

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

Cass. 2^e civ., 12 oct. 2023, n° 22-13759, FS-B, *bjda.fr* 2023, n° 90, note L. Perdrix

Du non-cumul des articles L. 113-1 du Code des assurances et 1131 du Code civil

Cass. 2^e civ., 12 oct. 2023, n° 22-13.759, FS-B

Contrat d'assurance – Clause d'exclusion – C. civ., art. 1131 – Application (non) – Droit spécial – C. assur., art. L. 113-1, al. 1^{er} – Caractère limité (oui)

La validité des clauses d'exclusion de garantie, régie par l'article L. 113-1 du code des assurances qui exige qu'elles ne vident pas la garantie de sa substance, ne peut être cumulativement examinée au regard de l'article 1131 du code civil.

Dès lors viole par fausse application l'article 1131 du code civil, la cour d'appel qui, après avoir jugé que la clause d'exclusion de garantie était formelle et limitée, sur le fondement de l'article L. 113-1 du code des assurances, retient sur le fondement de l'article 1131 du code civil que la clause litigieuse, en réduisant la garantie au cas infinitésimal d'une fermeture administrative pour épidémie imposée au seul assuré pour tout le département, la vide de sa substance et doit être réputée non écrite.

La clause d'exclusion de garantie des contrats d'assurance Axa France relative aux pertes d'exploitation ne cesse de soulever des interrogations en jurisprudence, tant son application est sollicitée à propos de la prise en charge des conséquences économiques de la pandémie de Covid 19. Rappelons-le, ces contrats prévoient que « *La garantie est étendue aux pertes d'exploitation consécutives à la fermeture provisoire totale ou partielle de l'établissement assuré, lorsque les deux conditions suivantes sont réunies : 1. La décision de fermeture a été prise par une autorité administrative compétente, et extérieure à vous-même. 2. La décision de fermeture est la conséquence d'une maladie contagieuse, d'un meurtre, d'un suicide, d'une épidémie ou d'une intoxication* ». Et ils excluent « *les pertes d'exploitation, lorsqu'à la date de la décision de fermeture, au moins un autre établissement, quelle que soit sa nature et son activité, fait l'objet sur le même territoire départemental que celui de l'établissement assuré, d'une mesure de fermeture administrative, pour une cause identique* ».

Alors que certains juges du fond avaient cru pouvoir écarter cette clause d'exclusion au motif qu'elle n'était pas **formelle** au sens de l'article L. 113-1 du code des assurances puisque la notion d'épidémie n'était pas définie par le contrat, la Cour de cassation a écarté cet argument en affirmant que « *dès lors que la circonstance particulière de réalisation du risque privant l'assuré du bénéfice de la garantie n'était pas l'épidémie mais la situation dans laquelle, à la date de la fermeture, un autre établissement faisait l'objet d'une mesure de fermeture administrative pour une cause identique à l'une de celles énumérées par la clause d'extension de garantie, (...) l'ambiguïté alléguée du terme "épidémie" était sans incidence sur*

la compréhension, par l'assuré, des cas dans lesquels l'exclusion s'appliquait »¹. De même, alors que certains juges du fond avaient cru bon d'écarter cette clause au motif qu'elle n'était pas **limitée** au sens de ce même article L. 113-1 du code des assurances, puisque le cas d'un éventuel cluster de l'épidémie de Covid 19 isolé et limité à un seul établissement dans un même territoire départemental permettant l'application de la garantie était purement fictif, la Cour de cassation a censuré cette analyse en affirmant que « *la garantie couvrait le risque de pertes d'exploitation consécutives, non à une épidémie, mais à une fermeture administrative ordonnée à la suite d'une maladie contagieuse, d'un meurtre, d'un suicide, d'une épidémie ou d'une intoxication, de sorte que l'exclusion considérée, qui laissait dans le champ de la garantie les pertes d'exploitation consécutives à une fermeture administrative liée à ces autres causes ou survenue dans d'autres circonstances que celles prévues par la clause d'exclusion, n'avait pas pour effet de vider la garantie de sa substance* »².

