

DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS LICENCE CREATIVE COMMONS

CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :

S. Abravanel-Jolly, *Le droit des assurances, précurseur de l'article 1170 du Code civil*, bjda.fr 2024, n° 94

Le droit des assurances, précurseur de l'article 1170 du Code civil
(Intervention lors du cycle de conférences de la Cour de cassation du 13 mai 2024¹)

Sabine ABRAVANEL-JOLLY

Professeure de Droit privé à l'Université Lyon III,
co-Directrice du Master 2 « Droit et gestion des risques émergents »

Co-fondatrice du BJDA / LexisNexis : <https://bjda.fr> / Lexis 360
Avocate au Barreau de Lyon

C. civ., art. 1170 – C. assur., art. L. 113-1, al. 1er – Substance du droit civil issue du droit des assurances – Nullité des clauses d'exclusion vidant la garantie de sa substance

Selon l'article 1170 du Code civil :

« Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. »

Au demeurant, les liens entre la substance de l'obligation essentielle et le droit des assurances sont particulièrement étroits.

En effet, lorsqu'elle est saisie de l'examen de la validité des clauses d'exclusion conventionnelle de garantie, qui suppose, aux termes de l'article L. 113-1, al. 1^{er} du Code des assurances, qu'elle soit « formelle et limitée », la jurisprudence vérifie depuis fort longtemps que, pour être limitée, la clause « *ne vide pas la garantie de sa substance* ».

Plus précisément, le droit des assurances a eu recours à cette notion de substance bien avant le droit civil, qui s'en est directement inspiré.

Pour autant, s'agit-il de la même notion de substance dans les deux matières ?

Si le terme de substance, utilisé en droit civil, a incontestablement été emprunté à celui du droit des assurances (I), depuis un arrêt rendu par la deuxième chambre de la Cour de cassation le 12 octobre 2023, on peut se demander s'il s'agit d'une notion « miroir » ou « trompe-l'œil » ? (II).

¹ à retrouver en Visio : <https://youtu.be/T0VPR4O6Hyg>

I) Le terme de substance en droit civil, emprunté au droit des assurances

Au terme d'une évolution, afin de donner son plein effet à l'exigence du caractère « limité » de la clause d'exclusion, tel qu'imposée de l'article L. 113-1, al. 1^{er}, depuis les années 1980, la jurisprudence ne valide l'exclusion que « si elle ne vide pas la garantie de sa substance » (A).

A l'évidence, saisi de la question des clauses limitatives de responsabilité, le droit civil s'est indéniablement inspiré de cette notion de substance posée par le droit des assurances (B).

A) Consécration de la notion de substance par le droit des assurances

La formule de l'article L. 113-1, al. 1^{er}, subordonnant la validité de l'exclusion à ses caractères « formel et limité », a pendant longtemps été appréhendée de façon globale. Ainsi, le caractère limité n'a pas acquis tout de suite son autonomie.

Traditionnellement, une exclusion n'était pas limitée quand son contenu était imprécis, notamment quand il résultait d'une liste de circonstances seulement indicatives ou exemplatives.

En ce sens, une exclusion non limitée était donc une exclusion non limitative ce qui, en fait, renvoyait à son caractère formel. Cette idée est encore présente dans certaines décisions qui se réfèrent à une exclusion non limitée, alors qu'elle est, en réalité, seulement imprécise.

Ainsi, à propos de l'exclusion des « maladies liées à l'alcool », ou celle de « mal de dos » ou encore du « défaut de performance », où c'est cette absence de précision qui vicie la clause plus que son caractère non limité².

Tout cela était indéniablement source de confusion, et insuffisamment protecteur de l'assuré que le législateur, en consacrant l'article L. 113-1 dans le Code des assurances, par la loi du 13 juillet 1930, a toujours voulu protéger en veillant à ce qu'il sache exactement dans quels cas et à quelles conditions il est garanti ou non.

Si bien que, pour que le concept d'exclusion limitée soit véritablement opérant, il fallait impérativement lui accorder une réelle autonomie³.

Effectivement, pour bien résumer la distinction entre ces caractères « formel et limité », l'on peut dire que :

- c'est parce que l'exclusion est imprécise (donc non formelle) qu'une erreur a pu être commise par le souscripteur,
- et c'est parce qu'elle n'est pas limitée que cette erreur est substantielle.

