, aff. C-26/13, Kásler et Káslerné Rábai, Contrats, conc. consom. 2014, comm. 202, obs. G. Raymond, JCP G 2014, 564, note D. Berlin ; RTD eur. 2014 p. 715, obs. C. Aubert de Vincelles ; CJUE 9 juill. 2015, Bucura, aff. n° C-348/14, pt 52, JDE 2014. 286, obs. E. Poillot ; CJUE 20 sept. 2017, aff. C-186/16, Andriciuc e.a., pt 44, D. 2017. 2401, note J. Lasserre-Capdeville ; AJ contrat 2017. 484, obs. Brignon ; Gaz. Pal. 2017, nº 39, p. 61, note M. Roussille ; Gaz. Pal. 2017, nº 42, p. 34, obs. S. Piédelièvre ; D. 2018. Pan. 586, obs. N. Sauphanor-Brouillaud.
[39] CJUE, gde ch., 21 déc. 2016, aff. jtes C-154/15, C-307/15 et C-308/15, Naranjo, pt 49, D. 2017. Pan. 546, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; Contrats conc. consom. 2017. Chron. 3, C. Aubert de Vincelles. Voir E. Poillot, Le contrôle de la transparence matérielle des clauses portant sur l'objet du contrat : une nouvelle arme en matière de lutte contre les clauses abusives, D. 2017. 1096
[40] V. supra, n° 9
[41] CJUE 30 avr. 2014, Kásler et Káslerné Rábai, préc., pt 75.
[42] CJUE 23 avr. 2015, aff. C-96/14, van Hove, pt 50, Act. Lamy Ass., juin 2015, n° 228, p. 1 et s., note A. Pélissier ; G. Parléani, « Il aura fallu 17 ans pour tuer « la clause coma » (et peut-être quelques autres) », RGDA juill. 2015, p. 331.
[43] Dalloz action, *Droit de la consommation. Droit interne et européen,* 2021/2022, n°512.32.
[44] Cass. civ. 1ère, 14 avr. 2016, n°15-19107, RDC 2016, p. 688, note F. Leduc ; JCP E 2016, 1476 ; note S. Le Gac-Pech.

s'agissait de l'incapacité de toute activité ou simplement d'une activité professionnelle. La première chambre civile approuve la cour d'appel non seulement d'avoir jugé que cette rédaction n'était pas claire mais en outre « qu'entraînant une restriction substantielle de garantie », ce défaut de clarté créait un déséquilibre significatif ([45]). Concrètement, la clause définissant la garantie est censée être remplacée par la règle supplétive à laquelle elle a dérogé, ce qui pose une difficulté en l'absence d'une telle règle en la matière ([46]). Il est donc suggéré au juge, puisque la clause est dépourvue de clarté, d'emprunter la sanction de l'interprétation *in favorem* évoquée par Monsieur l'avocat général Grignon Dumoulin et notre collègue M. Marly ([47]) en retenant une définition moins restrictive de la garantie, telle que l'impossibilité pour l'assuré d'exercer son activité professionnelle.

16. Cette solution n'a malheureusement pas été réitérée, alors même que la première chambre civile en a eu l'occasion ([48]). Pourtant, il n'est pas certain que le consommateur moyen, pour reprendre l'expression de la CJUE, soit apte à comprendre que la référence à l'incapacité totale de travail, au sens du contrat d'assurance diffère de l'incapacité permanente partielle, utilisée en droit de la sécurité sociale ([49]). Or, cette notion est centrale dans le contrat d'assurance emprunteur puisqu'en cas de réalisation du risque, les mensualités du prêt sont censées être prises en charge par l'assureur ([50]). Le consommateur assuré s'attend donc à être couvert en cas d'accident ou de maladie. Il est donc probable qu'il n'a pas été en mesure d'évaluer les conséquences économiques d'une clause qui l'oblige en réalité à continuer à s'acquitter de primes y compris pendant sa période d'invalidité et d'incapacité. La commission des clauses abusives l'avait d'ailleurs observé dans sa recommandation concernant les contrats d'assurance complémentaires à un contrat de crédit à la consommation ou immobilier ([51]). A raison de l'acception restrictive de l'invalidité, l'assuré se retrouve donc privé de garantie, ce qui comme l'a jugé la première chambre civile en 2016 créée un déséquilibre significatif.

17. Il est donc regrettable que la brèche ouverte par la CJUE pour les contrats d'assurance emprunteur soit restée peu empruntée par les magistrats. L'obstacle lié à l'appartenance du risque assuré à l'objet principal du contrat qui aurait pu être relativisé, par le double mouvement de la jurisprudence de la CJUE qui restreint le périmètre de l'objet principal du contrat tout en étendant l'obligation de transparence de cet objet principal, perdure. Il importe à présent d'observer ce qu'il en est pour la seconde condition d'application de la législation sur les clauses abusives, à savoir la conclusion d'un contrat, qui semble mise à l'épreuve à raison du mécanisme spécifique d'adhésion au contrat d'assurance.