En l'espèce, dans son arrêt du 26 janvier 2022, la cour d'appel de Besançon a été confrontée à cette clause d'exclusion à propos des pertes d'exploitations subies par une société exploitant un fonds de commerce de restaurant. Alors que la Cour de cassation n'avait pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la validité de cette clause, la cour d'appel a estimé que si la clause d'exclusion était formelle et limitée au sens de l'article L. 113-1 du Code des assurances, elle vidait « *l'obligation essentielle* » de l'assureur de sa substance, à savoir « *la garantie des pertes d'exploitation causées par une fermeture administrative pour épidémie* », puisqu'elle réduisait « *la garantie au cas infinitésimal d'une fermeture administrative pour épidémie imposée au seul assuré pour tout le département* ». Autrement dit, l'exclusion de garantie ne vidait pas la garantie de l'assureur de sa substance au sens de l'article L. 113-1 du code des assurances, mais la vidait au sens de l'article 1131 du code civil. Dès lors, une telle solution ne pouvait que heurter le bon sens ou le principe *specialia generalibus derogant*. En effet, si les deux textes énoncent la même règle, on mesure mal comment on peut arriver à des solutions différentes. A l'inverse, à supposer que les deux textes n'énoncent pas exactement la même règle, il faut retenir l'existence d'une antinomie et appliquer le texte du droit spécial³.

Saisie d'un pourvoi formé par l'assureur, la Cour de cassation a donc logiquement censuré la décision de la cour d'appel de Besançon. Mais, la formulation de l'arrêt de la Cour de cassation demeure énigmatique, puisqu'après avoir rappelé l'interprétation jurisprudentielle des deux textes, la haute juridiction affirme que « *la validité des clauses d'exclusion de garantie, régie par ce texte spécial qui exige qu'elles ne vident pas la garantie de sa substance, ne peut être cumulativement examinée au regard de l'article 1131 du code civil* ». Dès lors, faut-il retenir un non-cumul du droit commun et du droit des assurances ou une exclusion du droit commun par le droit des assurances ? (I) Quelles sont les conséquences de la solution retenue ? (II)

I) Non-cumul des droits ou exclusion du droit commun par le droit des assurance ?

¹ Cass. 2^e civ., 1^{er} décembre 2022 (4 arrêts), n° 21-15.392, 21-19.341, 21-19.342, 21-19.343 : *JCP G* 2023. Actu. 160, note A. Pimbert ; *JCP E* 2023. 1020, note A. Touzain ; *bjda.fr* 2022, n° 84, note P.-G. Marly ; *RCA* 2023. Étude 1 par L. Bloch ; Cass. 2^e civ. 19 janvier 2023, n° 21-21.516 : *D. actu.* 2 février 2023, note J. Delayen ; Cass. 2^e civ., 15 juin 2023, n° 22-14.380 : *RCA* 2023, no 233, note D. Krajewski.

² Cass. 2^e civ., 1^{er} décembre 2022 (4 arrêts), n° 21-15.392, 21-19.341, 21-19.342, 21-19.343 : *précit.*

³ H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999, n° 418.

De prime abord, on pourrait penser qu'il est possible d'examiner la validité des clauses d'exclusion de garantie soit sur le fondement de l'article 1131 du code civil, soit sur celui de l'article L. 113-1 du code des assurances, mais pas « *cumulativement* » sur les deux fondements. Et cette lecture pourrait se justifier par le fait que les règles de droit sont très proches voire identiques. Sur le fondement de l'article L. 113-1 du code des assurances, la Cour de cassation répute non écrite la clause d'exclusion qui « *vide la garantie de sa substance* »⁴. De même sur le fondement de l'ancien article 1131 du code civil, la Cour de cassation retient que la clause « *génératrice d'une obligation sans cause* »⁵ ou « *qui contredit la portée de l'obligation essentielle du contrat* »⁶ ou qui « *vide de toute substance l'obligation essentielle* »⁷ doit être réputée non écrite. Désormais, depuis l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1170 du code civil, qui en l'espèce aurait dû être visé en lieu et place de l'ancien article 1131 puisque le contrat souscrit en 2016 a très certainement été reconduit par tacite reconduction, dispose que « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». L'on pourrait donc alternativement se fonder soit sur le texte du code civil, soit sur le texte du code des assurances.