² V. J. Bigot, *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, n° 1739.

³ *Ibid.*

Pour cette raison, depuis un arrêt de la Première chambre civile du 17 février 1987, la Cour de cassation considère que n'est pas limitée la clause qui annule « *pratiquement toutes les garanties prévues* »⁴.

Ainsi, par un arrêt 23 juin 1987, était en cause une société assurée qui avait livré un appareillage destiné à la traite automatique simultanée de douze vaches. Des incidents imputables aux défaillances de l'installation avaient entraîné la mort de quatre bêtes. Le contrat d'assurance déclarait garantir de façon générale toutes les formes de responsabilité civile de l'assuré postérieures à la livraison de ses produits, ... ainsi que " les conséquences pécuniaires de toutes erreurs techniques ou administratives de conception, de préparation, de mise au point et de vente, de toutes fautes professionnelles ou malfaçons techniques et de tout vice de fabrication et de matière ".

Dans une partie ultérieure de son texte, ce même contrat aboutissait, sous forme d'exclusions multiples, à annuler toute garantie sauf pour une catégorie très limitée de préjudice et dans la seule hypothèse où il y aurait eu " accident ".

Par son arrêt de cassation du 23 juin 1987, la première chambre civile, a alors retenu :

*« Attendu qu'en ne retenant, pour les appliquer, que les seules exclusions au motif qu'elles étaient claires et précises, alors que, par leur nombre et par leur étendue, ces exclusions n'étaient ni formelles ni limitées et **qu'elles annulaient pratiquement toutes les garanties prévues** sauf pour une catégorie de dommage très étroite, et dans le seul cas d'accident, notion que la police ne définissait même pas, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »*

Puis, elle a précisé, par un arrêt du 14 janvier 1992, que n'est pas limitée la clause « *qui avait pour conséquences de vider le contrat de son contenu par le biais d'une seule clause d'exclusion ou par le cumul de toutes les exclusions* »⁵.

Plus précisément, était en cause la livraison à une société de médecins « d'un appareil de traitement informatique des images radiologiques. L'appareil n'a jamais fonctionné, la société de médecins a donc demandé le remboursement du prix.

L'assureur avait dénié sa garantie au motif d'une clause d'exclusion de la perte subie par le sociétaire lorsqu'il est tenu soit de remplacer tout ou partie de sa fourniture ou de celle d'un sous-traitant, soit d'en rembourser le prix" ainsi que "les conséquences de l'inexécution de l'obligation de délivrance" ;

La Haute juridiction a estimé qu'une telle exclusion vidait le contrat de sa substance, mettant en cause l'objet même de la garantie. »

Dans la même veine, par deux arrêts rendus en 2004 et 2011, la Cour de cassation a retenu que n'est pas limitée une clause d'exclusion qui a pour conséquence de « *vider le contrat de sa substance* »⁶ :

⁴ Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 1987, n° 85-15350, PB, *RGAT* 1987. 271, note R. Bout. – Cass. 1^{re} civ., 23 juin 1987, n° 85-17010

⁵ Cass. 1^{re} civ., 14 janvier 1992, n° 88-19313, *RGAT* 1992, p. 358, 3^e esp.

⁶ Cass. 1^{re} civ., 24 févr. 2004, n° 02-10091. – Cass. 2^e civ., 3 mars 2011, n° 10-15255

« La clause, qui exclut de la garantie les frais se rapportant aux travaux et ouvrages exécutés par l'assuré, n'est ni formelle ni limitée en ce qu'elle vide la garantie de sa substance. »

Ainsi, le contentieux du droit des assurances est précurseur de l'article 1170 du Code civil, le droit civil s'étant, à l'évidence, inspiré de cette notion de « substance ».

B) La « substance » du droit civil inspirée du droit des assurances

Si le mot « substance » n'est pas expressément prononcée par l'arrêt Chronopost du 22 octobre 1996 (n° 93-18632)⁷, la formule qu'il retient ne laisse place à aucun doute :

- en se référant au manquement de la Société Chronopost à son « *obligation essentielle* » de « *livrer les plis dans un délai déterminé* »,
- pour écarter la clause limitative de responsabilité comme « *contredisant la portée de l'engagement pris* ».