B/ L'adhésion au contrat d'assurance

18. La souscription d'un contrat d'assurance n'est pas uniquement l'œuvre d'un consommateur au sens du code de la consommation. Elle peut en effet être réalisée par une personne morale avec pour objectif que les garanties souscrites puissent bénéficier à un consommateur. Cette pluralité de souscripteurs possibles engendre une difficulté quant à

---

[45] La Commission des clauses abusives a suivi un raisonnement analogue dans ses avis 06-01 et 06-02.
[46] A. Pélissier, obs sous Cass. civ. 1re, 13 mars 2019, n°17-23.169, RGDA juin 2019, p. 22.
[47] C. consom., art. L. 211-1 : Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible.
Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur. Voir P.-G. Marly, L'interprétation du contrat d'assurance, bjda.fr 2020, n° 72.
[48] Cass. civ. 1re, 25 janv. 2017, n°15-24216, RGDA 2017, p. 203, note M. Brushi.
[49] En ce sens, voir M. Brushi, note sous Cass. civ. 1re, 25 janv. 2017, n°15-24216, RGDA 2017, p. 203.
[50] Dalloz action, *Droit de la consommation. Droit interne et européen,* 2021/2022, n°512.32.
[51] Recomm. n°90-01.

l'application de la législation relative aux clauses abusives puisque celle-ci se cantonne aux contrats conclus entre d'une part les professionnels et d'autre part les consommateurs. Si la difficulté est désormais surmontée pour le contrat d'assurance de groupe dans lequel la détection des clauses abusives est admise (1), elle subsiste pour le contrat d'assurance pour compte dans lequel la détection semble contestée (2).

1) La détection admise des clauses abusives dans le contrat d'assurance de groupe

19. Tant l'article premier de la directive 93/13/CEE que l'article L. 212-1, dans son premier alinéa évoquent comme périmètre d'application de la législation relative aux clauses abusives les contrats conclus entre d'une part les professionnels et d'autre part les consommateurs. Ce périmètre strict a pu poser des difficultés quant à l'application des dispositions consuméristes à la technique contractuelle que constitue l'assurance de groupe, dont le régime juridique est fixé aux articles L. 141-1 et suivants du code des assurances, notamment dans le domaine de l'assurance complémentaire santé mise en œuvre par l'employeur à destination de ses salariés mais également en matière d'assurance complémentaire à un crédit à la consommation ou immobilier à savoir l'assurance emprunteur. En effet, dans ces situations contractuelles, le salarié, qui se voit garantir ses frais de soins, ou l'emprunteur qui est assuré contre notamment le risque décès ou invalidité n'est pas le contractant de l'assureur. Ainsi, le souscripteur du contrat d'assurance de groupe est soit l'employeur, soit, dans une majorité des cas, l'établissement de crédit qui octroie au consommateur assuré un crédit à la consommation ou un crédit immobilier.

20. Face à cette incertitude, la jurisprudence a levé l'obstacle. Dans son arrêt du 22 mai 2008 ([52]) la première chambre civile de la Cour de cassation en affirmant que *« l'adhésion au contrat d'assurance de groupe, bien que conséquence d'une stipulation pour autrui, n'en crée pas moins, entre l'adhérent et l'assureur, qui l'agrée, un lien contractuel direct, de nature synallagmatique »* a admis l'application de la législation des clauses abusives aux contrats d'assurance de groupe à travers l'existence d'une figure originale de stipulation : la stipulation de contrat pour autrui ([53]). L'assureur s'engage à conclure avec un tiers un contrat dont les conditions sont prédéterminées (celles présentes dans le contrat d'assurance groupe). Le tiers adhérent, bénéficiaire des garanties, est quant à lui débiteur notamment du paiement des primes ([54]). Le contrat est donc considéré comme formé entre l'assureur et le consommateur adhérent. C'est notamment grâce à cette jurisprudence qu'ont pu être analysés les contrats d'assurance de groupe dans la recommandation n°17-01 dite « Contrats d'assurance complémentaire-santé » de la Commission des clauses abusives.

21. Toutefois cette jurisprudence est-elle transposable à toutes les figures de stipulation pour autrui applicables dans le domaine de l'assurance et qui consistent à l'exécution d'une prestation au profit d'un tiers ? La réponse est négative d'après une doctrine autorisée ([55]) , ce qui devrait donc tenir en échec l'application de la législation sur les clauses abusives aux contrats d'assurance pour compte. Pourtant, la détection des clauses abusives dans cette

[52] Cass. civ. 1ère, 22 mai 2008, n°05-21822, Ch. Goldie-Genicon, L'assurance de groupe à l'épreuve de la législation sur les clauses abusives, D. 2008, p. 2447
[53] Voir Ch. Goldie-Genicon, *op cit.*
[54] Voir P.G Marly, Droit des assurances, Cours Dalloz, 2013, § 430, sur l'adhérent : « passivement, il est débiteur des diligences déclaratives et du paiement des cotisations ; activement il jouit notamment (…) de la protection contre les clauses abusives ».
[55] Voir Ch. Goldie-Genicon, op cit, §17.

technique d'assurance est possible dans une certaine mesure et mérité d'être approuvée, même si l'on pressent qu'elle sera contestée.