Mais, il n'est pas certain que cette première lecture de l'arrêt de la Cour de cassation résiste à l'analyse. En effet, la Cour de cassation a pris le soin de préciser que la cour d'appel ne pouvait pas apprécier la validité de la clause d'exclusion au regard de l'article 1131 du code civil car « *la validité de cette clause était régie par un texte spécial, à savoir l'article L. 113-1 du code des assurances* ». En qualifiant expressément l'article L. 113-1 du code des assurances de « *texte spécial* », la cour de cassation semble bien avoir appliqué la maxime *specialia generalibus derogant* désormais consacrée à l'article 1105, alinéa 3 du code civil, qui dispose que « *les règles générales s'appliquent sous réserve [des] règles particulières* », correspondant aux règles « *établies dans les dispositions propres à chacun [des contrats]* ». Les règles générales n'ont donc vocation à s'appliquer qu'en l'absence de règles particulières. Mais, pour qu'un tel principe s'applique, encore faut-il identifier une antinomie entre les deux règles en présence. Or, rien n'est moins sûr.

En effet, la jurisprudence fondée sur l'article L. 113-1 du code des assurances vise la clause qui « *vide* » la garantie de sa substance et celle fondée sur l'article 1131 du code civil la clause qui « *contredit la portée de l'obligation essentielle* » ou « *vide de toute substance l'obligation essentielle* ». Il n'y a donc pas de différence entre les interprétations jurisprudentielles. Certes, le nouvel article 1170, issu de la réforme de 2016, envisage la clause qui « *prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur* ». On pourrait dès lors percevoir une nuance dans l'intensité de la portée de la clause. Il faudrait distinguer la clause qui vide de celle qui prive. Mais, en pratique, la nuance risque d'être difficile à mettre en œuvre. D'ailleurs, la Cour de cassation rappelle dans cet arrêt que la clause qui vide la garantie de sa substance au sens de l'article L. 113-1 du code des assurances « *ne laisse subsister qu'une garantie* »

⁴ Cass. 2^e civ., 1^{er} décembre 2022 (4 arrêts), n° 21-15.392, 21-19.341, 21-19.342, 21-19.343 : *précit*.

⁵ Solution retenue à propos des clauses de réclamation de la victime : Cass. 1^{re} civ., 16 décembre 1997, n° 94-17.061 : *RGDA* 1998, 124, note L. Mayaux ; *JCP G* 1998, I, 144, chron. G. Viney ; *JCP G* 1998, II, 10018, rapport P. Sargos.

⁶ Solution retenue à propos des clauses limitatives de responsabilité : Cass. com. 29 juin 2010, *Faurecia*, n° 09-11.841 : *D.* 2010, 1832, note D. Mazeaud ; *D.* 2011, 35, obs. Ph. Brun et O. Gout ; *D.* 2011, 472, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.* 2010, 555, note. B. Fages.

⁷ Cass. com., 18 décembre 2007, *EDF*, n° 04-16.069 : *JCP G* 2008, I, 125, n°s 13 s., obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2008, 310, note P. Jourdain.

dérisoire ». Il faut en déduire que si la clause peut totalement vider la garantie de sa substance, elle peut aussi la vider très fortement en la privant d'une substance réelle. Inversement, la clause, qui prive l'obligation essentielle de sa substance au sens du nouvel article 1170 du code civil, paraît bien assimilable à une clause qui vide totalement la garantie de l'assureur ou laisse subsister une garantie dérisoire⁸. Il est donc permis de penser qu'il n'y a pas de véritable différence entre la clause qui vide de sa substance et celle qui prive de sa substance.