La chambre commerciale de la Cour de cassation s'inspire manifestement de la « substance » de l'engagement. En effet, à la lettre, contredire la portée de l'engagement est bien constitutif d'une atteinte à la substance de celui-ci.

Mais, si la référence à la substance est bien présente, à ce stade avec l'arrêt Chronopost, le degré d'atteinte exigé du droit civil apparaît beaucoup moins strict : les juges se contentent d'un manquement à l'obligation essentielle pour en déduire qu'il contredit la portée de l'engagement.

Pourtant, contredire la portée de l'engagement n'aboutit pas forcément à le « vider de sa substance ».

A cet égard, l'arrêt Faurecia du 29 juin 2010⁸ semble plus en phase avec le droit des assurances, tant sur le plan terminologique, se référant expressément à la substance, que par rapport au degré d'atteinte portée à la substance :

« la clause limitative de réparation ne vidait pas de toute substance l'obligation essentielle de la société Oracle ».

Car « la clause, stipulant que les prix convenus reflètent la répartition du risque et la limitation de responsabilité qui en résultait, n'était pas dérisoire ».

De son côté, d'un point terminologique, l'article 1170 du Code civil se réfère expressément au terme « substance », dégagé par le droit des assurances, mais semble revenir à notion dégagée par l'arrêt Chronopost.

« Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. »

⁷ Cass. com., 22 octobre 1996, n° 93-18632, *Chronopost*

⁸ Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *Faurecia*

Quoi qu'il en soit, le droit des assurances est manifestement précurseur de l'article 1170 du Code civil.

Cependant, le degré d'atteinte à la substance requis du droit civil s'apparente-t-il vraiment à celui exigé du droit des assurances, comme le suggère la deuxième chambre civile de la Cour de cassation par son arrêt du 12 octobre 2023 ?

Si cet arrêt semble en faire une notion « miroir », en réalité ne serait-ce pas plutôt une notion « trompe-l'œil » ?

II) L'atteinte à la « substance » en droit civil : une notion « miroir » ou « trompe-l'œil » du droit des assurances ?

En droit des assurances, pour que la clause d'exclusion soit réputée non écrite, ou nulle, elle doit « **vider** la garantie de sa substance », tandis que d'après l'article 1170 du Code civil la clause doit « **priver** de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ».

De prime abord, les mots « **Vider** » et « **Priver** » sont certes deux verbes distincts, mais n'en sont pas moins synonymes, par l'idée « **d'ôter** » ou de « **retirer** » quelque chose, qu'ils véhiculent tous deux.

Pourtant, pour parvenir à l'éradication de la clause, le droit des assurances et le droit civil adoptent des voies différentes (A).

Ce que le récent arrêt de la 2^e chambre civile du 12 octobre 2023⁹, saisie de l'articulation entre les articles L. 113-1 al. 1^{er} du Code des assurances et 1170 du Code civil, semble remettre en cause (B).

A) « **Vider de sa substance** » en droit des assurances et « **priver de sa substance** » en droit civil : notions distinctes

En droit des assurances, pour déterminer si la clause d'exclusion vide la garantie de sa substance, les juges doivent rechercher :

- « *l'étendue de la garantie subsistant après application de la clause litigieuse* »¹⁰,

⁹ Cass. 2^e civ., 12 oct. 2023, n° 22-13759

¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2004, n° 00-21974, Resp. civ. et assur. 2004, n° 197, note H. Groutel : « cette exclusion n'est pas nulle car elle n'a pas pour conséquence de priver l'assuré de toute garantie du chef des terrassements ».

Dans le même sens : Cass. 2^e civ., 13 janv. 2005, n°s 03-18645 et 03-20355, Resp. civ. et assur. 2005, n° 115, note H. Groutel. – Cass. 2^e civ., 20 mars 2008, n° 06-11763, RGDA 2008, p. 452, note S. Abravanel-Jolly, selon qui, en censurant la cour d'appel pour n'avoir pas recherché si l'exclusion prévue dans les conditions générales du contrat d'assurance ne privait pas de tout objet la garantie responsabilité professionnelle souscrite par la société ARMTF pour son activité de « *réparation à domicile ou à l'adresse du risque, dépannage d'engins de chantier et d'engins agricoles* », la Cour de cassation impose aux juges de préciser « *l'étendue de la garantie subsistant après application de la clause litigieuse* ». – Cass. com., 16 juin 2021, n° 19-20858, RGDA sept. 2021, n° 200i5, p. 39,

- eu égard à la seule garantie visée et non à l'ensemble des garanties contenues dans le contrat d'assurance¹¹.