2) La détection contestée des clauses abusives dans le contrat d'assurance pour compte

22. Comme l'expose Mme Abravanel-Jolly, l'assurance pour compte « se fonde, selon l'article L. 112-1 du code des assurances, sur le mécanisme d'une stipulation pour autrui, opération par laquelle un des contractants, le stipulant, demande à l'autre partie, le promettant, d'exécuter une prestation à l'égard d'un tiers bénéficiaire qui n'est pas partie au contrat. Deux assurances font notamment application de la stipulation pour autrui : l'assurance en cas de décès et l'assurance pour compte » ([56]). Dans le mécanisme ci-dessus défini, une différenciation s'opère entre le souscripteur du contrat pour compte et les bénéficiaires des garanties qui ne sont ni souscripteurs, ni adhérents au contrat d'assurance conclu pour leur compte. Dès lors, pour une partie de la doctrine, la législation des clauses abusives devrait devoir être écartée ([57]). Cependant, conformément à l'article L. 112-1, 3ème alinéa, les exceptions que l'assureur pourrait opposer au souscripteur sont également opposables au bénéficiaire du contrat d'assurance pour compte. C'est pourquoi la Commission des clauses abusives a estimé légitime d'analyser des clauses intitulées « assurances » figurant dans un contrat principal de location de véhicule terrestre à moteur auquel le consommateur était partie. En effet, ces clauses incorporées au contrat de location, pour reprendre une expression de la Cour de cassation ([58]), peuvent provenir du contrat d'assurance pour compte conclu entre le bailleur et un assureur, tiers au contrat principal de location.

23. Pour analyser le contenu de ces clauses et déterminer leur éventuel caractère abusif, la la Commission des clauses abusives a exploité la circonstance que ces couvertures d'assurances sont accessoires au contrat principal souscrit entre un consommateur et un professionnel. À ce titre, deux recommandations sont importantes: la recommandation n°96-02 du 14 juin 1996 relative aux locations de véhicules automobiles et la recommandation n° 20-01 du 2 juillet 2020 relative aux contrats de location de moyens de transport en libre-service. Elles rappellent en effet la nécessité que le consommateur puisse connaitre avec exactitude les conditions dans lesquelles il bénéficie d'une assurance souscrite par le bailleur plus particulièrement lorsque le consommateur est en présence d'un régime d'assurance de responsabilité civile obligatoire, tel que le régime d'assurance automobile obligatoire prévu à l'article L. 211-1 du code des assurances ([59]). En outre, la Commission s'est intéressée à des clauses d'exclusions, de déchéances ou de déclarations de sinistre relatives aux couvertures d'assurance présentes dans les contrats de location et susceptibles d'induire en erreur le consommateur locataire quant à ses droits effectifs à garantie dans la mesure où ces stipulations, telles que reproduites, pouvaient être en contradiction avec des textes d'ordre public du code des assurances ([60]). La commission a ainsi relevé une clause d'un contrat de location qui prévoyait une exclusion de la

---

56 S . Abravanel-Jolly, Droit des assurances, 3e éd., Ellipses, 2020, n° 94.

57Voir J. Kullmann, Clauses abusives et contrat d'assurance RGAT 1996, p. 11 et s., spéc., p. 33 : « Pour les contrats individuels avec assurance pour compte, la législation sur les clauses abusives « ne jouera pas si le contrat d'assurance est conclu par un « garde-meuble » professionnel pour le compte de son client déposant dès lors que le premier n'appartient pas à la secte des consommateurs ou non-professionnels, même si le second en fait partie. A nouveau, une clause échappera à la sanction due à son caractère abusive ou la subira, suivant la qualité du souscripteur du contrat, et non selon celle de l'assuré pour compte ou du bénéficiaire ».

58 Cass, civ. 2ème, 13 juill. 2006, n°05-16035, H. Groutel, Assurance des dommages à un véhicule loué comportant une exclusion, RCA, n°9, Sept. 2006, comm. 272/

[59] Cf. Recomm. n° 96-02, premier paragraphe du point « clauses relatives aux assurances » et Recomm.n°20-01, point 24.

[60] Cf. Recomm. n°20-01, points 26,27,28

garantie responsabilité civile automobile dite obligatoire régie par l'article L. 211-1 du code des assurances en cas de violation des conditions de location du véhicule. Or, le code des assurances énumère de façon très limitative[61] les exclusions susceptibles de s'appliquer à la garantie responsabilité civile automobile dite obligatoire et ladite exclusion stigmatisée n'y figure point.

24. Il est important d'observer que, dans la recommandation n° 20-01 du 2 juillet 2020 relative aux contrats de location de moyens de transport en libre-service , la Commission n'a pas directement appliqué la législation des clauses abusives au contrat d'assurance conclu par le bailleur auprès d'un assureur. Pour pouvoir déclarer abusive une clause donnée, la Commission a appliqué le raisonnement suivant : la clause est-elle illicite dans un contrat d'assurance au regard d'un texte d'ordre public du code des assurances? Dans l'affirmative, maintenue ou reproduite dans un contrat de location, elle induit en erreur le consommateur locataire, quant à ses droits à garantie d'assurances dont il est bénéficiaire à travers notamment le contrat conclu pour son compte par le bailleur ([62]).

25. En droit comparé, il est fort intéressant de constater que la Commission spéciale consultative des clauses abusives belge, s'appuie sur la jurisprudence de la CJUE ayant trait à l'interprétation extensive de l'exigence de rédaction claire et compréhensible des clauses ([63]), pour attirer l'attention des loueurs de véhicule automobile, sur la nécessité pour le consommateur, au moment de la souscription du service de location, d'évaluer l'ensemble des conséquences économiques et juridiques qui en découlent pour lui. A ce titre, elle enjoint de communiquer au consommateur« *clairement les éléments essentiels de la police d'assurance, notamment les risques assurés, le montant maximum de l'indemnisation et la franchise. […] »* ([64]).

26. L'application du déséquilibre significatif a donc surmonté l'épreuve de l'opération d'assurance. Aussi est-il à présent possible d'examiner l'opération d'assurance à l'épreuve du déséquilibre significatif.