On pourrait alors rechercher la différence entre l'article L. 113-1 du code des assurances et l'article 1131 ou 1170 du code civil du côté de la sanction. Le réputé non écrit est retenu pour l'application de ces textes du code civil. L'article 1170 le prévoit d'ailleurs expressément. En ce qui concerne l'interprétation de l'article L. 113-1, la jurisprudence est plus hésitante et oscille entre la nullité⁹, le réputé non écrit¹⁰, voire l'inopposabilité comme l'illustre le présent arrêt en reprenant la formule de la cour d'appel. Or, le réputé non écrit ne suit pas le même régime que celui de la nullité. En particulier, le réputé non écrit est imprescriptible¹¹ et opère de plein droit même sans saisine du juge¹². Telle pourrait être la différence entre les deux textes. Mais, il faut bien reconnaître que cette différence est loin d'être clairement affirmée. De nombreux arrêts appliquent la sanction du réputé non écrit aux clauses non formelles et non limitées. En outre, dans la présente affaire, la cour d'appel a envisagé la sanction du réputé non écrit non seulement pour l'application de l'article 1131 du code civil mais aussi pour celle de l'article L. 113-1 du code des assurances.

Aussi, si l'on retient la sanction du réputé non écrit dans les deux hypothèses, aucune antinomie n'existe entre les deux règles. En ce sens, le droit commun ne ferait que conforter le droit spécial. Aussi on pourrait penser que les juges devraient nécessairement se fonder sur le texte spécial, mais qu'ils pourraient de surcroît viser le texte du droit commun. D'ailleurs, par le passé, de nombreux arrêts ont contrôlé la validité de clauses d'exclusion, au regard de l'article L. 113-1 du code des assurances et de l'ancien article 1131 ou du nouvel article 1170 du code civil, sans encourir la moindre critique dès lors qu'ils avaient retenu la même solution. A chaque fois, les pourvois faisant valoir une méconnaissance du principe *specialia generalibus derogant* ont été rejetés en raison du caractère inopérant du moyen, dès lors que la cour d'appel avait « également jugé que la clause d'exclusion litigieuse ne satisfaisait pas aux conditions de l'article L. 113-1 du code des assurances ne satisfaisait pas aux conditions de l'article L. 113-1 du code des assurances prévoyant que les exclusions de garantie doivent être formelles et limitées »¹³. Le droit commun vient alors conforter la solution retenue sur le fondement du droit spécial. Un cumul des textes est possible. Mais, dans la mesure où la dualité des textes, en apparence identiques, peut susciter des solutions contradictoires, ainsi que l'illustre l'arrêt de

⁸ Cf. G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations. Commentaires théoriques et pratiques dans l'ordre du Code civil*, Dalloz 2^e, éd., 2018, n° 438, p. 383 : « Plus qu'un déséquilibre significatif, sanctionné dans les seuls contrats d'adhésion, l'article 1170 viserait plutôt une obligation illusoire ou dérisoire au sens de l'article 1169 ».

⁹ Cass. 2^e civ., 31 mars 2022, n° 20-18.496 ; Cass. 2^e civ., 17 juin 2021, n° 19-24.467.

¹⁰ Cass. 2^e civ., 19 janvier 2023, n° 21-21.516 ; Cass. 1^{re} civ., 17 février 1993, n° 91-11.653.

¹¹ Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169, *RGDA* juin 2019, 22, note A. Pélissier.

¹² S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, Economica, 2006.

¹³ Art. L. 113-1 C. ass. et anc. art. 1131 C. civ. : Cass. 2^e civ., 21 septembre 2023, n° 21-25.921, 21-25.924 ; Cass. civ. 2^e, 6 juillet 2023, n° 21-24.037, 21-24.039, Cass. civ. 2^e, 25 mai 2023, n° 22-15.936, 22-16.479, 22-16.480 ; Cass. 2^e civ., 1^{er} décembre 2022, n° 21-19.341 : *précit.* Art. L. 113-1 C. ass. et art. 1170 C. civ. : Cass. 2^e civ., 25 mai 2023 : n° 22-15.826, 22-15.935 ; Cass. 2^e civ., 1^{er} décembre 2022, n° 21-19.343, 21-19.342.