Dès lors, si après le passage de la clause la garantie a encore un champ résiduel d'application, l'exclusion est limitée, à l'inverse elle ne l'est pas.

Ainsi, par un arrêt du 9 mars 2004¹², à propos d'une société de terrassement **est jugée** responsable d'un éboulement de terrain sur une propriété voisine :

- assurée par une garantie RC en cas de « dommages causés du chef des terrassements »,
- l'assureur invoque l'exclusion " des dommages matériels et immatériels causés par des glissements et effondrements de terrain » :
 - *Les juges d'appel valident la clause litigieuse, estimant qu'elle « n'a pas pour conséquence de priver l'assurée de toute garantie du chef des terrassements »*
 - *la Cour de cassation censure : Attendu qu'en se déterminant ainsi par une simple affirmation générale, sans préciser l'étendue de la garantie subsistant après application de la clause litigieuse, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;*

La clause est éradiquée.

Par un autre arrêt du 20 mars 2008¹³,

- à propos de la garantie d'assurance responsabilité professionnelle souscrite par une société pour son activité de « réparation à domicile ou à l'adresse du risque, dépannage d'engins de chantier et d'engins agricoles »,
- l'assureur oppose l'exclusion des « frais nécessités par les réparations, la rectification des vices ou erreurs à l'origine de l'événement garanti et le coût des fournitures ou produits défectueux », la clause est éradiquée par la Cour de cassation :
 - *qui censure les juges d'appel pour n'avoir pas recherché*
 - *si l'exclusion litigieuse ne privait pas de tout objet la garantie*

En droit civil, aux termes de l'article 1170 du Code civil, une clause limitative de responsabilité ne peut être réputée non écrite :

- que si « elle prive l'obligation essentielle du débiteur de sa substance » ;
- c'est-dire que si, pour reprendre les termes de l'arrêt Chronopost de 1996, elle contredit la portée de l'obligation essentielle.

note L. Mayaux. – Cass. com., 20 oct. 2021, n° 19-19626, *bjda.fr* 2021, n° 78 ; *LEDA* Janv. 2022, n° DAS200k6, p. 2, note S. Abravanel-Jolly.

¹¹ v. Cass. 2^e civ., 9 févr. 2023, n° 21-18.067, inédit.

¹² *Préc.*

¹³ *Préc.*

A première vue, que ce soit en droit des assurances ou en droit civil, à chaque fois une clause d'exclusion ou limitative de responsabilité peut être réputée non écrite parce qu'elle « ôte » toute contrepartie à l'engagement du débiteur :

- la garantie de l'assuré est réduite à néant, alors qu'il a versé une prime en contrepartie de l'engagement de l'assureur ;
- l'obligation du débiteur est dénaturée.

Sous cet angle, les notions de perte de substance du droit des assurances et du droit civil apparaissent similaires.

Toutefois, cette impression d'identité de notions n'est pas évidente parce que, en droit des assurances, les juges n'adoptent pas toujours la même méthode pour éradiquer la clause :

- entre la méthode objective du « ZOOM », pour reprendre les mots du professeur Groutel, qui consiste à superposer garantie et exclusion et elles se superposent alors on en déduit que l'exclusion n'est pas limitée¹⁴,
- existe aussi la méthode subjective, moins fréquemment retenue, qui consiste à considérer que la clause qui vide le contrat de sa substance conduit l'assuré à commettre une erreur substantielle (déplacement le débat de l'objet vers les vices du consentement)¹⁵,
- et, enfin, il y a la méthode médiane, préférable, qui s'appuie sur une appréciation objective du caractère limité, mais tempérée par des considérations subjectives tirées de l'activité de l'assuré et donc de ses besoins en assurance¹⁶.

Si la méthode médiane est souvent appliquée, en l'absence de critères précis, elle se transforme souvent en méthode du « ZOOM » permettant aux juges de construire une jurisprudence variable en fonction du but poursuivi (protéger le souscripteur ou la force obligatoire du contrat).