II/ L'opération d'assurance à l'épreuve du déséquilibre significatif

27. L'opération d'assurance se trouve mise à l'épreuve du déséquilibre significatif au sens où bien que respectant le Code des assurances, l'opération pourrait être déclarée abusive. A cet égard, le juge judiciaire, conformément au deuxième alinéa de l'article R. 632-1 du code de la consommation ([65]) a l'obligation et non pas la faculté de relever d'office le caractère abusif

---

[61] Il convient de se référer, pour déterminer les dites exclusions, à la lecture combinées des articles R. 211-10, R ; 211-11 et A.211-3 du code des assurances.

[62] Voir Recomm. n°20-01, pt 28 notamment : « Ces clauses (…) induisent en erreur, dans un contrat de location de moyens de transport en libre-service, le consommateur quant à ses droits à garantie d'assurance. Ces clauses créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur au sens de l'article L. 212-1 du code de la consommation. Les clauses sont abusives».

[63] Voir §13 et les décisions citées par l'Avis CCE 2019-1870 de la Commission consultative spéciale Clauses abusives du 3 octobre 2019 consultable au lien URL suivant : https://www.ccecrb.fgov.be/p/fr/691/clauses-dans-les-conditions-contractuelles-des-entreprises-de-location-de-voitures/19.

[64] Cf. point 3.3 p8 de l'Avis CCE 2019-1870 de la Commission consultative spéciale Clauses abusives du 3 octobre 2019 consultable au lien URL suivant : https://www.ccecrb.fgov.be/p/fr/691/clauses-dans-les-conditions-contractuelles-des-entreprises-de-location-de-voitures/19

[65] C. consom., art. R. 632-1 : Le juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application.

d'une stipulation ([66]). Il en résulte que le juge du contentieux d'assurance doit, pour l'appréciation du déséquilibre significatif, avoir une connaissance tant des critères posés en la matière par la CJUE (A), que des critères issus des clauses noires et grises (B).

A/ Les critères posés par la CJUE

28. Aux termes de ses décisions *Freiburger* ([67]), *Pannon* ([68]) et *VB Pénzügyi* ([69]), la Cour de justice a considéré que l'article 3 de la directive du 5 avril 1993 définit le déséquilibre significatif en posant des « critères généraux » qu'il lui revient d'interpréter au titre de sa compétence autonome d'interprétation ([70]). On retrouve donc ici le raisonnement tenu à l'égard de la notion d'objet principal du contrat ([71]). Par conséquent le juge national doit se conformer à la définition abstraite de la clause abusive, posée par la Cour de justice. Il retrouve sa compétence pour se prononcer sur la qualification concrète de la clause en procédant à une appréciation contextualisée ([72]). Sous l'essor de questions préjudicielles, la CJUE a été amenée à fonder le caractère abusif d'une clause sur trois critères d'appréciation que sont « la bonne foi, l'équilibre et la transparence » ([73]). En dehors de la bonne foi non transposée en droit interne, le défaut d'équilibre s'entend de la dérogation aux règles supplétives (1), alors que le défaut de transparence résulte de l'induction en erreur du consommateur sur ses droits (2), autant de critères qui s'imposent au juge du contentieux d'assurance lorsqu'il s'agit d'apprécier une clause « hors liste ».

1) La dérogation aux règles supplétives

29. Le premier critère fixé par la CJUE pour cerner la clause abusive consiste, selon l'arrêt *Mohamed Aziz* confirmé par la suite, à apprécier la notion de « déséquilibre significatif » au détriment du consommateur « à travers une analyse des règles nationales applicables en l'absence d'accord entre les parties, afin d'évaluer si, et, le cas échéant, dans quelle mesure, le contrat place le consommateur dans une situation juridique moins favorable par rapport à celle prévue par le droit national en vigueur » ([74]). En d'autres termes, le déséquilibre peut s'apprécier

---

Il écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat.

[66] Sur l'origine européenne de cette obligation, voir N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux, et L. Usunier, Les contrats de consommation. Règles communes, *in* J. Ghestin [dir.], Traité de droit civil, 2e éd., 2018, LGDJ, nos 1253 et s.

[67] CJCE 1er avr. 2004, aff. C-237/02.

[68] CJCE 4 juin 2009, aff. C-243/08.

[69] CJUE 9 nov. 2010, aff. C-137/08.

[70] TFUE, art. 267.

[71] V. *supra*, n°8.

[72] Répertoire Dalloz, V° Déséquilibre significatif, par G. Chantepie et N. Sauphanor-Brouillaud, n°53 et s.

[73] CJUE 28 juill. 2016, aff. C-191/15, Verein für Konsumenteninformation c/ Amazon EU, pt 65, Rev. crit. DIP 2017. 111, note S. Corneloup ; D. 2016, p. 2141, Pan. Droit du numérique par J. Larrieu, Ch. Le Stanc et P. Tréfigny , D. 2016, p. 2315, note F. Jault-Seseke, CCE 2016, comm. 90, obs. G. Loiseau ; *ibid.* 2017, chron. 1, obs. M.-E. Ancel ; Europe 2016, comm. 379, note L. Idot ; D. 2017, Pan. Droit de la consommation (janv. 2016-dec. 2016), p. 543, obs. N.-Sauphanor-Brouillaud ; Contrats conc. consom. 2017, Chronique de droit européen des contrats, (1er janv. 2016 – 31 déc. 2016), par C. Aubert de Vincelles, Chr., n°3, § 9 ; E. Poillot, Droit de la consommation, Journal de droit européen, 2017, p. 288.