la cour d'appel de Besançon du 26 janvier 2022 rendu dans la présente affaire, une interprétation beaucoup plus souple du principe *specialia generalibus derogant* est ici retenue. Si elle s'oppose à l'analyse doctrinale classique qui exige une incompatibilité entre le texte spécial et le texte commun, elle fait écho aux propos du rapport fait au nom de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016 par M. François Pillet : « *le silence du droit spécial, de même que sa simple compatibilité avec le droit commun ne peuvent pas conduire automatiquement à l'application du droit commun : une appréciation au cas par cas devra être assurée, en prenant en compte la cohérence interne du droit spécial, car une application simultanée du droit commun et du droit spécial, même si elle est formellement possible, n'est pas toujours pertinente et justifiée. En particulier, l'application du droit commun ne peut conduire à dénaturer la cohérence ou méconnaître l'esprit du droit spécial* »¹⁴. En l'espèce, parce que l'esprit du droit des assurances se trouvait compromis par le recours au droit commun et son interprétation jurisprudentielle, la Cour de cassation a écarté l'application du droit commun.

II) Conséquences de l'exclusion du droit commun par le droit des assurances

La clause excluant de la garantie « *les pertes d'exploitation, lorsqu'à la date de la décision de fermeture, au moins un autre établissement, quelle que soit sa nature et son activité, fait l'objet sur le même territoire départemental que celui de l'établissement assuré, d'une mesure de fermeture administrative, pour une cause identique* » se trouve confortée par cet arrêt du 12 décembre 2023. Elle est bien formelle et limitée au sens de l'article L. 113-1 du code des assurances et ce constat ne saurait être remis en cause par un recours au droit commun. On ne saurait admettre, à l'instar de la cour d'appel de Besançon, que la clause ne vide pas la garantie de sa substance sur le fondement de l'article L. 113-1 des assurances et la vide sur le fondement de l'article 1170 du code civil. Cela étant, cette solution censurée par la Cour de cassation révèle que l'appréciation varie selon la taille du zoom¹⁵ utilisé, c'est-à-dire de la garantie affectée par l'exclusion. Plus le zoom sera large et plus les juges seront enclins à valider l'exclusion. Inversement, plus le zoom sera étroit et plus les juges estimeront que l'exclusion vide la garantie de sa substance. La validité de l'exclusion au regard de l'article L. 113-1 du code des assurances pouvait être justifiée par un zoom large, c'est-à-dire par le fait qu'elle « *laissait dans le champ de la garantie les pertes d'exploitation consécutives à une fermeture administrative liée à ces autres causes ou survenue dans d'autres circonstances que celles prévues par la clause d'exclusion, n'avait pas pour effet de vider la garantie de sa substance* »¹⁶. Autrement dit, malgré l'exclusion, la garantie était due en cas de fermeture administrative à la suite par exemple d'un meurtre, d'un suicide ou d'une intoxication isolée. Or, en réputant la clause d'exclusion non écrite sur le fondement de l'ancien article 1131 du code civil, la cour d'appel a retenu un zoom plus étroit. Elle s'est focalisée sur la garantie de l'assureur en cas de fermeture administrative à la suite d'une épidémie et a constaté que celle-ci était inéluctablement vidée de sa substance par l'exclusion de garantie. En effet, il est difficilement imaginable qu'une épidémie n'entraîne pas la fermeture administrative d'un autre établissement sur le même territoire départemental.

¹⁴ Rapport n° 22 (2017-2018) de F. Pillet fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 11 octobre 2017, p. 22.

¹⁵ H. Groutel et alii, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Litec 2008, n° 516.

¹⁶ Cass. 2^e civ., 1^{er} décembre 2022 (4 arrêts), n° 21-15.392, 21-19.341, 21-19.342, 21-19.343 : *précit*.