En attestent les arrêts rendus à propos des exclusions de garantie dans les assurances RC produits livrés, la Cour de cassation ayant tour à tour validé, éradiqué puis à nouveau validé les clauses excluant les dommages subis par le produit¹⁷.

Sous cet angle, affirmer que les critères de perte de substance sont les mêmes en droit civil est donc hasardeux, y compris depuis un arrêt rendu par la 2^e chambre civile le 12 octobre 2023.

¹⁴ H. Groutel, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, n° 516. – J. Bigot, *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, Tome 3, n° 1740.

¹⁵ J. Bigot, *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, Tome 3, n° 1741.

¹⁶ J. Bigot, *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, Tome 3, n° 1742.

¹⁷ J. Bigot, *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, Tome 3, n° 1743. V. Synthèse faite H. Groutel, note sous Cass. 2^e civ., 9 févr. 2012, n° 10-31057, *Resp. civ. et assur.*, 2012, comm. 144 ; *Resp. civ. et assur.* 2009, spéc. n° 6 et s.

B) La perte de substance en droit civil et en droit des assurances depuis l'arrêt du 12 octobre 2023¹⁸ : notions identiques ou voisines ?

Dans les suites des arrêts Axa du 1^{er} décembre 2022¹⁹,

- qui ont retenu le caractère formel et limité des clauses d'exclusion des pertes d'exploitation sans dommage,
- subis par les restaurateurs après fermeture administrative décrétée pour cause de Covid-19,

Par l'arrêt du 12 octobre 2023, la deuxième chambre civile

- a eu à statuer sur la possibilité de réputer la clause d'exclusion non écrite sur le fondement de l'ancien 1131 du Code civil,
- parce qu'elle contredirait « *la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* ».

Mais, alors que les juges d'appel avaient admis le recours à ce fondement alternatif, retenant :

- « *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.*
- *que l'obligation essentielle contractée par l'assuré était une garantie des pertes d'exploitation causées par une fermeture administrative pour épidémie,*
- *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.* »

La Cour de cassation censure cette décision, considérant que la clause d'exclusion de garantie a été jugée formelle et limitée :

« La validité des clauses d'exclusion de garantie, régie par ce texte spécial ne peut être cumulativement examinée au regard de l'article 1131 du code civil.

Ce qui sous-entend :

- qu'elle ne peut être formelle et limitée,
- tout en vidant la garantie de sa substance.

La Haute juridiction semble considérer que ces deux notions de substance se superposent : font double emploi.

¹⁸ Cass. 2^e civ., 12 oct. 2023, n° 22-13759

¹⁹ V. S. Abravanel-Jolly, *Validité des clauses d'exclusion des pertes d'exploitation sans dommage après fermeture administrative décrétée pour cause de Covid-19 (à propos des 4 arrêts Cass. 2^e civ., 1^{er} déc. 2022)*, RLDA avr. 2023, n° 7707, p. 33

Toutefois, à notre avis, la portée de cet arrêt ne doit pas être généralisée à tout le contenu des clauses d'exclusion, mais doit être relativisée aux cas où sont garantis des risques systémiques.

Rappelons que la clause d'exclusion, dans cette affaire, a été jugée limitée par les arrêts Axa du 1^{er} décembre 2022, alors qu'en réalité la garantie en cas d'épidémie était réduite à néant.

- Si bien que, en réalité, la clause n'était pas limitée
- Mais que, a priori, ce sont les **impératifs d'assurabilité des risques** qui ont fondé la solution.

Par conséquent,

- après avoir préservé ces impératifs fondateurs de la relation d'assurance en application de l'article L. 113-1 al. 1^{er} du Code des assurances,
- la Cour de cassation ne pouvait ensuite les déjouer sur le fondement de l'article 1170 du Code civil.

De surcroît, et si l'on devait généraliser la portée de cet arrêt, elle ne saurait être étendue à la question de la validité des conditions de garantie qui n'est régie par aucune disposition spéciale.

En ce sens, l'article 1170 ne serait de toute façon pas évincée du droit des assurances²⁰.

²⁰ V. sur ce point, dans ce numéro, l'article de Madame le professeur Véronique Nicolas.