[74] CJUE 14 mars 2013, Mohamed Aziz, aff. C-415/11, RTD eur. 2013. Chron. 559, obs. C. Aubert de Vincelles ; CJUE 26 janv. 2017, Banco Primus, aff. C-421/14, D. 2018. Pan. 586, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; JDE 2017. 288, obs. E. Poillot ; CCC 2018. Chron. 2, C. Aubert de Vincelles.

par comparaison aux règles supplétives ([75]). La jurisprudence de la CJUE confirme ainsi la thèse de Mme Peres. Après avoir énoncé que la règle supplétive est dotée d'une fonction directrice en ce qu'elle est l'expression d'un modèle idéal « érigeant une limite particulière à la liberté dont les sujets de droit jouissent sa présence » ([76]), l'auteur montre que l'élimination des clauses abusives constitue une technique par laquelle l'ordre juridique se propose notamment d'assurer et de restaurer l'autorité du droit supplétif à l'encontre du vouloir individuel » ([77]). Selon la Cour de justice, le déséquilibre significatif peut résulter « d'une atteinte suffisamment grave à la situation juridique dans laquelle le consommateur, en tant que partie au contrat en cause, est placé ». Cette atteinte peut prendre la forme d'une « restriction au contenu » des droits contractuels, d'une « entrave à l'exercice » de ceux-ci ou encore de la mise à sa charge du consommateur « d'une obligation supplémentaire ». L'atteinte s'opère à l'aune des « règles nationales » ([78]) entendues comme les règles supplétives ou par comparaison avec ce qui est ordinairement prévu par un contrat ([79]).

30. Certes, à raison du caractère très réglementé du contrat d'assurance ([80]), la dérogation aux règles supplétives trouve peu d'incarnation dans la détection du déséquilibre significatif. Cependant, une lecture rétrospective ([81]) de la recommandation de la Commission des clauses abusives relative aux contrats d'assurance complémentaire santé ([82]) permet de déceler dans la clause qui autorise la mutuelle à exclure, dans un contrat à durée déterminée soumis au code de la mutualité, des adhérents pour des motifs étrangers à l'exécution du contrat ou insuffisamment précis ([83]) une stipulation qui déroge aux règles supplétives . En effet, selon l'article 1225 du code civil, de nature supplétive, la clause résolutoire doit préciser les engagements dont l'inexécution entrainera la résolution du contrat. Il en résulte qu'une telle clause ne peut être convenue en raison de la survenance d'un évènement qui ne résulte pas de l'inexécution contractuelle par l'une des parties au contrat. Par conséquent, la clause qui prévoit l'exclusion de l'adhérent en raison de la survenance d'un évènement extérieur au contrat, par dérogation au droit supplétif, est abusive.

31. Le risque d'invalidation d'un contrat d'assurance est accru à raison de l'extension par la Commission des clauses abusives, du raisonnement mené en matière de règles supplétives sur le terrain des règles impératives. La Commission a en effet considéré que si une clause peut créer un déséquilibre significatif dès lors qu'elle place le consommateur dans une situation moins favorable que celle prévue par une règle supplétive, a fortiori une clause contrevenant à une norme légale ou réglementaire impérative le place dans une situation juridique encore moins favorable par rapport à celle prévue par le droit national en vigueur et crée un déséquilibre significatif. Dès lors, la Commission entend désormais, stigmatiser sur le terrain

---

[75] C. Aubert de Vincelles, RTD eur. 2013, préc. Voir égal. CJUE, 9 juill. 2020, aff. C-81/19, Banca Transilvania, pt 28 qui qualifie comme dispositions de nature supplétive celles « applicables par défaut, c'est-à-dire en l'absence d'un arrangement différent entre les parties à cet égard ».

[76] C. Pérès, La règle supplétive, LGDJ, Bibl. dr. privé, T. 421, préf. G. Viney, n° 525 et s., spéc. n°534.

[77] C. Pérès, La règle supplétive, *op. cit.,* n°553.

[78] CJUE 16 janv. 2014, Constructora Principado SA, aff. C-226/12.

[79] CJUE 7 août 2018, Banco Santander SA, aff. C-96/16 et C-94/17, D. 2019, Pan. 610, obs. N. Sauphanor-Brouillaud.

[80] C. assur., art. L. 111-2.

[81] Il est procédé à une lecture rétrospective dans la mesure où la recommandation complémentaire santé a été édictée alors que la Commission des clauses abusives n'avait pas encore fait sienne la jurisprudence de la CJUE.

[82] Recomm. n° 2017-01, BOCCRF n° 2 du 19 fév. 2018, http://www.clauses-abusives.fr/recommandation/recommandation-n2017-01-contrats-dassurance-complementaire-sante/

[83] Voir Recomm., n°17-01, pt 2 qui vise l'exclusion des adhérents dont l'attitude ou la conduite est susceptible de porter un préjudice moral à la mutuelle.

de l'abus le contenu même des stipulations illicites rencontrées dans les contrats liant un professionnel à un consommateur ([84]).