Faut-il alors revenir sur le précédent constat et affirmer que les règles de l'ancien article 1131 du code civil et de l'article L. 113-1 du code des assurances sont contradictoires car elles reposent sur une méthode d'appréciation différente ? Cela paraît contestable. Tout d'abord, nous avons déjà constaté que de nombreux arrêts ont pu retenir des solutions identiques sur ces deux fondements, ce qui laisse entendre que la méthode d'appréciation peut être la même. Ensuite, le contrôle opéré sur le fondement de l'ancien article 1131 du code civil n'est certainement pas uniforme. L'appréciation de la portée d'une clause sur l'obligation essentielle du contrat peut susciter quelques interrogations sur son étendue¹⁷. Enfin, les juges n'utilisent pas qu'une seule méthode d'appréciation pour appliquer l'article L. 113-1 du code des assurances. Si la méthode objective tendant à comparer le domaine de la garantie avec l'étendu des exclusions est le plus souvent retenue, une méthode subjective, considérant que la clause d'exclusion est à l'origine d'une erreur substantielle de l'assuré, est parfois mise en œuvre. Ainsi, dans un arrêt du 10 juillet 1995, la Cour de cassation a affirmé qu'une cour d'appel avait violé l'article L. 113-1 du code des assurances en appliquant une « *clause d'exclusion qui devait être réputée non écrite dès lors qu'elle annulait les effets de la garantie spéciale, déterminante du consentement de l'assuré* »¹⁸. Par ailleurs, la Cour de cassation a pu appliquer un zoom plus ou moins large pour la clause, contenue dans les assurances de responsabilité après travaux, excluant « *les frais engagés pour : réparer, parachever, ou refaire le travail, remplacer tout ou partie du produit* ». Si la haute juridiction a pu valider une telle clause au motif qu'elle « *laissait dans le champ de la garantie les dommages corporels, matériels ou immatériels dont le fait générateur est constitué par les malfaçons* »¹⁹, elle a également pu estimer qu'une telle clause vidait la police d'assurance de sa substance, alors qu'était couvert les dommages causés aux tiers²⁰. Et une telle divergence de méthode se retrouve en assurance de responsabilité après livraison. Tandis qu'à une époque la Cour de cassation a écarté la clause excluant de la garantie les dommages causés aux produits au motif qu'elle privait « *de toute efficacité la garantie contractuelle pour le risque concerné* »²¹, alors pourtant que la garantie couvrait les dommages causés par le produit, elle admet dorénavant la validité d'une telle clause²².

Il n'y a donc pas une méthode d'appréciation propre à l'article L. 113-1 du code des assurances et une autre méthode propre à l'ancien article 1131 du code civil. Les juges peuvent avoir une appréciation plus ou moins large selon les circonstances, ce qui n'est pas un gage de prévisibilité et de sécurité juridique. Mais, par un arrêt du 9 février 2023, la Cour de cassation a précisé que l'appréciation de la validité d'une clause d'exclusion au regard de l'article L. 113-1 du Code des assurances doit se faire par rapport au risque concerné par l'exclusion et non par au regard de l'ensemble des garanties visées au contrat d'assurance²³. Il faut « *prendre en*

¹⁷ Cf. P. Jourdain, obs. sous Com. 18 déc. 2007, n° 04-16.069, RTD civ. 2008. 310

¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 10 juillet 1995, n° 91-19.319, *RGAT* 1995, 883, note L. Mayaux ; *RCA* 1995, Chron. 46 par H. Groutel.

¹⁹ Cass. 3^e civ. 16 mars 2011, n° 10-14.373, *RGDA* 2011, 688, note L. Mayaux ; Cass. 2^e civ. 19 mai 2016, n° 15-18.545, *RGDA* 2016, 372, note P. Dessuet.

²⁰ Cass. com., 20 octobre 2015, n° 14-16.371, *RGDA* 2015, 576, note L. Mayaux ; *AJCA* 2016, 540, note L. Perdrix.

²¹ Cass. 1^{re} civ., 1^{re}, 3 juillet 1990, n° 87-17.172.

²² Cass. 1^{re} civ. 1^{re}, 6 janvier 1993, n° 89-20.730, *RCA* 1993, Chron. 9 par H. Groutel ; *RGAT* 1993, 357, note J. Bigot ; Cass. 2^e civ., 10 décembre 2015, n° 14-18.508, note H. Groutel.