32. C'est ainsi que dans la recommandation dite complémentaire santé, elle a suggéré l'élimination de clauses à raison de leur violation de règles impératives issues du code de la consommation, du Code des assurances ou de législations ayant une incidence sur le contrat d'assurance. Elle a ainsi par exemple dénoncé la clause qui dans un contrat souscrit par voie électronique dispense l'organisme d'assurance d'une remise à l'assuré des documents contractuels, contrairement aux exigences du Code de la consommation ([85]). Elle a également visé les clauses qui ont pour effet d'exclure de la garantie la totalité des maladies, affections ou accidents antérieurs à la date d'adhésion ou à la date d'entrée en vigueur de la garantie, sans les définir précisément, en méconnaissance de la loi dite Evin du 31 décembre 1989 ([86]). Enfin, elle recommande que soient éliminées les clauses qui, en méconnaissance de la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation du système de santé, ont pour effet d'obliger le consommateur à déclarer ses pathologies cancéreuses sans prévoir un délai à partir duquel il n'est plus tenu de les déclarer ([87]).

33. Cette attraction de la réglementation impérative sur le terrain du déséquilibre significatif n'est pas anodine pour les rédacteurs de contrats d'assurance. Elle renforce l'effectivité de la réglementation impérative des clauses des polices d'assurance. Elle multiplie les risques de sanctions puisqu'en plus du juge du contentieux de l'assurance, une série d'autres acteurs sont compétents en matière d'abus. La DGCCRF est ainsi habilitée à prononcer une amende administrative si elle décèle une clause noire ([88]), notamment dans le cas des actions de suivi des recommandations rendues dans le domaine des assurances ([89]). Le médiateur de l'assurance s'est lui aussi emparé du déséquilibre ([90]). Quant aux associations de consommateurs, elles sont susceptibles d'agir en cessation de clauses contenues dans des conditions générales proposées en matière d'assurance. Les rédacteurs de contrats d'assurance ont donc tout intérêt à s'assurer que les clauses figurant dans leurs conditions générales sont donc conformes tant aux règles supplétives qu'impératives, pour éviter de s'exposer au risque de les voir déclarer non écrites, sanction qui échappe, on l'a vu à la prescription. Ils ont également intérêt à veiller à débusquer les clauses qui induiraient le consommateur en erreur puisque selon la CJUE, il s'agit là du deuxième critère du déséquilibre significatif.

2) L'induction en erreur

[84] CCA, Rapport annuel 2018, http://www.clauses-abusives.fr/2019/06/25/publication-rapport-annuel-2018/
[85] Recomm., n°17-01, pt 5.
[86] Recomm., n°17-01, pt 15.
[87] Recomm., n°17-01, pt 16.
[88] C. consom., art. L. 241-2.
[89] A. Hauser Assurance et consommateur : point de vue de la DGCCRF, bjda.fr 2020, n° 72.
[90] Cf. R. Bigot *« Le nouveau Médiateur de l'assurance : changement de style et changement de ton »* in *Dalloz actualités* :https://www.dalloz-actualite.fr/node/nouveau-mediateur-de-l-assurance-changement-de-style-et-changement-de-ton#.X3Hym_kza70. Voir également l'intervention de A. Chneiweiss, Médiation de la consommation et contrat d'assurance, bjda.fr 2020, n° 72.

34. Selon la CJUE, « le caractère abusif d'une […] clause peut découler d'une formulation ne satisfaisant pas à l'exigence d'une rédaction claire et compréhensible » ([91]). La clause est alors jugée abusive en ce qu'elle induit le consommateur en erreur sur ses droits ([92]).

35. Ce raisonnement n'est pas inconnu de la Commission des clauses abusives habituée à considérer que les clauses dites de « laisser croire » créent un déséquilibre significatif. Elle en a fait la démonstration tant dans les clauses d'assurances accessoires à un contrat principal ([93]) que dans celui d'assurance de groupe. Elle a ainsi recommandé, en matière de complémentaire santé, la suppression de la clause qui laisse croire au consommateur qu'il ne dispose pas du délai légal de renonciation prévu à l'article L. 112-2-1, II,1°, du code des assurances ([94]). Les professionnels de l'assurance devraient donc s'inspirer des critères posés par la CJUE pour éviter de s'exposer à une réécriture de leurs modèles. Ils doivent en outre se conformer aux critères issus des clauses noires et grises.

B/ Les critères issus des clauses noires et grises

36. Les critères issus des clauses noires et grises ont vocation à s'appliquer tant aux clauses relatives à la formation du contrat d'assurance (1) qu'à celles relatives au contenu, à l'exécution et au paiement de la prestation d'assurance (2).

1) Les clauses relatives à la formation du contrat d'assurance

37. La déclaration initiale des risques prévue à l' article L. 113-2, 2° du code des assurances a donné lieu depuis quelques années à ce qui pourrait être qualifiée de saga jurisprudentielle ([95]) quant à son instrumentum : formulaire écrit de déclaration ou déclarations préimpriméées/prérédigées? Saisie d'un pourvoi quant à une action en suppression de clauses illicites ou abusives mise en œuvre par une association agréée de consommateurs, la première chambre civile a apporté sa pierre à l'édifice ([96]) dans le sillage de l'arrêt de la chambre mixte du 7 février 2014 ([97]). En effet, les magistrats du cinq quai de l'horloge exigent, au visa de l'article L. 113-2, 2° du code des assurances, qu'en présence de clauses pré rédigées, les juges du fond recherchent si l'assuré consommateur n'était pas seulement invité à apposer sa signature au bas d'un formulaire pré imprimé, sans répondre à des questions précises. N'est-ce pas là revenir à la théorie du questionnaire fermé introduit par la loi du 31 décembre 1989, sous l'inspiration de la Commission des clauses abusives dans sa recommandation n°85-04, à savoir