²³ Cass. 2^e civ., 9 février 2023, n° 21-18.067 ; *RGDA* mai 2023, 16, note A. Pélissier ; *RCA* 2023, n° 111, note V. Tournaire ; *bjda.fr* 2023, n° 86, note A. Trescases.

compte le risque pertinent que l'exclusion est susceptible d'atteindre »²⁴. Or, si l'on ramène ce raisonnement à la présente affaire, le risque pertinent est l'épidémie à l'origine de la fermeture administrative. Ce risque d'épidémie se distingue du risque d'intoxication, de suicide, de maladie contagieuse ou encore de meurtre. Dès lors en excluant les pertes d'exploitation en cas de fermeture administrative non isolée sur le territoire départemental, l'exclusion paraissait bien vider la garantie des pertes d'exploitation en cas d'épidémie de sa substance²⁵. Il est difficile d'imaginer dans quels cas cette garantie va jouer, puisqu'une épidémie se propage par nature. En somme, il est possible que la cour d'appel ait appliqué cette méthode d'appréciation à son contrôle opéré au regard de l'ancien article 1131 du code civil. Mais, il eût été plus opportun de l'appliquer aux deux contrôles, opérés au regard du droit commun et du droit spécial, et de retenir la même solution. Néanmoins, les cours d'appel confrontées à une telle exclusion de garantie pourront dorénavant se fonder sur l'arrêt de janvier 2023 pour tenter d'inverser la jurisprudence.

L. Perdrix,

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil

L'arrêt :

La société Axa France IARD, société anonyme, dont le siège est [Adresse 2], a formé le pourvoi n° K 22-13.759 contre l'arrêt rendu le 26 janvier 2022 par la cour d'appel de Besançon (1^{re} chambre civile), dans le litige l'opposant à la société Le Chavot, société à responsabilité limitée, dont le siège est [Adresse 1], défenderesse à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, un moyen unique de cassation.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M. Ittah, conseiller référendaire, les observations de la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat de la société Axa France IARD, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société Le Chavot, et l'avis de Mme Nicolétis, avocat général, après débats en l'audience publique du 5 septembre 2023 où étaient présents Mme Leroy-Gissinger, conseiller doyen faisant fonction de président, M. Ittah, conseiller référendaire rapporteur, Mme Isola, M. Martin, Mme Chauve, M. Pedron, conseillers, M. Pradel, Mmes Brouzes, Philippart, conseillers référendaires, Mme Nicolétis, avocat général, et Mme Cathala, greffier de chambre, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt ;

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Besançon, 26 janvier 2022) et les productions, la société Le Chavot, exploitant un fonds de commerce de restaurant, a souscrit le 16 juillet 2016 auprès de la société Axa France IARD (l'assureur) un contrat d'assurance « multirisque professionnel » incluant une garantie « protection financière ».

²⁴ S. Grignon Dumoulin cité par A. Pélissier, *RGDA* mai 2023, 16.

²⁵ A. Pélissier, *RGDA* mai 2023, 16.

2. À la suite d'un arrêté, publié au Journal officiel le 15 mars 2020, portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19, qui a édicté notamment l'interdiction pour les restaurants et débits de boissons d'accueillir du public du 15 mars 2020 au 15 avril 2020, prorogée jusqu'au 2 juin 2020 par décret du 14 avril 2020, et à la suite encore du décret du 29 octobre 2020, édictant cette même interdiction du 30 octobre 2020 au 19 mai 2021, la société Le Chavot a effectué une déclaration de sinistre, au titre de ces deux périodes de fermeture, auprès de l'assureur afin d'être indemnisée de ses pertes d'exploitation en application d'une clause du contrat stipulant que : « La garantie est étendue aux pertes d'exploitation consécutives à la fermeture provisoire totale ou partielle de l'établissement assuré, lorsque les deux conditions suivantes sont réunies :

1. La décision de fermeture a été prise par une autorité administrative compétente, et extérieure à vous-même.

2. La décision de fermeture est la conséquence d'une maladie contagieuse, d'un meurtre, d'un suicide, d'une épidémie ou d'une intoxication ».

3. L'assureur a refusé de garantir le sinistre en faisant valoir que l'extension de garantie ne pouvait pas être mise en oeuvre, en raison de la clause excluant : « ... les pertes d'exploitation, lorsque, à la date de la décision de fermeture, au moins un autre établissement, quelle que soit sa nature et son activité, fait l'objet, sur le même territoire départemental que celui de l'établissement assuré, d'une mesure de fermeture administrative, pour une cause identique ».

4. La société Le Chavot a assigné l'assureur devant un tribunal de commerce à fin de garantie.

Examen du moyen

Sur le moyen, pris en ses cinq premières branches

5. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces griefs qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Mais sur le moyen, pris en sa sixième branche

Enoncé du moyen

6. L'assureur fait grief à l'arrêt de réputer non écrite et inopposable à la société Le Chavot la clause d'exclusion de garantie et de le condamner à payer à cette dernière la somme de 30 000 euros à titre de provision à valoir sur l'indemnité définitive qui sera évaluée par un expert, alors « qu'en déclarant la clause d'exclusion litigieuse non écrite et inopposable à l'assuré sur le fondement de l'ancien article 1131 du code civil, quand la validité de cette clause était régie par un texte spécial, à savoir l'article L. 113-1 du code des assurances, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article 1131 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 1131 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, et l'article L. 113-1 du code des assurances :

7. Selon le premier de ces textes, l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

8. Il résulte du second que les clauses d'exclusion de garantie qui privent l'assuré du bénéfice de la garantie en considération de circonstances particulières de la réalisation du risque doivent être formelles et limitées.

9. Sur le fondement de ce dernier texte, la Cour de cassation juge qu'une clause d'exclusion n'est pas limitée lorsqu'elle vide la garantie de sa substance, en ce qu'après son application elle ne laisse subsister qu'une garantie dérisoire (2e Civ., 1er décembre 2022, pourvois n° 21-19.341, n° 21-19.342, n° 21-19.343, n° 21-15.392, publiés au Bulletin ; 2e Civ., 19 janvier 2023, pourvoi n° 21-21.516, publié au Bulletin).

10. Il en résulte que la validité des clauses d'exclusion de garantie, régie par ce texte spécial qui exige qu'elles ne vident pas la garantie de sa substance, ne peut être cumulativement examinée au regard de l'article 1131 du code civil.

11. Pour réputer non écrite la clause d'exclusion de garantie et condamner l'assureur à payer une provision, l'arrêt retient, d'abord, que cette clause est formelle et limitée au sens de l'article L. 113-1 du code des assurances, et qu'elle ne peut être réputée non écrite ou inopposable à ce titre.

12. Il énonce, ensuite, qu'il se déduit de l'article 1131 du code civil, qu'est réputée non écrite la clause limitative de réparation, ou de garantie, qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur.

13. L'arrêt retient enfin, d'une part, que l'obligation essentielle contractée par l'assuré était une garantie des pertes d'exploitation causées par une fermeture administrative pour épidémie, d'autre part, que la clause litigieuse, en réduisant la garantie au cas infinitésimal d'une fermeture administrative pour épidémie imposée au seul assuré pour tout le département, la vide de sa substance.

14. En statuant ainsi, après avoir jugé que la clause d'exclusion de garantie était formelle et limitée, sur le fondement de l'article L. 113-1 du code des assurances, la cour d'appel a violé, par fausse application, le premier texte susvisé.

Portée et conséquences de la cassation

15. En application de l'article 624 du code de procédure civile, la cassation de la disposition de l'arrêt réputant non écrite la clause d'exclusion de garantie et la déclarant inopposable à la société Le Chavot entraîne la cassation des chefs de dispositif ordonnant une expertise et étendant la mission de l'expert, qui s'y rattachent par un lien de dépendance nécessaire.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur l'autre grief du pourvoi, la Cour :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 26 janvier 2022, entre les parties, par la cour d'appel de Besançon ;