---

[91] CJUE 28 juill. 2016, aff. C-191/15, Verein für Konsumenteninformation c/ Amazon EU, pt 68 Rev. crit. DIP 2017, p. 111, note S. Corneloup ; D. 2016, p. 2141, Pan. Droit du numérique par J. Larrieu, Ch. Le Stanc et P. Tréfigny , D. 2016, p. 2315, note F. Jault-Seseke, CCE 2016, comm. 90, obs. G. Loiseau ; *ibid.* 2017, chron. 1, obs. M.-E. Ancel ; Europe 2016, comm. 379, note L. Idot ; D. 2017, Pan. Droit de la consommation (janv. 2016-dec. 2016), p. 543, obs. N.-Sauphanor-Brouillaud ; Contrats conc. consom. 2017, Chronique de droit européen des contrats, (1er janv. 2016 – 31 déc. 2016), par C. Aubert de Vincelles, Chr., n°3, § 9 ; E. Poillot, Droit de la consommation, Journal de droit européen, 2017, p. 288; CJUE 3 oct. 2019, aff. C-212/18, Verein für Konsumenteninformation c/ TVP Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH & Co KG, , pt 58, Europe 2019, comm. 524, obs. L. Idot., Contrats conc. consom. juill. 2020, Chr. Dr. eur. Contrats, C. Aubert de Vincelles, n° 16.

[92] CJUE 28 juill. 2016, aff. C-191/15, préc. pt 71 ; CJUE 3 oct. 2019, aff. C-212/18, préc., pt 58.

[93] V. *supra*, n°21 et 22.

[94] Recomm. n°17-01, pt 10.

[95] Cf. G. da Costa Gomes, Pratique assurantielle des déclarations préimprimées : dénouement d'une saga, JCP 2014, 1745. Etude 997 ; J. Bigot, Prohibition des déclarations prérédigées : et après ?, RGDA 2014, p. 327

[96] Cass. civ. 1ere, 6 déc. 2017, n°16-14974.

[97] Cass. ch. mixte,7 févr. 2014, n° 12-85.107.

que l'assuré doit seulement répondre aux questions que l'assureur lui pose ([98]). Il est toutefois regrettable que la première chambre civile n'ait visé comme base légale de sa cassation l'unique article L. 113-2, 2° du code des assurances. En effet, les hauts magistrats auraient pu s'inspirer de l'avis n°13-01 de la Commission des clauses abusives qui, à l'aune de l'ancien article L. 132-1 du code de la consommation ([99]) a réprimé en matière de contrat de crédit à la consommation la pratique des clauses pré-rédigées en ce qui concerne les explications délivrées par le préteur à l'emprunteur pour déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté aux besoins et à la situation financière du préteur ([100]). La première chambre civile s'est peut-être, comme le laisse entendre une doctrine autorisée, attaché au seul caractère illicite de la clause([101]), sans articuler l'illicéité à l'abus comme le suggère désormais la Commission des clauses abusives ([102]).

38. En matière de vente à distance du contrat d'assurance, la clause de détermination de la date de prise d'effet des garanties, qui prévoit que cette détermination est à la seule initiative de l'assureur alors même que cette date de prise d'effet de garantie est déterminante pour le consommateur pour connaitre la date à laquelle seront pris en charge ses frais de soins, a été reconnue comme abusive au titre de l'article R. 212-2, 1° du code de la consommation. Dans son raisonnement, la Commission des clauses abusives, statuant sur des contrats d'assurance dit de complémentaire santé ([103]), a souhaité dénoncer la pratique développée en matière de

---

[98] *« Considérant que dans la plupart des contrats d'assurance » multirisques – habitation » figure une clause imposant à l'assuré de déclarer, à la souscription, » toutes les circonstances qui permettent d'apprécier le risque pris en charge « , cette formule étant, le plus souvent, suivie d'une énumération de faits à déclarer qui n'est pas limitative puisqu'elle est précédée de l'adverbe » notamment » ; qu'il est ajouté que l'assuré doit, en cours de contrat, déclarer lui-même toute modification des circonstances spécifiées soit dans cette énumération, soit aux conditions particulières ; que les sanctions prévues pour l'inobservation de cette obligation sont en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle, la nullité rétroactive du contrat souvent accompagnée du droit, pour l'assureur, de conserver, à titre de dommages – intérêts, les primes payées et de recouvrer les primes échues et, si la mauvaise foi n'est pas établie, la réduction de l'indemnité en proportion des primes payées par rapport à celles qui auraient été dues si le risque avait été exactement et correctement déclaré ;*
Considérant que ces clauses, bien que licites au regard des articles L. 113-2 (1° et 2°) L. 113-8 et L. 113-9 du code des assurances, n'en sont pas moins très dangereuses pour l'assuré ; que celui-ci n'étant pas un technicien de l'assurance ne peut normalement savoir quelles sont » toutes les circonstances de nature à faire apprécier par l'assureur le risque qu'il prend en charge » et pense généralement que c'est l'assureur qui lui posera les questions utiles pour l'appréciation du risque ; qu'on n'imagine pas, en tout cas, qu'il lui incombe de prendre les devants et de rechercher lui-même quels sont les faits qui peuvent avoir une incidence sur le coût des garanties qu'il demande et, encore moins, qu'en cours de contrat il est tenu de surveiller constamment le risque afin de rendre compte immédiatement à l'assureur de toute aggravation même indépendante de son propre fait ; que d'ailleurs beaucoup d'assureurs sentent si bien eux-mêmes le caractère excessif de cette obligation qu'ils n'en exigent pas le strict respect, ***se contentant des réponses aux questions posées au preneur d'assurance lors de la souscription ou du renouvellement ; qu'il convient donc de généraliser cette pratique et de n'exiger de l'assuré que des réponses claires, complètes et exactes au questionnaire qu'il appartient à l'assureur d'établir lui-même et de soumettre à son co-contractant lors de la souscription et, s'il le souhaite, au moment du renouvellement*** *; que, sauf en cas de fraude ou de mauvaise foi dont la preuve incombe à l'assureur, la déclaration inexacte ou incomplète du risque ne devrait jamais faire l'objet d'une sanction contractuelle plus sévère que la réduction de l'indemnité en proportion du montant des primes payées par rapport aux primes qui auraient été dues si le risque avait été complètement et exactement déclaré, cette mesure ne pouvant, en outre, être appliquée si le risque omis ou dénaturé a été sans influence sur le sinistre »*

[99] Désormais recodifié à l'article L. 212-1.

[100] Voir à ce titre les observations (P. 28) de M. le Premier avocat général dans l'avis rendu au titre de l'arrêt de la Chambre mixte du 7 février 2014:
https://www.courdecassation.fr/IMG///rapport_gibod_mixte1285107_140207.pdf

[101] Cf. B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia *« La clause abusive aux frontières du droit des assurances et du droit de la consommation »*, D. 2018, p.836/

[102] Voir *supra*, n°31.

[103] Cf. Recommandation n° 17-01, point n°8.

vente à distance du contrat d'assurance qui consiste pour l'assureur à indiquer, de sa propre initiative, sur le certificat d'adhésion (applicable en matière d'assurance de groupe), la date de prise d'effet de garantie sans que cette date n'ait été portée à la connaissance du candidat à l'assurance, futur adhérent, au moment de son adhésion.

2) Les clauses relatives au contenu, à l'exécution et au paiement de la prestation d'assurance

39. Dans sa recommandation relative aux contrats d'assurance complémentaire santé ([104]), la Commission des clauses abusives a relevé des clauses contenues dans des contrats régis par le code de la mutualité susceptibles d'engendrer une modification unilatérale du contrat par l'assureur. Il en est ainsi de la clause qui permet à l'assureur, au moyen notamment d'une diffusion à travers la revue de la mutuelle, de se dispenser de la notification préalable à l'adhérent, telle que prévue par différents textes du code de la mutualité ([105]), de la modification d'éléments essentiels du contrat tel par exemple une évolution du montant de la cotisation ou d'une modification des prestations garanties.

40. En outre, la Commission a considéré comme abusive la clause qui a pour objet ou effet d'autoriser le professionnel à modifier unilatéralement le tarif déterminant les cotisations indépendamment de toute demande de modification des garanties émanant du consommateur et hors le cas de figure de l'échéance annuelle de reconduction du contrat.

41. Les deux clauses susvisées ont fait l'objet d'une analyse de leur caractère abusif au titre de l'article R. 212-1, 3° qui considère comme irréfragablement abusives *« les clauses ayant pour effet ou objet de réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relative à sa durée. »*. Ces deux exemples ne font que conforter l'application des clauses dites « noires » au contrat d'assurance ([106]).

42. Enfin, les clauses d'exclusions de garantie peuvent également faire l'objet d'une condamnation au titre de la législation relative aux clauses abusives en ce qu'elles inversent parfois la charge de la preuve de l'exclusion en tant que telle ou des éléments constitutifs de cette dernière. À ce titre, il doit être fait référence de nouveau à l'arrêt de la première chambre civile du 12 mai 2016 ([107]) qui a reconnu comme abusive une clause d'exclusion de garantie d'une couverture assurantielle dite de dommages matériels, insérée dans un contrat d'assurance couvrant les risques inhérents à la conduite d'une motocyclette, dans la mesure où l'assureur avait inversé la charge de la preuve quant au lien de causalité entre un sinistre et l'état d'alcoolémie de l'assuré. Les hauts magistrats civilistes en vertu « du droit commun » rappellent qu'il appartient à l'assureur qui souhaite se prévaloir d'une clause d'exclusion de garantie en cas de conduite, lors du sinistre, de l'assuré sous l'empire de l'état alcoolique d'établir que l'accident est en relation avec l'état d'alcoolémie du conducteur assuré. Toutefois, l'arrêt aurait gagné plus de clarté en visant directement comme base légale l'article R. 212-1, 12° ([108]) et non pas l'article L. 132-1, devenue L. 212 du code de la consommation. Cette

[104] Recommandation n° 17-01 , BOCCRF 19 fev. 2018.
[105] Cf articles L. 114-7-1, L. 221-5 et L ; 221-6 du code de la mutualité.
[106] Cf D. Noguero, La détermination du contenu du contrat d'assurance par son interprétation (2nde partie), Gaz. Pal. 2012, n°98, spéc., p. 4
[107] Cass. civ. 1ère, 12 mai 2016, n°14-24698, LEDC 2016, comm. 112, obs. G. Catallano-Cloarec ; RGDA juill. 2016, p. 363, note J. Landel ; RCA, n° 9, Sept. 2016, comm. 263, obs. L. Bloch.
[108] *« Dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions des premier et quatrième alinéas de l'article L. 212-1 et dès lors*

décision illustre en tout état de cause que la détection des clauses abusives dans le contrat d'assurance est possible.

interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de° : […]12° Imposer au consommateur la charge de la preuve, qui, en application du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat ».