



HAL
open science

Les clauses abusives dans un contrat d'assurance

Edoh Kouami Boglah

► **To cite this version:**

Edoh Kouami Boglah. Les clauses abusives dans un contrat d'assurance. Droit. 2018. dumas-01940864

HAL Id: dumas-01940864

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01940864>

Submitted on 30 Nov 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Edoh Kouami BOGLAH

LES CLAUSES ABUSIVES DANS UN CONTRAT D'ASSURANCE

Mémoire de Master 2

Mention : Droit privé

Spécialité : Entreprise et patrimoine, Droit des contrats

Sous la direction de : M. Jean-Marie PERELLO

Date de soutenance : 04 Septembre 2018

Année universitaire 2017-2018

LES CLAUSES ABUSIVES DANS UN CONTRAT D'ASSURANCE

Soutenu par Edoh Kouami BOGLAH

Septembre 2018

LES CLAUSES ABUSIVES DANS UN CONTRAT D'ASSURANCE

Soutenu par Edoh Kouami BOGLAH

Septembre 2018

« La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs »

Edoh Kouami BOGLAH

LES CLAUSES ABUSIVES DANS UN CONTRAT D'ASSURANCE

Mémoire de Master 2

Mention : Droit privé

Spécialité : Entreprise et patrimoine, Droit des contrats

Sous la direction de : M. Jean-Marie PERELLO

Date de soutenance : 04 Septembre 2018

Année universitaire 2017-2018

LES CLAUSES ABUSIVES DANS UN CONTRAT D'ASSURANCE

Soutenu par Edoh Kouami BOGLAH

Septembre 2018

LES CLAUSES ABUSIVES DANS UN CONTRAT D'ASSURANCE

LES CLAUSES ABUSIVES DANS UN CONTRAT D'ASSURANCE

Soutenu par Edoh Kouami BOGLAH

Septembre 2018

Remerciements

Je souhaite remercier vivement tous les professeurs du Master 2 « Entreprise et patrimoine, Droit des contrats » pour leur pédagogie, ainsi que leurs encouragements, en l'occurrence Monsieur Pascal OUDOT, Directeur de ce Master 2.

Je voudrais adresser toute ma gratitude au directeur de ce mémoire, monsieur Jean-Marie PERELLO, pour sa patience, sa disponibilité et surtout ses judicieux conseils, qui ont contribué à alimenter ma réflexion.

Je n'oublie pas Maîtres Audrey CHELLY SZULMAN, Isabelle SCHUCKE-NIEL, avocats à la Cour, pour leur soutien et générosité sans faille. Qu'elles veuillent bien trouver ici l'expression de ma plus respectueuse reconnaissance.

D'une manière générale, je remercie toute la promotion 2017-2018 du Master 2 « Entreprise et patrimoine, Droit des contrats », pour avoir su créer une bonne cohésion tout au long de l'année universitaire.

J'adresse enfin ma gratitude à mon amie Imelda pour sa relecture, ses conseils et encouragements ; et à tous mes proches.

SOMMAIRE

	Page
Remerciements	6
Sommaire	7
Table des sigles et abréviations	8
INTRODUCTION GENERALE	12
TITRE I. Caractérisation des clauses abusives	18
Chapitre I. Le déséquilibre significatif	21
Section I. La définition du déséquilibre significatif	23
Section II. L'appréciation du déséquilibre significatif	32
Chapitre II. Relation contractuelle	42
Section I. Nécessité d'un contrat	43
Section II. Les personnes visées	54
TITRE II. La portée des clauses abusives sur le contrat d'assurance	65
Chapitre I. Encadrement de la liberté contractuelle et contrôle du contenu contractuel	67
Section I. Le contrôle du contenu contractuel	68
Section II. Les clauses de renvoi et les clauses d'exclusion de garantie	77
Chapitre II. Les sanctions	84
Section I. Le sort des clauses obscures ou ambiguës	85
Section II. L'action en suppression et la sanction administrative	90
CONCLUSION	98
Bibliographie	99
Table des matières	104

TABLE DES SIGLES ET ABREVIATIONS
UTILISES DANS CE MEMOIRE

act.	actualité
AJ	Actualité jurisprudentielle (du Recueil Dalloz)
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJDI	Actualité juridique de droit international
al.	Alinéa
AN	Assemblée nationale anc.
ancien art.	art.
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Banque et droit	Revue Banque et droit
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
BOCC	Bulletin officiel concurrence consommation (aujourd'hui BOCCRF)
BOCCRF	Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
BOSP	Bulletin officiel du service des prix (aujourd'hui BOCCRF)
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
c. assur.	Code des assurances
c. civ.	Code civil
c. com.	Code de commerce
c. consom.	Code de la consommation
CA	Cour d'appel
Cass. 1 ^{re} civ.	1 ^{ère} chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 2 ^e civ.	2 ^e chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 3 ^e civ.	3 ^e chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
CCA	Cour administrative d'appel
CCE	Communication Commerce électronique
CCC	Contrats, concurrence, consommation
CE	Conseil d'État

LES CLAUSES ABUSIVES DANS UN CONTRAT D'ASSURANCE

ch. Mixte	Chambre mixte
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz (aujourd'hui RJEP, revue juridique de l'économie publique)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	Collection
comm.	Commentaire
comp.	Comparer
concl.	Conclusions
cons.	considérant
Cons. Constit.	Conseil Constitutionnel
Contrats conc. consom.	Contrats Concurrence et Consommation
Chron.	Chronique
D.	Recueil Dalloz
D. aff.	Dalloz Affaires
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
Dir.	Directive
dir.	direction
doctr.	Doctrine
DP	Dalloz périodique (avant 1941)
Dr. adm.	Droit administratif
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dr. et proc.	Revue Droit et procédures
éd.	édition
ét.	étude
ex.	exemple
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
ibid.	au même endroit
in	dans
IR	Informations rapides (du Recueil Dalloz)
JCl. Adm	Juris-Classeur Administratif
JCP E	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition Entreprise
JCP G	Juris-Classeur périodique, édition Entreprise
JCP N	Juris-Classeur périodique, édition Notariale

TABLE DES SIGLES ET ABREVIATIONS UTILISES DANS CE MEMOIRE

JDI	Journal de droit international
JO	Journal officiel
JOAN	Journal officiel de l'Assemblée nationale
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
jur.	jurisprudence
L.	Loi
LPA	Les Petites Affiches
maj.	mise à jour
mat.	en matière
n°	numéro
nos	numéros
not.	notamment
O.	ordonnance
obs.	observations
op. cit.	œuvre citée
p./P.	page ou pages
pan.	panorama
préc.	précité
p.u	presse universitaire
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
rapp.	rapport
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de droit immobilier
RD banc. fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger
Recomm.	Recommandation
REDC	Revue européenne de droit de la consommation
Rép. civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. com.	Répertoire de droit commercial Dalloz
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurances
Rev. loyers	Revue des loyers
Rev. rech. jur. dr. prosp.	Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif

LES CLAUSES ABUSIVES DANS UN CONTRAT D'ASSURANCE

Soutenu par Edoh Kouami BOGLAH

Septembre 2018

TABLE DES SIGLES ET ABREVIATIONS UTILISES DANS CE MEMOIRE

RFDA	Revue française de droit administratif
RGAT	Revue générale des assurances terrestres (de 1930 à 1995), devenue RGDA en 1996
RGDA	Revue générale du droit des assurances
RID éco.	Revue internationale de droit économique
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RLDC	Revue Lamy droit civil
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	et suivants
S.	Recueil Sirey
somm.	sommaire
spéc.	spécialement
ss dir.	sous la direction de
t.	tome
TC	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
th.	thèse
v.	voir
v°	mot ou mots

INTRODUCTION GENERALE

La montée en puissance de défense des consommateurs a depuis longtemps mis en lumière la notion de clause abusive dans le droit des contrats ¹.

Parmi les contrats proposés aux consommateurs, le contrat d'assurance est souvent perçu comme l'exemple le plus caractéristique du contrat d'adhésion. L'inégalité économique entre l'assuré et l'assureur permet à ce dernier de faire la loi du contrat. Selon le professeur André Besson : « Une telle inégalité ne peut certes par elle seule, rendre le contrat suspect [...] mais elle peut engendrer des abus : la loi imposée par l'assureur peut être injuste, consacrer l'exploitation du faible par le fort, au mépris de la loi morale la plus élémentaire » ²

L'étude dont cette citation est extraite date de 1950 et son auteur y fait également observer que la jurisprudence, avant toute réglementation légale du contrat d'assurance, a posé des limites à la liberté contractuelle afin de maintenir l'égalité des cocontractants. Elle fut relayée dans cette tâche par la loi du 13 juillet 1930, qui a repris certaines de ses solutions dans le cadre de dispositions impératives. Par suite, la législation n'a cessé d'évoluer dans un sens favorable aux assurés.

On ne saurait néanmoins en conclure que l'injustice contractuelle est désormais bannie des polices d'assurance. D'aucuns considèrent que le Code des assurances a maintenu au bénéfice des assureurs certains avantages illégitimes, voire « des prérogatives nettement exorbitantes du droit commun » ³.

Face à cette possibilité persistante d'abus, dans le contrat d'assurance comme dans d'autres contrats d'adhésion, la protection des intérêts spécifiques des consommateurs est progressivement apparue comme une nécessité. Cette influence du consumérisme a d'ailleurs une dimension internationale : la plupart des pays occidentaux se sont dotés d'une législation contre les abus des professionnels ⁴. En Europe, le Conseil des Communautés Européennes a posé une résolution le 14 avril 1975 « *le principe d'une politique de protection et*

¹ Laurent VILLEGAS, avocat, « Les clauses abusives dans le contrat d'assurance », éd. PU d'Aix-Marseille 1998, préface de Henri de BARBARIN, P. 7

² A. BESSON, Le contrat d'assurance et le morale, Etudes offertes à G. Ripert, LGDJ 1950, P. 178

³ G. VINEY, « L'interprétation et l'application du contrat d'assurance par le juge », D. 1994, Chron. P. 301

⁴ V. dans le même sens Laurent VILLEGAS, P. 13-14

d'information des consommateurs » et fait de l'élimination des clauses abusives l'une de ses actions prioritaires ⁵. Le droit français par la loi du 10 janvier 1978 a mis un système dualiste c'est-à-dire le législateur définit les critères des clauses tout en laissant au pouvoir réglementaire le soin de l'interdire par des décrets. Le 5 avril 1993⁶ la Communauté Européenne fait adopter une directive sur la lutte contre les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Le Code de la consommation avec la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 s'est fortement inspiré de cette directive communautaire.

Dans l'hypothèse où les moyens mis en œuvre par le professionnel pour attirer et séduire le consommateur ont été efficaces, la relation ainsi nouée va pouvoir être mise en œuvre. La plupart du temps, elle prendra la forme d'une relation contractuelle, et le Code de la consommation contient là encore nombres de dispositions tendant à la protection du consommateur tout en alourdissant les obligations du professionnel. Ces règles sont très nombreuses et pour l'essentiel sont liées à la conclusion d'un acte juridique. Pourtant, il faudrait sans doute se garder de limiter la relation professionnel/consommateur au strict domaine du contrat effectivement conclu ⁷.

Bien attendu le Code de la consommation est là pour le protéger dans la phase de conclusion de contrat. Le droit garantit ainsi un consentement libre et éclairé.

La plupart du temps, si le consommateur décide de contracter, il le fait aux conditions du professionnel, sans qu'il soit possible de discuter, de négocier tel ou tel aspect de la convention. La protection du consommateur se justifie. La remarque est encore plus vraie s'agissant du droit de la consommation, où le consommateur, plus faible par nature que son cocontractant, accepte un ensemble contractuel, formé de conditions générales et particulières, sans avoir un quelconque pouvoir pour les modifier, ou seulement les discuter ⁸.

La conclusion du contrat de consommation ne devrait pas déroger aux règles du droit commun de la formation des actes juridiques. En effet, pendant la période précontractuelle le consommateur a le plus souvent reçu une information complète et il a même bénéficié d'un délai de réflexion. Il subsiste malgré tout, un déséquilibre contractuel lié au fait que l'on se

⁵ G. PAISANT, Professeur émérite de l'université Savoie Mont Blanc, La lutte contre les clauses abusives des contrats dans l'Union Européenne, dans Vers un Code européen de la consommation, Bruylant, 1998, P. 165

⁶ M. ESPERQUETTE, La législation communautaire des contrats conclus avec les consommateurs, Revue conc. consom., nov-déc 1993, n°76, P. 7

⁷ Jérôme JULIEN, Droit de la consommation, Précis Domat, 2^e éd., Partie II, P. 257

⁸ V. dans le même sens Jérôme JULIEN, P. 259-260

trouve souvent en présence d'un contrat d'adhésion. Le droit de la consommation tente de rétablir un certain équilibre contractuel et ce parfois au détriment des principes généraux⁹.

Ce déséquilibre est posé à l'article L. 212-1 du Code de la consommation : « *Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.* »

La notion de consommateur est indépendante de la notion de capacité civile. Les auteurs s'accordent en général pour faire du consommateur un contractant de droit privé. Le consommateur est « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ou agricole* ». Cette définition légale exclut donc les personnes morales mais elle laisse planer un doute sur les clients des professions libérales¹⁰.

Tandis que le non professionnel est « *toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles* », définition résultant de la loi de ratification de l'ordonnance du 14 mars 2016. Ainsi des personnes morales pourront bénéficier de certaines dispositions du Code de la consommation à condition d'agir hors du cadre de leur activité professionnelle et sous réserve qu'un texte précise qu'il s'applique au non professionnel. Si les sociétés commerciales ne peuvent jamais être considérées comme des non-professionnels, la question se pose pour les sociétés civiles immobilières, pour les associations. Les comités d'entreprise sont des non-professionnels¹¹.

Le professionnel est désormais défini comme étant « *toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel* »¹².

L'identification de la notion de clause abusive consiste à déterminer quelles sont les stipulations des contrats de consommation qui, bien que formellement et substantiellement

⁹ Stéphane PIÉDELIÈVRE, Professeur de Droit privé et sciences criminelles, « droit de la consommation », 2^e éd., Economica, Titre 3, Sous-Titre 1, P. 439.

¹⁰ Cass. 2^e civ., 26 oct. 2017, n° 16-23.599 : JurisData n° 2017-021034.- Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2015 : JurisData n° 2015-022711 ; Contrats, conc. consom. 2016, comm. 22, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX.

¹¹ Ord. n° 2016-301, 14 mars 2016, relative à la partie législative du Code de la consommation : JCP G 2016, 392. - Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juin 2016, n° 15-13.236 : JurisData n° 2016-010690

¹² Guy RAYMOND, Synthèse - Entreprise et consommateur : Contrats de consommation.

valables, sont néanmoins abusives. L'article L. 132-1¹³, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation désigne comme telles les clauses qui « *ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ».

Il en résulte que le « déséquilibre significatif » est la pierre angulaire sur laquelle repose tout l'arsenal de lutte contre les clauses abusives et que leur identification passe nécessairement par son étude approfondie¹⁴.

En tant que standard, le déséquilibre significatif est une notion indéterminée. Partant, il n'est pas immédiatement opérationnel¹⁵ : sa mise en œuvre nécessite qu'il fasse l'objet d'une appréciation. Elle consiste pour l'interprète à vérifier, en fonction des faits dont il dispose, si la clause qui lui est soumise est conforme ou pas au modèle de conduite auquel renvoie le déséquilibre significatif¹⁶.

En principe, c'est au juge qu'il revient d'apprécier les standards¹⁷. Cependant, la particularité du déséquilibre significatif réside dans le fait que ce dernier n'est pas le seul à intervenir dans son appréciation. En effet, d'autres sources, réglementaire et administrative¹⁸, ont également ce pouvoir¹⁹.

Pour les aider dans leur tâche, ces différents auteurs de la qualification de clause abusive peuvent s'appuyer sur la méthode d'appréciation prévue à l'article L. 132-1 du Code de la consommation²⁰. Le juge prend une place considérable dans l'appréciation des clauses insérées dans les contrats, qu'il peut déclarer ou non abusives.

Le Code de la consommation n'est pas le seul à consacrer cette notion de « *déséquilibre significatif* ». Le Code de commerce le prévoit en son article L. 442-6, I, 2°.

La réforme du droit des contrats aussi l'a prévue, l'ordonnance du 10 février 2016, le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties permettra à celle qui en est victime d'obtenir la suppression d'une clause. C'est dire que cette notion s'applique avec tous les contrats, et le contrat d'assurance ne peut y échapper. Le contrat d'assurance est un contrat de consommation, et un contrat d'adhésion.

¹³ Désormais art. L. 212-1 C. consom.

¹⁴ Claire-Marie PEGLION-ZIKA, « La notion de clause abusive au sens de l'article L.132-1 du Code de la consommation », Thèse de doctorat en droit privé, Paris Panthéon-Assas, soutenue le 13 décembre 2013, P.229

¹⁵ Ph. JESTAZ, « Rapport de synthèse », p. 1181 s., in « Les standards dans les divers systèmes juridiques », Rev. rech. jur. dr. prosp. 1988-4, Cahiers de méthodologie juridique n° 3, dossier p. 805 s..

¹⁶ P. ROUBIER, Théorie générale du droit, Sirey, 2^e éd., 1951, p. 111.

¹⁷ P. ROUBIER, Théorie générale du droit, Sirey, 2^e éd., 1951, p. 111 s.

¹⁸ Article L. 212-1 alinéa 4 C. consom.

¹⁹ Pouvoir réglementaire, Commission des clauses abusives, le pouvoir judiciaire.

²⁰ V. dans le même sens Claire-Marie PEGLION-ZIKA, P. 257

En effet, il prévoit pour les contrats d'adhésion un dispositif déjà prévu par le Code de la consommation ²¹ et le Code de commerce ²². On a montré que cette disposition n'aura qu'un champ d'application restreint ²³ en vertu de la règle rappelée par l'ordonnance (*C. civ., art. 1105, al. 3*) selon laquelle les règles générales qu'elle édicte s'effacent derrière les règles spéciales. C'est dire que chaque fois que les dispositions du Code de la consommation ou du Code de commerce auront vocation à s'appliquer, elles évinceront l'application de l'article 1171 du Code civil. Ce sera le cas lorsque le contrat d'assurance, lorsqu'il réunit les conditions d'un contrat d'adhésion (*C. civ., art. 1110, al. 2*), est souscrit par un consommateur ²⁴. Si le contrat est souscrit par un commerçant, industriel, ou artisan, auprès d'une société d'assurance, quelle que soit sa forme, y compris mutuelle, l'article L. 442-6, I, 2° aura vocation à s'appliquer si le contrat soumet le preneur à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. En définitive, ce n'est que si le preneur exerce une profession libérale, est une SCI ou une association, et n'a pas eu la possibilité de négocier les conditions du contrat, que l'article 1171, alinéa 1^{er} du Code civil pourrait s'appliquer ; ce qui restreint considérablement son champ d'application. Pour l'application de cette disposition, les critères du déséquilibre significatif pourraient s'inspirer de ceux prévus par le Code de la consommation, et les listes de clauses abusives noires ou grises prévues par ce Code pourraient être utilisées.

On notera qu'à l'instar du droit de la consommation, et contrairement au Code de commerce, l'appréciation du déséquilibre significatif ne peut porter ni sur l'objet principal du contrat (en l'occurrence les garanties d'assurance), ni sur l'adéquation du prix (les primes d'assurance) à la prestation. Or, dans la majorité des cas, le preneur invoque un tel déséquilibre, ce qui explique que le caractère abusif de la clause est rarement retenu dans le contrat d'assurance, si elle est claire et compréhensible. Ce phénomène pourrait se renouveler pour l'application de l'article 1171 ²⁵.

L'article L. 211-1 du Code la consommation exige une certaine forme dans la rédaction du contrat sous peine d'être sanctionné et interprété en faveur du consommateur assuré : « *Les*

²¹ C. consom., art. L. 132-1, devenu C. consom., art. L. 212-1.

²² C. com., art. L. 442-6, I, 2°.

²³ M. BEHAR-TOUCHAIS, Le déséquilibre significatif dans le Code civil : JCP G 2016, act. 391, Libres propos.

²⁴ Au sens de C. consom., art. L. 212-1.

²⁵ Jean BIGOT, Professeur émérite de l'université Paris I Panthéon-Sorbonne, La Semaine Juridique Edition Générale n° 28, 11 Juillet 2016, doct. 833, Points 46-47.

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. Les dispositions du présent alinéa ne sont toutefois pas applicables aux procédures engagées sur le fondement de l'article L. 621-8. »

En plus, une clause jugée abusive au sens de l'article L. 212-1 du Code de la consommation conduit le juge à la déclarer « *réputée non écrite* » au sens de l'article L.241-1 du Code de la consommation. C'est une action en suppression exercée par un consommateur ou les associations de consommateurs. Outre cette sanction en suppression, le professionnel peut aussi être condamné administrativement, si cette clause abusive figurait dans la liste des clauses interdites de la Commission des clauses abusives.

Ces extensions tentaculaires des clauses abusives en l'espèce soulèvent plusieurs questions. D'abord, qu'est-ce-que la clause abusive, comment est-elle appréciée sur la base du déséquilibre significatif ? Ensuite, quel est le sort réservé aux clauses mal présentées, obscure ou ambiguës ? Enfin quels sont les outils existants contre ces clauses dans un contrat d'assurance ?

C'est selon une approche première, que nous analyserons la caractérisation des clauses abusives (Titre I) aux termes de l'article L. 212-1 du Code de la consommation. Et selon une seconde approche, nous étudierons la portée des clauses abusives sur le contrat d'assurance (Titre II).

TITRE I

CARACTERISATION DES CLAUSES ABUSIVES

LES CLAUSES ABUSIVES DANS UN CONTRAT D'ASSURANCE

Soutenu par Edoh Kouami BOGLAH

Septembre 2018

Remarques préliminaires

L'identification de la notion de clause abusive consiste à déterminer quelles sont les stipulations des contrats de consommation ²⁶ qui, bien que formellement et substantiellement valables, sont néanmoins abusives. L'article L. 212-1 du Code de la consommation désigne comme telles les clauses qui « *ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.* » ²⁷. Cet article L.212-1 précise que cette disposition est applicable aux contrats conclus entre des professionnels et des non professionnels. Ce mécanisme, dérogatoire du droit commun, n'est évidemment pas d'application générale, mais est circonscrit à certaines personnes et à certains contrats, et en leur sein ne concerne que certaines clauses. Ce n'est qu'ensuite que la clause litigieuse sera examinée pour savoir si elle présente les caractères visés à l'article L212-1.

Il en résulte que le « *déséquilibre significatif* » est la pierre angulaire sur laquelle repose tout l'arsenal de lutte contre les clauses abusives et que leur identification passe nécessairement par son étude approfondie.

Cette démarche permettra de déceler dans un contrat d'assurance les stipulations pouvant être qualifiées de clauses abusives.

Malgré les précisions qui peuvent être données, sur le champ d'application des clauses abusives, ou leur critère, l'ensemble demeure tout de même quelque peu empirique²⁸. Cette mise en application du système est rendue complexe par la diversité des acteurs qui interviennent dans le processus d'identification des clauses abusives. Autrement dit, une fois la définition de la clause abusive, il reste encore à déterminer qui sera compétent pour la reconnaître comme telle, de quelle façon ? Le système mis en place en 1978 reposait essentiellement sur un acteur : les pouvoirs publics. C'est à eux qu'il revenait de déclarer telle ou telle clause d'abusives, par voie réglementaire. Au fond, dans ce système peu importait que la définition de la clause abusive fût précise ou pas, qu'elle pût être mise facilement en œuvre ou pas, puisque c'était l'autorité publique qui était compétente pour identifier les clauses abusives. Cette première voie toujours

²⁷ Claire-Marie PEGLION-ZIKA, « les clauses abusives et la recodification du Code de la consommation », Recueil D.2016.1208

²⁸ Jérôme JULIEN, Précis Domat, 2^e éd., Partie II, chap. II, Section II, édition 2, page 296

d'actualité, montre cependant assez rapidement ses limites, ce qui conduisit à une évolution spectaculaire : le juge s'accorda le droit de reconnaître, de lui-même, le caractère abusif d'une clause. Ainsi, aux côtés des clauses déclarées abusives apparurent des clauses jugées abusives et ces deux sources, ces deux voies coexistent à présent. En parallèle, la Commission des clauses abusives joue un rôle important ²⁹.

S'agissant des clauses, plusieurs précisions doivent ici être apportées. Les contrats dans lesquels figurent des clauses abusives, le texte ne fait ici aucune distinction, et par conséquent il n'y a pas lieu d'en faire ³⁰. Il en résulte que tous les types de contrat peuvent être concernés par la réglementation sur les clauses abusives : vente, louage, prestation de service, etc.³¹

Le droit des assurances n'échappe pas à ces catégories de contrats. Il n'a pas consacré en tant que telles des dispositions particulières aux clauses abusives. Le droit des assurances étant un droit de consommation, le juge ou l'autorité publique se réfère au droit de la consommation pour qualifier ou non une clause d'abusives. Tout au long du développement, il sera question de traiter ces clauses abusives sous l'angle du droit de la consommation.

L'analyse de la caractérisation des clauses abusives se fera en deux temps. Il faut se pencher sur le déséquilibre significatif (Chapitre I), afin d'en tirer les enseignements sur les clauses abusives.

Cependant, cette démarche se révèle insuffisante pour appréhender tout le domaine. Les parties doivent être liées contractuellement, d'où la nécessité d'étudier la relation contractuelle (chapitre II) sans laquelle la caractérisation des clauses abusives n'est possible.

²⁹ V. dans le même sens Jérôme JULIEN.

³⁰ Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus : là où la loi ne distingue pas, nous ne devons pas nous-mêmes distinguer. Ainsi, v. N. Kilgus, « Les clauses abusives en matière d'octroi d'un instrument de paiement », AJ Contrat 2017.172. S'agissant d'une clause en matière d'octroi de réserve de propriété : Cass., avis du 28 nov.2016, n°16-70.009 :D.2016.2516 ; RTD civ. 2017.197, note P. Crocq ; JCP E 2017, 1065, note G. POISSONNIER.

³¹ Et encore ne s'agit-il que des grandes catégories de contrats : en allant plus avant dans le détail, la variété devient encore plus importante et la liste des domaines concernées paraît sans fin : agence matrimoniale, agence immobilière, assurance, crédit, club sportif, déménagement, enseignement, fourniture d'eau ou d'énergie, location, copropriété, téléphonie, transport, etc. V. ainsi, s'agissant d'un contrat proposé par un établissement d'hébergement de personnes âgées : Cass.1^{re} civ., 3 nov. 2016, n°15-20.621, JCP G 2016, note G.PAISANT.

LES CLAUSES ABUSIVES DANS UN CONTRAT D'ASSURANCE

Soutenu par Edoh Kouami BOGLAH

Septembre 2018

CHAPITRE I

LE DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF

Il faut ici reprendre la lettre de l'article L.212-1 du Code de la consommation. La clause abusive est celle qui a pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur ou non professionnel ou consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Plusieurs éléments peuvent être relevés dans cette définition.

Cette qualification n'est pas anodine et emporte nécessairement des conséquences juridiques dans tous les contrats y compris contrat d'assurance.

Dans le cas d'espèce, ce déséquilibre significatif porte sur les droits et obligations des parties, assureur et assuré.

En premier lieu, il n'est pas nécessaire que la clause ait effectivement créé le déséquilibre ; il suffit qu'elle ait été rédigée en ce sens ou qu'elle soit seulement susceptible de le produire. Plus que l'effet réellement produit, c'est bien le déséquilibre, au moins potentiel, qui est sanctionné. Et ce déséquilibre peut trouver sa source dans une clause principale, ou bien accessoire, peu importe ³².

En deuxième lieu, l'appréciation du caractère abusif d'une clause doit être globale. Certes, le déséquilibre doit s'apprécier au jour de conclusion du contrat, mais au regard, notamment, de toutes les circonstances qui entourent sa conclusion.

Le texte de l'article L.212-1 va même plus loin. Alors que la question des ensembles contractuels agite régulièrement le droit commun, le Code civil, dans sa lettre tout du moins, ne met pas en lumière les relations qui peuvent exister entre plusieurs contrats³³, jusqu'à la réforme du droit des contrats de 2016. Il s'agit pourtant d'une réalité contractuelle aujourd'hui incontournable et le Code de la consommation en a pris la mesure. Ainsi, le caractère abusif d'une clause s'apprécie également au regard des stipulations « *contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'un de*

³² Mais qu'est-ce qu'une clause abusive accessoire ? Elle peut être aussi importante qu'une clause principale, si elle a trait, par exemple, à la responsabilité : V. Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2006, n°04-16.698, D.2006.2743, note Y. DAGORNE-LABBE ; RCA 2006, n° 216

³³ Du moins pas directement, mais de nombreuses techniques permettent de tisser des liens entre plusieurs conventions, comme l'indivisibilité.

l'autre ». La conclusion est claire : c'est à une analyse globale de l'économie de l'opération juridique consentie qu'il faut procéder³⁴

En troisième lieu, il faut remarquer que le texte vise le déséquilibre significatif. Autrement dit, tout déséquilibre ne rend pas une clause abusive : il faut qu'il soit significatif. La solution est logique, à plus d'un titre. En effet, même si le droit de la consommation a pour vocation de protéger le consommateur, il ne faut pas qu'il devienne en quelque sorte une prime à la mauvaise foi. Il ne s'agit pas de permettre au consommateur, qui est avant tout un contractant, de pouvoir, non pas se libérer du lien contractuel dans son ensemble, mais d'invoquer indûment le caractère abusif d'une clause afin de se soustraire à une ou plusieurs de ses obligations. Il faut donc rechercher un équilibre, afin de préserver tout de même, autant que faire se peut, un minimum de sécurité juridique³⁵. Le contrat, en effet, est fondamentalement un acte prévu (par les stipulations qu'il contient) et de prévision : il s'agit pour les parties de se projeter dans l'avenir, de prévoir la portée de leurs obligations, bref d'encadrer leurs relations dans le temps. Si les clauses peuvent être trop facilement remises en cause, cette stabilité s'effondre. Ensuite, l'équivalence, l'équilibre voire l'égalité n'ont jamais été des conditions de validité des contrats. L'article 1108 du Code civil qui est relatif au contrat commutatif le définit comme celui dans lequel « *chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit* ». Le déséquilibre est donc inhérent à la relation contractuelle, qu'il s'agisse de l'équilibre des prestations, comme avec l'article 1108 du Code civil (approche de type économique ou matérielle), ou de l'équilibre des droits et obligations de l'article L.212-1 du Code de la consommation (approche juridique). Seul le basculement, au-delà d'un seuil, sera sanctionné, d'où l'exigence d'un déséquilibre non pas ordinaire, mais significatif³⁶. La détermination de cette notion résultera soit du choix du législateur, soit de l'appréciation des juges³⁷, mais la

³⁴ Précis Domat, droit privé, de Jérôme JULIEN, Partie II, chap. II, section II, 2^e éd., P. 293

³⁵ Et de prévisibilité contractuelle, qui n'est qu'un des moyens d'assurer la sécurité juridique.

³⁶ La précédente rédaction du texte était plus exigeante, puisqu'elle visait la clause conférant un « avantage excessif ». Droit de la conso., précis Domat droit privé, 2^e éd., P. 293

³⁷ J. GHESTIN, « L'élimination par le juge des clauses abusives en l'absence de décret d'interdiction, un peu d'histoire », in Liber amicorum J. CALAIS-AULOY, Études de droit de la consommation, Dalloz, 2004, P.447.

Cour de justice³⁸ a pu dégager certains éléments permettant de distinguer le déséquilibre significatif : celui-ci pourrait résulter d'une atteinte suffisamment grave à la situation juridique du consommateur, caractérisée par une restriction du contenu de ses droits, ou une entrave dans leur exercice, ou la mise à sa charge d'une obligation supplémentaire.

En quatrième et dernier lieu, le déséquilibre doit l'être au détriment du consommateur ou non professionnel. Cela est conforme à l'esprit du droit de la consommation qui privilégie l'un seulement des contractants. Cela signifie également, même si l'hypothèse est d'école, qu'une clause qui créerait un déséquilibre significatif au détriment du professionnel, et donc à l'avantage du consommateur, ne pourrait être qualifiée d'abusive. De toute façon, le seul qui pourrait s'en plaindre serait le professionnel qui, par hypothèse, ne pourrait invoquer le Code de la consommation à son profit (du moins dans ce cas).

Ayant un contenu indéterminé, le déséquilibre significatif nécessite une appréciation par le juge. Le déséquilibre significatif, en tant que tel, est donc nécessairement une notion floue dont la définition (section I) est *a priori* difficile à préciser et qui ne peut être révélée que par une appréciation (section II).

SECTION I. La définition du déséquilibre significatif

En introduisant, dans le contexte des relations entre professionnel et non professionnel ou consommateur, la notion de déséquilibre significatif, le législateur n'a pas pris le soin de la définir. L'absence de définition par le législateur n'est pas spécifique au Code de commerce, le droit de consommation n'ayant pas été plus loquace sur ce point.

À en croire certains auteurs³⁹, définir le « déséquilibre significatif », critère instauré à l'article L. 212-1 du Code de la consommation pour caractériser les clauses abusives, serait une gageure. Trop floue, trop vague, trop fuyante... La notion échapperait à toute systématisation. Pour sortir de cette impasse, il faut essayer de la penser autrement : non pas en elle-même, mais à l'aune de sa qualité de standard. Ce point de vue permet ainsi de raisonner à partir de données

³⁸ CJUE, 16janv. 2014, aff.C-226/12, JCP E 2014, 1177, note S. MORACCHINI-ZEINDENBERG.

³⁹ V. par ex., Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, *Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, coll. Précis droit privé, 2013, n° 325 ; J. BEAUCHARD, Droit de la distribution et de la consommation, PUF, coll. Thémis, 1996, p. 349 ; F.-X. TESTU, « La transposition en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives (loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995), D. aff. 1996, 372, n° 13.

bien connues, les éléments de définition des standards, et de les appliquer au critère de l'article L. 212-1 du Code de la consommation.

Cette démarche nous renseigne d'abord sur sa nature : le déséquilibre significatif renvoie à un modèle de conduite (paragraphe I). Elle permet de comprendre, en outre, que son caractère flou est une composante même de sa définition puisqu'en tant que standard, il est nécessairement, du moins d'un point de vue théorique, une notion indéterminée (paragraphe II).

Paragraphe 1 : Le déséquilibre significatif, un modèle de conduite

Toutes les définitions se rejoignent d'ailleurs pour le qualifier de type modèle⁴⁰, de ligne de conduite⁴¹.

Le standard du déséquilibre significatif se singularise. En effet, il serait absurde de considérer que le déséquilibre significatif est la ligne de conduite à observer ; il apparaît plutôt comme un anti-modèle à ne suivre en aucun cas ! Dès lors, quelle est la notion cadre à laquelle le déséquilibre significatif renvoie implicitement, mais nécessairement ? Il apparaît que ce standard fait référence à un modèle de conduite fondé sur l'équilibre normal du contrat, tel qu'il découle du droit supplétif des contrats. Les standards sont traditionnellement conçus comme des règles de renvoi⁴² au critère de normalité. Roscoe Pound, doyen de la Faculté de droit de Harvard, exprimait déjà cette idée en écrivant qu'ils sont une « *mesure moyenne de conduite sociale correcte* »⁴³. Depuis tous les auteurs vont en ce sens et expliquent que le standard :

⁴⁰ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Sirey, 2^e éd., 1951, p. 111.

⁴¹ E. PATTARO, « Les dimensions éthiques de la notion de standard juridique », p. 813 s., in « Les standards dans les divers systèmes juridiques », *Rev. rech. jur. dr. prosp.* 1988-4, Cahiers de méthodologie juridique n° 3, dossier p. 819.

⁴² E. PATTARO, art. préc., spéc. p. 819.

⁴³ R. POUND, *The administrative application of legal standard*, Reports of American bar association, 1919, t. XLIV.

« [Renvoie] à la normalité, technique ou sociale, c'est-à-dire à un système où la norme est définie comme la moyenne des comportements acceptables, raisonnables ou équitables »⁴⁴ ;

« Vise à permettre la mesure des comportements et de situations en termes de normalité »⁴⁵ ;

« S'entend comme les critères fondés sur ce qui paraît normal et acceptable dans la société du moment où les faits doivent être appréciés »⁴⁶ ;

« Permet de prendre en considération le type moyen de conduite sociale correcte pour la catégorie déterminée d'actes qu'il s'agit de juger »⁴⁷.

Ainsi le standard apparaît comme un modèle de conduite de référence, un comportement jugé normal, acceptable, correct, moyen. Examinons les conséquences que cela emporte sur l'analyse du déséquilibre significatif.

Le standard du déséquilibre significatif renvoie à l'équilibre normal du contrat. En tant que standard, le déséquilibre significatif de l'article L. 212-1 du Code de la consommation est donc censé faire référence à un modèle de conduite normale. Pour Madame Rochfeld, professeur à l'école de droit de Sorbonne, il renvoie « à ce qu'il n'est pas, c'est-à-dire à la normalité du type contractuel utilisé, à la répartition normale de ses obligations »⁴⁸. Appliqué aux clauses abusives, il fait écho, par conséquent, à l'idée de stipulation normale, plus précisément à l'idée de clause normalement, moyennement ou encore correctement équilibrée.

Néanmoins, cette conclusion n'a de valeur que si l'on sait en quoi consiste une clause normalement équilibrée, et quel est le modèle d'équilibre auquel l'article L. 212-1 du Code de la consommation renvoie. Or il y a deux manières de le concevoir, subjectivement ou objectivement⁴⁹. L'idée d'un équilibre contractuel normal et subjectif relève de la doctrine de l'autonomie de la volonté, selon laquelle « *qui dit contractuel dit juste* ». L'équilibre de la

⁴⁴ M. DELMAS-MARTY, Pour un droit commun, éd. du Seuil, 1994, p. 122.

⁴⁵ S. Rials, Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 135, 1980, n° 93.

⁴⁶ Ch. PERELMAN, Les notions à contenu variable, Travaux du centre national de recherche de logique, Bruylant, 1984, p. 368.

⁴⁷ M.-O. STATI, Études Gény, t. 2, p. 244.

⁴⁸ J. ROCHFELD, Cause et type de contrat, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 311, 1999, n° 467.

⁴⁹ Dans le même sens, v. Ph. STOFFEL-MUNCK, L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000, n° 364 s..

convention découle de l'accord des parties : quel qu'il soit, il est jugé normal tant que la qualité de leur consentement est préservée.

Cependant, nous avons déjà eu l'occasion de constater que la législation consumériste entend s'éloigner de la toute-puissance de l'autonomie de la volonté. Pour preuve, la protection contre les clauses abusives a lieu, aux termes de l'article L. 212-1, même à l'encontre des stipulations qui ont été individuellement négociées. Or, comme le souligne Monsieur STOFFEL-MUNCK, professeur de Droit privé « *si la négociation lucide n'exclut nullement la qualification d'abus, c'est bien que l'équilibre qu'il convient d'instaurer n'est pas celui que la volonté des parties peut déterminer* »⁵⁰. Dès lors, l'équilibre contractuel normal, protégé par la législation contre les clauses abusives, est nécessairement d'essence objective. Il ne ressort pas des parties, mais « *d'une espèce d'équilibre idéal qui devrait partout régner et dont le juge ou le législateur sont présentés comme les garants* »⁵¹. Cet équilibre idéal auquel renvoie le standard du déséquilibre significatif est constitué par le droit supplétif des contrats.

Sur le droit supplétif des contrats, certains prétendent que déterminer ce qu'est une clause normalement équilibrée, modèle de référence auquel renvoie le standard du déséquilibre significatif, serait divinatoire et relèverait au mieux de l'équité du juge, au pire de son arbitraire. En réalité, il est de l'essence même du droit supplétif d'établir un modèle d'équilibre contractuel. C'est pourquoi il est logique d'y recourir, dans le cadre de la lutte contre les clauses abusives, pour limiter la liberté contractuelle.

Comme leur nom l'indique, les règles supplétives de volonté sont censées pallier le silence des parties et traduire ainsi leur volonté tacite⁵². Traditionnellement cantonné à ce rôle, le droit supplétif a longtemps été regardé comme « *un pis-aller, applicable faute de mieux* »⁵³. Pourtant, il apparaît que le droit supplétif doit être mieux considéré et est appelé à jouer un rôle primordial d'exemple de normalité contractuelle.

⁵⁰ Ph. STOFFEL-MUNCK, th. préc., n° 365.

⁵¹ Ph. STOFFEL-MUNCK, th. préc., n° 366.

⁵² Dans le même sens, v. Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, op. cit., n° 24.

⁵³ C. PERES-DOURDOU, La règle supplétive, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 421, 2004, n° 458.

Il est admis que le droit supplétif incarne un modèle de normalité contractuelle. Dès lors, le standard du déséquilibre significatif renvoie à l'équilibre normal du contrat⁵⁴ qui est instauré par les règles supplétives. Cela implique, par conséquent, que soient considérées comme abusives les stipulations qui « *apparaissent incompatibles avec le modèle idéal, juste et équilibré, que traduit la règle supplétive correspondante* »⁵⁵. Ainsi c'est à l'aune du droit supplétif, « *de ce que le consommateur est en droit d'attendre du contrat, c'est-à-dire les normes habituelles* »⁵⁶, que les clauses doivent être appréciées. Le critère du déséquilibre significatif posé par l'article L. 212-1 s'apprécie donc par rapport à l'équilibre supplétif établi par le législateur⁵⁷, soit par les dispositions générales sur les contrats ou obligations conventionnelles et les règles relatives aux contrats spéciaux du Code civil, soit par les textes du Code de commerce ou du Code de la consommation, soit encore par des textes spécifiques⁵⁸. Il en ressort que le droit supplétif acquiert un rôle nouveau de limitation de la liberté contractuelle.

Le droit supplétif est une limite à la liberté contractuelle. L'équilibre contractuel supplétif est le modèle de référence en considération duquel se mesure « *l'abus de liberté contractuelle* »⁵⁹ que réalise la clause litigieuse. Ainsi droit supplétif et législation contre les clauses abusives poursuivent le même but : la limitation de cette liberté. Cette affirmation ne va pourtant pas de soi, car c'est reconnaître au droit supplétif un rôle qu'on lui a longtemps refusé.

Les parties conservent leur liberté de principe d'y déroger et de « *faire appel aux vertus créatrices de leur imagination individuelle* »⁶⁰. En revanche, seront retranchés tous les choix jugés incompatibles avec les règles supplétives.

⁵⁴ E. PATTARO, art. préc., spéc. p. 819.

⁵⁵ C. PERES-DOURDOU, th. préc., n° 553.

Dans le même sens, v. C. DANGLEHANT, « Commentaire de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats », D. 1995, p. 127 qui écrivait au sujet du déséquilibre significatif qu'« il s'agit de prouver un déséquilibre dérogeant au droit commun ».

⁵⁶ Fr. TERRE (dir.), *Le consommateur et ses contrats*, éd. du Juris-Classeur, coll. Juriscompact, 2002. p. 263, n° 017-05.

⁵⁷ Dans le même sens, v. Ph. STOFFEL-MUNCK, th. préc., n° 457.

⁵⁸ Par exemple, L. n° 89-462, 6 juillet 1989 sur la location d'habitation.

⁵⁹ Sur le fait que la notion de clause abusive sanctionne un abus de liberté contractuelle, v. supra n°s 147 s..

¹⁹⁸ C. PERES-DOURDOU, th. préc., n° 459.

⁶⁰ C. PERES-DOURDOU, th. préc., n° 584.

L'exemple même de cette évolution est la législation en matière de clauses abusives qui, en réputant non écrites les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat d'assurance, restreint les possibilités de s'affranchir librement de l'équilibre voulu par le Code ou le législateur ⁶¹.

A part que le déséquilibre significatif soit un standard, il est une notion indéterminée.

Paragraphe 2. Le déséquilibre significatif : une notion indéterminée

Les termes « *déséquilibre* » et « *significatif* » appartiennent au langage courant, ce qui est caractéristique des standards ⁶². C'est donc aux juristes qu'il appartient de leur donner un sens particulier. Ce n'est pas chose aisée pour autant, puisque toutes les définitions du standard se rejoignent, par ailleurs, pour reconnaître qu'il s'agit nécessairement d'une notion « *intentionnellement vague* »⁶³, floue, au contenu indéterminé et variable selon le temps et les circonstances. Il est donc logique de constater que le déséquilibre significatif est frappé de cette indétermination, ce qui n'est pas sans conséquence sur la notion de clause abusive.

C'est ainsi le propre des standards que de reposer sur des termes flous. Le « *déséquilibre significatif* » de l'article L. 212-1 du Code de la consommation ne fait pas exception, ce qu'on lui reproche souvent ⁶⁴. Il est d'ailleurs frappant de constater qu'il n'est pas défini dans les principaux ouvrages de droit de la consommation⁶⁵, ni dans le Code des assurances. La plupart se contentent, en effet, de recopier la formulation de l'article L. 212-1, sans aucune autre forme

⁶¹ Dans le même sens, v. Ph. STOFFEL-MUNCK, th. préc., n° 455.

⁶² J.-S. NAVARRO, « Standards et règles de droit », p. 833 s., in « Les standards dans les divers systèmes juridiques », Rev. rech. jur. dr. prosp. 1988-4, Cahiers de méthodologie juridique n° 3, dossier, p. 838.

⁶³ N. SAUPHANOR, th. préc., n° 416.

⁶⁴ Par exemple, v. B. GELOT, « Clauses abusives et rédaction des contrats : incidences de la loi du 1^{er} février 1995 », Defrénois 1995, 1201, n° 9, selon lequel « son imprécision est de nature à laisser perplexe ».

⁶⁵ V. not. J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, Droit de la consommation, 8^e éd., Dalloz, coll. Précis droit privé, 2010, n° 182 ; H. DAVO, Y. PICOD, Droit de la consommation, 2^e éd., Sirey, coll. Université, 2010, n° 258 ; G. RAYMOND, op. cit., n° 416 ; S. PIÉDELIÈVRE, Droit de la consommation, Economica, coll. Corpus Droit privé, 2008, n° 441. Contra, v. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, Traité de droit civil, ss dir. J. Ghestin, Les contrats de consommation, Règles communes, LGDJ, 2012, qui consacre des développements conséquents au critère du déséquilibre significatif (n^{os} 596 s.).

de commentaire expliquant en quoi il consiste⁶⁶. Il est vrai que définir ces termes ne rend pas le critère plus opérant. La comparaison du déséquilibre significatif avec « *l'avantage excessif* », l'un des deux précédents critères des clauses abusives, issus de la loi du 10 janvier 1978, qui aurait pu être une piste pour éclairer le sens du standard actuel, ne s'avère pas, en réalité, être d'un grand secours. Les conceptualisations doctrinales du standard du déséquilibre significatif ne sont guère plus éclairantes.

Au premier abord, l'expression « *déséquilibre significatif* » est assez parlante, sans doute grâce au fait qu'elle provient du langage courant. On comprend *grosso modo* la situation à laquelle elle se rapporte : celle d'un consommateur qui a souscrit un engagement trop inégal... En revanche, il est plus difficile de se faire une idée de la matérialité du déséquilibre significatif et de ses manifestations. Définir respectivement les termes de « déséquilibre » et de « *significatif* » ne renseigne guère plus à ce sujet.

Le « *déséquilibre* » est, au sens figuré dans lequel il est employé à l'article L. 212-1 du Code de la consommation, un « *manque de proportion* » ; il est synonyme de « *disparité* » ou d'« *inégalité* »⁶⁷. La disparité, tout comme l'inégalité, est une « absence d'égalité », une « *disproportion* »⁶⁸. La disproportion est un « *défaut de proportion, différence excessive, déséquilibre entre deux ou plusieurs choses ou personnes, ou entre les parties d'un même ensemble* »⁶⁹. Définitivement, le déséquilibre est une disproportion qui est un déséquilibre ! La compréhension de la notion de « *déséquilibre* » est rendue encore plus difficile du fait de l'absence, à l'article L. 212-1 du Code de la consommation, de toute mention relative à la nature du déséquilibre justifiant la sanction des clauses abusives. Il est seulement prévu qu'il s'agit d'un déséquilibre « *entre les droits et obligations* » des parties au contrat de consommation. Il ne faut pas seulement s'en tenir à la conception juridique du déséquilibre, le contrat est avant tout l'expression juridique d'une opération économique.

Ainsi une clause qui peut paraître sévère d'un point de vue strictement juridique peut éventuellement se justifier économiquement, parce que le prix stipulé par les parties est

⁶⁶ Par exemple, v. J. CALAIS-AULOY, H. Temple, op. cit., n° 182.

⁶⁷ V° Déséquilibre, <http://atilf.atilf.fr>.

⁶⁸ V° Disparité, <http://atilf.atilf.fr>.

⁶⁹ V° Disproportion, <http://atilf.atilf.fr>.

faible⁷⁰, ce peut être le cas, par exemple, en présence d'une clause limitative de responsabilité en matière d'assurance.

Par conséquent, le déséquilibre au sens de l'article L. 212-1 du Code de la consommation semble être plutôt « *juridico-économique* ». On ne peut pas juger du prix, mais le déséquilibre peut être apprécié au regard de l'importance économique respective des obligations des parties. C'est d'ailleurs la solution à laquelle invite l'exposé des motifs de la directive : « *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* »⁷¹.

Ainsi, comme le relève Monsieur STOFFEL-MUNCK, professeur de Droit privé et sciences criminelles à l'université Panthéon-Assas Paris1 « *le mécanisme technique de la lésion est bien mis à l'écart, mais l'idée dont il procède paraît demeurer : c'est bien à un meilleur équilibre des prestations qu'on entend aboutir en privant le professionnel de certains des avantages qu'il s'était réservés* »⁷². On peut conclure avec un auteur que c'est bien « *l'équilibre des prestations contractuelles qui inspire* »⁷³ la législation en matière de clauses abusives.

Le dispositif de lutte contre les clauses abusives constitue une exception au principe français selon lequel l'équilibre des prestations n'est pas une condition de validité des contrats. Comme toute exception, elle doit être circonscrite : tout déséquilibre ne peut être sanctionné. C'est pourquoi le législateur a choisi de limiter la protection contre les clauses abusives aux seules stipulations qui emportent un déséquilibre « *significatif* » entre les droits et obligations des parties au contrat de consommation.

« *Le déséquilibre doit engendrer une réelle différence entre les droits et obligations des parties au contrat* »⁷⁴. Il implique une idée d'importance, de gravité et d'excès du déséquilibre entre les droits et obligations. Selon Monsieur PAISANT, professeur émérite de l'Université Savoie Mont Blanc, il « *doit relever de l'évidence* », évidence qui « *confine ici à l'intolérable* »⁷⁵.

⁷⁰ Dans le même sens, v. Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, op. cit., n° 324.

⁷¹ Dir. 5 avril 1993, exposé des motifs, considérant n° 19.

⁷² Ph. STOFFEL-MUNCK, th. préc., n° 408.

⁷³ G. RAYMOND, « *Clauses abusives* », in JCl. Concurrence-Consommation, fasc. 820, n° 42.

⁷⁴ Droit du contrat, Lamy, coll. civ. et pén., 2007, n° 255-28.

⁷⁵ G. PAISANT, « *Les critères d'appréciation des clauses abusives* », in Les clauses abusives dans les contrats de consommation, INC Hebdo 12 décembre 1997, n° 1015, p. 7-8.

Néanmoins, la critique paraît justifiée dès lors qu'on ignore le seuil en deçà duquel le déséquilibre est acceptable et au-delà duquel il peut être sanctionné.

L'incertitude tenant à la mesure du déséquilibre se justifie, ou du moins, s'explique par le lien existant entre le standard du déséquilibre significatif et le droit supplétif conçu comme modèle contractuel idéal. En effet, il a été démontré que sont considérées comme abusives les stipulations qui « *apparaissent incompatibles avec le modèle idéal, juste et équilibré, que traduit la règle supplétive correspondante* »⁷⁶. Appliquer le standard du déséquilibre significatif revient donc à s'interroger sur le seuil au-delà duquel les valeurs incarnées par le droit supplétif sont mises à mal de telle sorte que la clause doive être écartée. Or il n'est pas possible d'identifier *a priori* ce seuil et cela est inhérent à la fonction d'ordre de la règle supplétive, comme l'explique Cécile Pérès-Dourdou, professeur de Droit privé à Paris II-Panthéon-Assas : « *Parce qu'elle traduit une tension dynamique, d'intensité variable, entre la liberté de principe dont jouissent les particuliers en présence d'un règle supplétive et l'attachement, plus ou moins prononcé, de l'ordre juridique aux valeurs que celle-ci exprime ; parce qu'elle opère par retranchements des possibles, c'est-à-dire par élimination des choix jugés incompatibles avec le modèle supplétif, la composante d'ordre de la règle supplétive varie, par hypothèse, en fonction du résultat produit par la stipulation litigieuse. En ce sens, elle dépend essentiellement de la combinaison adoptée par les parties et de l'importance accordée aux valeurs qu'elle met en cause* »⁷⁷.

Le déséquilibre significatif renvoie ainsi, implicitement, à un modèle de conduite qui invite les parties au contrat de consommation à stipuler des clauses « *normalement* » équilibrées, notamment au regard des règles supplétives. Les cocontractants ont, certes, la possibilité de s'écarter de ce modèle contractuel idéal, mais sans porter atteinte à son essence sous peine d'encourir la sanction de l'article L. 212-1 du Code de la consommation. Sous cet angle, on constate que la notion de clause abusive contribue à révéler la véritable place et le rôle revisité du droit supplétif en tant que modèle d'équilibre contractuel et d'outil de limitation de la liberté contractuelle.

Le déséquilibre significatif reste une notion vague, difficile à cerner *a priori*, du moins d'un point de vue théorique. L'idée de disproportion qu'il inspire n'est nullement précisée.

⁷⁶ C. PERES-DOURDOU, th. préc., n° 553.

⁷⁷ C. PERES-DOURDOU, th. préc., n° 590.

C'est ce caractère intrinsèquement indéterminé qui fait de l'appréciation du déséquilibre significatif une nécessité.

SECTION II : L'appréciation du déséquilibre significatif

Le déséquilibre significatif étant une notion indéterminée, sa mise en œuvre nécessite qu'il fasse l'objet d'une appréciation. Elle consiste pour l'interprète à vérifier, en fonction des faits dont il dispose, si la clause qui lui est soumise est conforme ou pas au modèle de conduite auquel renvoie le déséquilibre significatif⁷⁸.

Pour apprécier le caractère abusif d'une clause, le juge doit raisonner par rapport à l'économie générale du contrat en se plaçant au jour de la conclusion du contrat (C. conso., art. L. 212- 1) L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.

En principe, c'est au juge qu'il revient d'apprécier les standards⁷⁹. Cependant, la particularité du déséquilibre significatif réside dans le fait que ce dernier n'est pas le seul à intervenir dans son appréciation. En effet, mise à part l'appréciation judiciaire (paragraphe 1), le rôle des autorités administratives (paragraphe 2) incarnées par la Commission des clauses abusives est important.

⁷⁸ Dans le même sens, P. ROUBIER, op. cit., p. 111 s..

⁷⁹ Dans le même sens, v. Ph. Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction générale*, 4 éd., ss dir. Ph. MALAURIE et L. AYNES, Defrénois, coll. Droit civil, 2012, n° 250 , n° 416 s..

Paragraphe 1 : L'appréciation judiciaire

Le pouvoir judiciaire détermine, au cas par cas, si les stipulations qui lui sont soumises sont ou non abusives.

Les mesures de protection contre les clauses abusives sont particulièrement significatives des efforts entrepris afin de sauvegarder les intérêts des consommateurs d'assurance.

Le système des clauses déclarées abusives, même s'il avait été amélioré en 1995, et à présent en 2008 et 2009, demeure malgré tout tributaire de la publication de décrets et, de ce fait, soumis au facteur limitant de la production réglementaire. Dans le mécanisme tel qu'il avait été conçu à l'origine, le rôle du juge se bornait, en présence d'une clause figurant sur la liste noire, à la déclarer abusive, et en présence d'une clause figurant sur la liste grise, à vérifier si elle présentait ou non ce caractère.

En revanche, en présence d'une stipulation contractuelle ne figurant sur aucune des deux listes, il était privé de pouvoir et devait se limiter à un simple contrôle de licéité de la clause, sans pouvoir aller au-delà. Face à un système de lutte contre les clauses abusives qui, manifestement, était promis à plus ou moins brève échéance à une paralysie, le juge judiciaire se reconnut, de sa propre autorité, compétent pour apprécier, en dehors de tout texte, le caractère abusif d'une clause⁸⁰. Cette étape très importante de l'évolution de la matière, que certains auteurs ont pu qualifier de « *coup d'État judiciaire* »⁸¹ résulta d'un arrêt de la Cour de cassation du 14 mai 1991⁸². Dans cette affaire, une personne, de retour de vacances, se rendit dans un laboratoire photographique et y déposa des diapositives, afin de faire réaliser des tirages sur papier. Le laboratoire perdit lesdites diapositives et ne put donc exécuter son obligation. Le client demanda alors en justice réparation du préjudice subi et un tribunal d'instance lui donna raison. Le laboratoire se pourvut alors en cassation, en reprochant notamment au jugement d'avoir déclaré abusive la clause de non-responsabilité figurant dans les conditions générales. La Cour de cassation rejeta cependant le pourvoi en ces termes: « *ayant relevé que la clause figurant sur le bulletin de dépôt exonérait le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte*

⁸⁰ J. GHESTIN, « L'élimination par le juge des clauses abusives en l'absence de décret d'interdiction, un peu d'histoire », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, préc. p.447.

⁸¹ J. CARBONNIER, *Les obligations*, PUF, 2004, n° 83.

⁸² Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991, n° 89-20.999, D. 1991.449, note J.G HESTIN ; RTD civ. 1991.526, obs. J. MESTRE.

des diapositives, le jugement attaqué, dont il ressortait qu'une telle clause procurait un avantage excessif à la société Minit France et que celle-ci, du fait de sa position économique, se trouvait en mesure de l'imposer à sa clientèle, a décidé à bon droit que cette clause revêtait un caractère abusif et devait être réputée non écrite ».

Le Rubicon fut ainsi franchi, et ses conséquences furent considérables. Dorénavant, le juge, quel que soit le contrat qui lui est soumis, quelle que soit la clause en question, pourra déterminer s'il y a ou non déséquilibre significatif. S'il est toujours soumis aux deux listes réglementaires déjà évoquées, pour toutes les autres hypothèses, et elles sont nombreuses, il sera seul à décider⁸³.

Plusieurs illustrations sont à souligner notamment dans le contrat d'assurances où le juge a été amené à censurer certaines clauses jugées abusives :

La Cour de cassation, dans un arrêt du 12 mai 2016⁸⁴, vient rappeler que la rédaction des polices d'assurance reste soumise aux dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation (*désormais* art. L. 212-1), réputant non écrites les clauses abusives. Dans cette affaire, il s'agissait de la veuve du conducteur d'une motocyclette qui souhaitait se prévaloir de l'assurance conducteur de son mari. Or, la police stipulait que « *sont exclus de la garantie les dommages occasionnés au véhicule assuré et les dommages corporels, s'il est établi que le conducteur se trouvait lors du sinistre sous l'empire d'un état alcoolique, sauf si l'assuré ou ses ayants droit prouvent que l'accident est sans relation avec cet état* ». Pour la cour, est abusive la clause ayant pour objet ou pour effet d'imposer au non professionnel ou au consommateur la charge de la preuve qui, en vertu du droit applicable, devait incomber normalement à l'autre partie au contrat.

Il ne fait plus aucun doute que le contrat d'assurance, dès lors qu'il est souscrit par un consommateur, relève pour partie du Code de la consommation.⁸⁵

⁸³ Jérôme JULIEN, Précis Domat, 2^e éd., Partie II : la mise en œuvre de la relation, chap. II la lutte contre les clauses abusives, section II L'identification des clauses abusives, Paragraphe 2, P. 300

⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2016, n° 14-24.698

⁸⁵ Responsabilité civile et assurances n° 9, Septembre 2016, comm. 263, Laurent BLOCH professeur à l'université de Pau et des Pays de l'Adour.

Dans une autre décision rendue le 12 mars 2012⁸⁶, la cour d'appel de Besançon déclare abusive la clause figurant dans le contrat d'assurances conclu le 1er avril 2005 entre André X... et la SA AXA FRANCE IARD en page 52 des conditions générales lignes 8 à 10, en ce qu'elle subordonne la prise en charge des frais et honoraires de l'expert désigné par l'assuré à une divergence préalablement entre l'assureur et l'assuré sur le montant total de l'indemnité. Dit que cette clause est réputée non écrite en application de l'article L 132-1 du Code de la Consommation (désormais art. L.212-1)

La Cour de cassation censure un arrêt du 22 mai 2008⁸⁷ au double visa des articles L. 132-1 et L. 132-2 du Code de la consommation. La Haute Juridiction estime d'abord que l'adhésion au contrat d'assurances de groupe engendre entre l'adhérent et l'assureur un lien contractuel direct dont les stipulations peuvent être jugées abusives. Elle applique ensuite la règle de l'interprétation des clauses ambiguës en faveur du consommateur prévue par l'article L. 132-2 du Code de la consommation(art. L.212-1 actuel).

En l'espèce, un couple de consommateurs avait adhéré à un contrat d'assurances de groupe souscrit par l'établissement de crédit auprès duquel ils avaient conclu un prêt afin de couvrir notamment le risque d'invalidité permanente et totale pouvant les empêcher de faire face à leurs échéances. À la suite de l'incapacité de travail et la mise en retraite anticipé de l'un des coemprunteurs, ces derniers avaient demandé à leur assureur de prendre en charge les mensualités de leur crédit mais s'étaient heurtés à un refus de garantie. Les juges du fond avaient approuvé ce refus aux motifs que l'assuré ne remplissait pas les conditions prévues par le contrat qui supposaient que l'invalidité de l'époux soit invoquée avant son départ à la retraite.

Ces deux règles semblent ainsi particulièrement efficaces pour atteindre un degré suffisant de protection de l'assuré consommateur. La règle imposant l'interprétation des clauses ambiguës en faveur du consommateur autorise, en premier lieu, les juges, sous couvert de la recherche de la volonté réelle des parties, à appliquer un contrat dans des conditions favorables au consommateur. Si le consommateur souhaite, en second lieu, carrément éliminer une clause ambiguë et attaquer l'équilibre du contrat sous l'angle de son contenu et non de son

⁸⁶ Cour d'appel de Besançon, 2ème Chambre civile, Arrêt du 21 mars 2012, Répertoire général n° 11/00456

⁸⁷ Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2008, n° 05-21.822

interprétation, il devra alors se tourner vers les dispositions permettant de lutter contre les clauses abusives⁸⁸.

A contrario, les juges n'hésitent pas à déclarer une clause non abusive car ne créant pas un déséquilibre significatif dans les contrats d'assurance.

La Cour affirme dans un arrêt du 25 février 2010⁸⁹ que « *le compromis d'arbitrage signé, or toute clause compromissoire insérée à la police d'assurance, entre l'assureur et l'assuré après la naissance d'un litige, ne constitue pas une clause figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et un non professionnel ou un consommateur, et n'est donc pas susceptible de présenter un caractère abusif* ».

La Cour de cassation a été saisie à diverses reprises de la question du caractère abusif de clauses figurant habituellement dans certaines polices. Il a ainsi été jugé que la clause de prévention du risque stipulée dans un contrat d'assurance contre le vol, obligeant l'assuré à utiliser "tous les moyens de fermeture et de protection (volets, persiennes...) de nuit (entre vingt-deux heures et six heures légales) ou en cas d'absence supérieure à quinze heures", n'est pas abusive, car elle n'apporte pas de restriction excessive à la liberté de l'assuré⁹⁰. De même, la clause imposant à l'assuré de faire la preuve, lorsque le vol n'a pas été commis par effraction, qu'il l'a été par escalade, fausses clés ou introduction clandestine, n'est pas abusive⁹¹.

Une clause prévoyant la cessation de la garantie « incapacité temporaire totale » à l'échéance de prêt suivant la mise à la retraite ou à la préretraite de l'assuré, qui définissait de manière claire et précise l'objet principal du contrat, ne pouvait donner lieu à l'appréciation d'un éventuel caractère abusif (Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2018, n° 16-26.320 : JurisData n° 2018-004269 ; à paraître in Resp. civ. et assur. Juillet 2018)⁹².

Admettre la compétence du juge implique cependant de déterminer précisément l'étendue de ses prérogatives. Elles furent considérablement étendues par le législateur, sous l'influence

⁸⁸ Revue Lamy droit des affaires, N° 29, 1er juillet 2008, Marc BRUSCHI, Directeur de l'Institut des Assurances d'Aix-Marseille

⁸⁹ Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2010, n° 09-12.126

⁹⁰ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2000, n° 97-16.707 : JurisData n° 2000-000527 ; Resp. civ. et assur. 2000, comm. 138 La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 38, 23 Septembre 2010, 1818, Geneviève HELLERINGER

⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 7 juill. 1998, n° 96-17.279 : Resp. civ. et assur. 1998, comm. 396

⁹² V° Assurances-Fasc.5-1 : ASSURANCES TERRESTRES. Contrat d'assurance. Règles communes. Cadre législatif et réglementaire

directe de la jurisprudence de la Cour de justice. Celle-ci, en effet, dégagait rapidement le principe selon lequel le juge national, non seulement pouvait soulever d'office le caractère abusif d'une clause, mais encore le devait, la faculté se transformant en obligation⁹³. Le législateur français alla dans le même sens, en deux temps. D'une part, la loi du 3 janvier 2008 introduisit un article L.141-1, très généralement conçu dans ses termes : « *le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code, dans les litiges nés de son application* »⁹⁴. Faculté cependant, et non obligation. D'autre part, la loi du 17 mars 2014 ajouta au texte un second alinéa, directement inspiré par la jurisprudence évoquée : « *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* »⁹⁵.

L'appréciation du déséquilibre significatif se fait au moment de la conclusion du contrat. L'interprète doit se placer au moment de la conclusion du contrat, et non pas au jour où il statue⁹⁶.

Cependant les autorités administratives jouent également un rôle important dans la lutte contre les clauses abusives ?

Paragraphe 2 : Le rôle des autorités administratives

Les autorités administratives jouent un rôle important à travers la Commission des clauses abusives. Elle a été créée en 1978 et tient une place tout à fait particulièrement dans le système de lutte contre les clauses abusives. Il s'agit d'une autorité administrative qui s'est placée auprès de l'Institut national de la consommation⁹⁷. L'article L. 822-4 du Code de la consommation résume ainsi son rôle : elle « *connaît des modèles de convention habituellement*

⁹³ CJUE, 4 juin 2009, aff.C-243/08, JCP G 2009, 336, note G. PAISANT ; D. 2009.2312, note G. POISSONNIER. V. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} oct. 2014, n° 13-21.801, D. 2014.1996; CCC 2015, n° 23, note G.R. AYMOND ; JCP E 2014, 1591, note N. DUPONT.

⁹⁴ S. MORACCHINI-ZEINDENBERG, « Le relevé d'office en droit de la consommation interne et communautaire », CCC 2013, étude 9

⁹⁵ V. en ce sens Jérôme Julien, op. cit., P. 301

⁹⁶ La Cour de cassation a retenu la même solution sous l'empire de la loi du 10 janvier 1978 qui ne prévoyait rien à ce sujet, v. Cass. 1^{ère} civ., 26 février 2002, D. 2002, AJ p. 1346 ; Defrénois 2002, p. 772, note E. SAVAUX ; RGDA 2002, p. 361, note J. KULLMANN ; RTD civ. 2003, p. 90, obs. J. MESTRE et B. FAGES : le caractère abusif d'une clause ne s'apprécie pas au moment de l'exécution du contrat, mais en fonction des stipulations du contrat au moment de sa conclusion.

⁹⁷ L'art. D. 825-2 donne la liste des ministères représentés.

proposés par les professionnels à leurs contractants consommateurs ou non professionnels. Elle est chargée de rechercher si ces documents contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif ». Elle est composée de treize membres, repartis de la manière suivante, aux termes de l'article R 822-18 : un magistrat de l'ordre judiciaire, président ; deux magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif ou membres du Conseil d'Etat parmi lesquels est désigné le vice-président ; deux personnalités qualifiées en matière de droit ou de technique des contrats, choisies après avis du Conseil national de la consommation ; quatre représentants des professionnels ; quatre représentants des consommateurs.

La commission des clauses abusives peut être saisie soit par le ministre chargé de la consommation, soit par les associations agréées de défense des consommateurs, soit par les professionnels intéressés. Elle peut également se saisir d'office ⁹⁸.

Le directeur général de l'Institut ou son représentant peut participer aux séances de la commission des clauses abusives. Il ne prend pas part aux votes sur les recommandations et avis.

Le pouvoir réglementaire s'est illustré à travers des décrets et réformes dans la lutte contre les clauses abusives.

A l'origine, c'est-à-dire en 1978, seul existait le système de déclaration des clauses abusives qui permettait pour l'exécutif de déterminer quelle clause devait être déclarée abusive.

Divers textes ont permis d'affiner cette lutte :

- la loi Scrivener no 78- 23 du 10 janvier 1978 sur l'information et la protection des consommateurs de produits et services ;
- la loi n ° 88- 14 du 5 janvier 1988 qui a conféré aux associations agréées de consommateurs une action en suppression des clauses abusives ;
- la directive 93/ 13/ CE du 5 avril 1993 a modifié la réglementation en vigueur en instaurant une liste indicative de clauses susceptibles d'être regardées comme abusives ;
- la loi n ° 95- 96 du 1er février 1995, en application de la directive, a généralisé le contrôle des clauses abusives en reprenant cette liste ;

⁹⁸ <http://www.clauses-abusives.fr/textes-de-referance/#saisines-de-la-commission>

- la loi n° 2008- 776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et son décret d'application du 18 mars 2009 ont institué le dispositif actuel combinant une définition générale, une liste grise de clauses présumées abusives et une liste noire de clauses irréfragablement abusives⁹⁹.

Ainsi, la Commission des clauses abusives donne une liste grise (article R212-2 du Code de la Conso.) de clauses présumées abusives et une liste noire (article R212-1 du Code de la Conso.) de clauses irréfragablement abusives¹⁰⁰.

Outre ces listes, elle émet des recommandations, avis et jurisprudences dans le secteur d'assurance¹⁰¹ :

Pour les Recommandations relatives :

- à l'assurance de protection juridique
- aux contrats d'assurance dénommés « *dommages ouvrages* »
- aux assurances complémentaires à un contrat de crédit à la consommation ou immobilier ou à un contrat de location avec option d'achat
- à l'assurance des véhicules automobiles de tourisme
- aux contrats d'assurance « *multirisques habitation* »

Pour les Avis relatifs :

- à l'assurance vol du téléphone mobile
- à l'assurance-garantie automobile
- à l'assurance complémentaire à un crédit (exclusion de garantie, n° 06-02)
- à l'assurance complémentaire à un crédit (exclusion de garantie, n° 06-01)
- à l'assurance complémentaire à un crédit (n° 03-02)
- à l'assurance complémentaire à un crédit (n° 03-01)
- aux conditions de détermination du taux d'incapacité de l'assuré dans un contrat d'assurance
- à l'indemnisation dans un contrat d'assurances de véhicule automobile
- au versement du capital décès.

⁹⁹ Sophie Le GAC-PECH, Droit de la Conso. éd.1^{re} 2017, Partie I, Titre I, chap. Interprétation et exécution Section II, page 43.

¹⁰⁰ <http://www.clauses-abusives.fr/textes-de-reference/>

¹⁰¹ http://www.clauses-abusives.fr/fiche_pratique/assurances/

Dans sa base de jurisprudence la Commission a analysé des décisions relatives au secteur des assurances.

En cas de difficulté :

- rédiger la réclamation en la motivant, puis l'adresser par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'assureur,
- puis, si le désaccord persiste, il est possible de s'adresser notamment au médiateur indiqué dans les documents transmis par l'assureur.

Il est aussi possible de :

- s'adresser à une association de consommateurs
- s'adresser à un professionnel du droit
- saisir une juridiction.

Observations importantes :

La prescription en matière d'assurance est de 2 ans. Article L. 114-1 du Code des assurances :

« Toutes actions dérivant d'un contrat d'assurances sont prescrites par deux ans à compter de l'événement qui y donne naissance.

Toutefois, ce délai ne court :

1° En cas de réticence, omission, déclaration fausse ou inexacte sur le risque couru, que du jour où l'assureur en a eu connaissance ;

2° En cas de sinistre, que du jour où les intéressés en ont eu connaissance, s'ils prouvent qu'ils l'ont ignoré jusque-là.

Quand l'action de l'assuré contre l'assureur a pour cause le recours d'un tiers, le délai de la prescription ne court que du jour où ce tiers a exercé une action en justice contre l'assuré ou a été indemnisé par ce dernier.

La prescription est portée à dix ans dans les contrats d'assurance sur la vie lorsque le bénéficiaire est une personne distincte du souscripteur et, dans les contrats d'assurance contre les accidents atteignant les personnes, lorsque les bénéficiaires sont les ayants droit de l'assuré décédé.

Pour les contrats d'assurance sur la vie, nonobstant les dispositions du 2°, les actions du bénéficiaire sont prescrites au plus tard trente ans à compter du décès de l'assuré.« [Légifrance]

Article L. 114-2 du Code des assurances : « *La prescription est interrompue par une des causes ordinaires d'interruption de la prescription et par la désignation d'experts à la suite d'un sinistre. L'interruption de la prescription de l'action peut, en outre, résulter de l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception adressée par l'assureur à l'assuré en ce qui concerne l'action en paiement de la prime et par l'assuré à l'assureur en ce qui concerne le règlement de l'indemnité.* » [Légifrance]

Article L. 114-3 du Code des assurances : « *Par dérogation à l'article 2254 du Code civil, les parties au contrat d'assurance ne peuvent, même d'un commun accord, ni modifier la durée de la prescription, ni ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de celle-ci.* » [Légifrance].

L'article L. 221-12-1 du Code de la mutualité : « *Par dérogation à l'article 2254 du Code civil, les parties à une opération individuelle ou collective ne peuvent, même d'un commun accord, ni modifier la durée de la prescription, ni ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de celle-ci.* » [Légifrance] ¹⁰².

Si ces recommandations ne lient pas le juge, il est bien évident que le consommateur (assuré) qui pourrait s'appuyer sur une recommandation de la Commission des clauses abusives serait en position de force face au professionnel (assureur).

Les règles relatives à l'appréciation du caractère abusif ne sont pas toujours satisfaisantes, et sont révélatrices, une nouvelle fois, de l'incurie du législateur moderne. Elles doivent, malgré tout, guider les sources d'appréciation dans leur tâche d'identification du déséquilibre significatif. Ces sources sont au nombre de trois. Aux pouvoirs réglementaire (élaboration de listes par voie de décret) et administratif (Commission des clauses abusives), seuls initialement prévus, est venu s'ajouter le pouvoir judiciaire.

L'article L. 212-1 du Code de la consommation définit le champ d'application de la notion de clause abusive en fonction des personnes qui concluent le contrat susceptible d'en contenir. Ainsi, sans une relation contractuelle, l'article serait vide de sens.

¹⁰² V° http://www.clauses-abusives.fr/fiche_pratique/assurances/

Chapitre II

RELATION CONTRACTUELLE

Consentir au principe d'un contrat est une chose, consentir à son contenu en est une autre. Et pourtant, juridiquement, l'adhésion à l'un emporte adhésion à l'autre et le contenu de la convention aura, bien entendu, force obligatoire. Il s'agit là d'un principe essentiel du droit des contrats.

Le contrat d'assurance est soumis aux dispositions de l'article L. 212-1 du Code de la consommation.

L'article L. 212-1 du Code de la consommation délimite le domaine d'application de la notion de clause abusive au regard de celle de contrats de consommation. Le critère principal du contrat de consommation est la qualité des parties contractantes : professionnel et non professionnel ou consommateur.

Dans l'hypothèse où les moyens mis en œuvre par le professionnel pour attirer et séduire le non professionnel ou consommateur ont été efficaces, la relation ainsi nouée va pouvoir être mise en œuvre. La plupart du temps, elle prendra la forme d'une relation contractuelle, et le Code de la consommation contient là encore nombre de dispositions tendant à la protection du consommateur tout en alourdissant les obligations du professionnel. Ces règles sont très nombreuses et pour l'essentiel sont liées à la conclusion d'un acte juridique¹⁰³. Pourtant, il faudrait sans doute se garder de limiter la relation professionnel/non professionnel ou consommateur au strict domaine du contrat d'assurances effectivement conclu ou à conclure.

Le contrat d'adhésion prend une place considérable dans le contrat de consommation. Les contrats d'assurances sont essentiellement des contrats d'adhésion. La plupart du temps, si

¹⁰³ V. en ce sens Jérôme JULIEN, op. cit., P. 257

le consommateur qui, est l'assureur dans ce cas précis, décide de contracter, il le fait aux conditions du professionnel, sans qu'il soit pour lui possible de discuter, de négocier tel ou tel aspect de la convention.

Ainsi, la protection contre les clauses abusives a lieu « *dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs* ».

L'application de l'article L.212-1 du Code de la consommation n'est donc envisageable que s'il existe une relation de nature contractuelle entre les deux acteurs susnommés, d'où il importe d'étudier la nécessité d'un contrat (section I). Cette démarche ne peut s'avérer suffisante qu'en analysant les personnes visées (section II) par les textes.

SECTION I : Nécessité d'un contrat

Il n'existe pas dans le Code des assurances de définition du contrat d'assurance. On peut reprendre celle fournie par Maud ASSELAIN, Maître de conférences à l'université de Bordeaux « *Le contrat d'assurance constate l'opération par laquelle, contre paiement d'une cotisation ou prime, une entreprise d'assurance promet de prendre en charge les conséquences produites par certains événements, dans des circonstances définies, sur une personne ou un patrimoine* ».

Avant la conclusion de contrat d'assurance, il pèse sur l'assureur une obligation d'information précontractuelle. La loi prévoit une information de l'assuré tant dans le contrat ordinaire, individuellement conclu, que lors de l'adhésion à une assurance de groupe. Cette obligation de conseil peut porter sur l'opportunité de souscrire une assurance. Le conseil ne s'apprécie plus *in abstracto* mais *in concreto*.

Au-delà de ce conseil, l'assureur¹⁰⁴ devra constamment se comporter de bonne foi en veillant, notamment, à ne pas nuire aux intérêts de l'assuré¹⁰⁵. C'est la loyauté qui gouverne de telles relations¹⁰⁶, mais encore la justice contractuelle.

Une fois le contrat d'assurance valablement formé, il se pose le problème de son exécution et de son respect des obligations contenues dans celui-ci.

¹⁰⁴ S. YAWAGA, « Les obligations précontractuelles de l'assureur », RGDA 1997, p. 83 et s.

¹⁰⁵ Cass. Civ. 2^e, 8 nov. 2007, n° 06-19765, JCP G, 2008.II.10034, note L. GRYNBAUM

¹⁰⁶ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » In Mélanges, Fr. TERRE, Dalloz//PUF//Jurisclasseur, 1999, p.603 et s.

Le risque pris en charge par l'assureur est l'événement aléatoire (maladie, accident, incendie, vol, dette de responsabilité...) ou dont la date de réalisation est aléatoire (décès), qui frappe, dans son intégrité physique ou son patrimoine, la personne couverte par la garantie¹⁰⁷.

Le contrat d'assurance est un contrat spécial, d'adhésion, consensuel¹⁰⁸ qui se forme valablement par le seul échange des consentements des parties. Mais il impose tout un formalisme contractuel. C'est un contrat aléatoire (C. civ., art. 1108, dans sa rédaction issue de Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, entrée en vigueur le 1er octobre 2016), synallagmatique (art.1106 du Code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016), à exécution successive (art.1111-1 du Code civil).

Il est question fondamentalement de confronter la conclusion de ce contrat d'assurance au regard des clauses abusives consacrées par le Code de la consommation ou le droit commun car le Code des assurances ne consacre pas grande chose au déséquilibre significatif.

En principe, pour qu'il y ait clause abusive, il faut un contrat, proposé par un professionnel à un non professionnel ou consommateur. Peu importe l'objet de ce contrat ou sa forme.

Il faut retenir que le contrat d'assurance est un contrat de consommation.

Sa conclusion entre un professionnel et un non professionnel ou consommateur (paragraphe 1) obéit au respect de certains principes notamment pas de clauses abusives dans son contenu. Ces clauses doivent également être évitées en amont, c'est-à-dire pour les contrats à conclure (paragraphe 2).

¹⁰⁷ Synthèse-Contrat d'assurance, 10 juillet 2018, V. JCI. Responsabilité civile et Assurances, fascicule 505-10

¹⁰⁸ V., par ex. Cass. 2^e civ., 18 avr. 2013, n° 12-15.068. – Cass. 2^e civ., 19 mai 2016, n° 15-19.122 : RGDA 2016, p. 355, note M. ASSELAIN : l'acceptation, par l'assureur, de la demande d'adhésion à la police de groupe n'étant pas établie, aucune garantie n'est due. – Cass. 3^e civ., 20 avr. 2017, n° 16-10.696 : RGDA juin 2017, p. 358, note A. Pélissier : le contrat d'assurance est parfait dès lors que l'assuré a manifesté son acceptation de l'offre émanant de l'assureur en payant la prime réclamée, « la connaissance et l'acceptation des conditions générales et particulières conditionnant leur opposabilité à l'assuré et non la formation du contrat »).

Paragraphe 1 : La conclusion d'un contrat entre un professionnel et un non professionnel ou Consommateur

Lors de la conclusion de contrat, l'assureur est tenu d'un devoir général d'information, qui est parfois renforcé, envers le candidat à l'assurance, notamment en matière d'assurance-vie. Le non-respect de ce devoir par l'assureur est sanctionné par la mise en œuvre de sa responsabilité ¹⁰⁹. Le législateur, conforté par la jurisprudence, veillera à ce que l'assuré soit parfaitement conseillé par l'assureur et les acteurs de l'assurance, voire par des tiers ¹¹⁰.

Avant la conclusion de contrat d'assurance, il pèse sur l'assureur une obligation d'information précontractuelle. La loi prévoit une information de l'assuré tant dans le contrat ordinaire, individuellement conclu, que lors de l'adhésion à une assurance de groupe.

L'article L. 112-2 du Code des assurances précise : « *L'assureur doit obligatoirement fournir une fiche d'information sur le prix et les garanties avant la conclusion du contrat. Avant la conclusion du contrat, l'assureur remet à l'assuré un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice d'information sur le contrat qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi que les obligations de l'assuré. Les documents remis au preneur d'assurance précisent la loi qui est applicable au contrat si celle-ci n'est pas la loi française, les modalités d'examen des réclamations qu'il peut formuler au sujet du contrat et de recours à un processus de médiation dans les conditions prévues au titre V du livre Ier du Code de la consommation (1), sans préjudice pour lui d'intenter une action en justice, ainsi que l'adresse du siège social et, le cas échéant, de la succursale qui se propose d'accorder la couverture. Avant la conclusion d'un contrat comportant des garanties de responsabilité, l'assureur remet à l'assuré une fiche d'information, dont le modèle est fixé par arrêté, décrivant le fonctionnement dans le temps des garanties déclenchées par le fait dommageable, le fonctionnement dans le temps des garanties déclenchées par la réclamation, ainsi que les conséquences de la succession de contrats ayant des modes de déclenchement différents* ».

¹⁰⁹ Cass. 2e civ., 7 juill. 2011, n° 10-16.267 : JurisData n° 2011-014609. - Cass. 2e civ., 7 juill. 2011, n° 10-21.719 : JurisData n° 2011-013612 ; Resp. civ. et assur. 2011, comm. 379, H. Groutel.

¹¹⁰ Ainsi l'obligation de conseiller la souscription d'une assurance s'impose également aux groupements sportifs à l'égard de leurs adhérents. Cass. Civ. 2^e, 13 oct. 2005, LPA, 29 déc. 2005, p. 17 s, note J. -P Tricoit.

Le contrat d'assurance exige un formalisme contractuel car la preuve de son existence et de son contenu doit cependant être rapportée par écrit (*Cass. 2e civ., 17 mars 2011, n° 10-16.553 : JurisData n° 2011-003929 ; Resp. civ. et assur. 2011, comm. 235, H. GROUDEL*).

Il peut être reproché à un contrat valablement formé de contenir des clauses abusives au sens de l'article L.212-1 du Code de la consommation.

S'agissant des clauses abusives, le contrat d'assurance est soumis aux dispositions de l'article L. 212-1 du Code de la consommation (dans sa rédaction issue de l'*Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016*, entrée en vigueur le 1er juillet 2016), lequel répute non écrites, parce qu'abusives, « *les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ».

Toutefois, l'appréciation du caractère abusif ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation de la prime à la garantie offerte (*Cass. 1re civ., 10 sept. 2014, n° 12-20.931 : RGDA 2014, p. 512, note J. KULLMANN*), sous réserve, comme le précise expressément l'article L. 212-1 du Code de la consommation, que « *les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* » (*Cass. 1re civ., 14 avr. 2016, n° 11-19.107 : LEDA juin 2016, note M. ASSELAIN*).

L'alinéa 1^{er} de l'article L. 212-1 du Code de la consommation pose expressément l'exigence de la conclusion d'un contrat : « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui...* ». L'enjeu est important puisque la conclusion de la convention conditionne l'application de ce texte. Cette exigence signifie donc que la lutte contre les clauses abusives sur le fondement de l'article L.212-1 est organisée seulement pour les contrats déjà formés, c'est-à-dire lorsqu'il y a eu rencontre des volontés entre les parties. Ce qui importe, c'est que le professionnel et le non professionnel ou consommateur soient en position de contractants. La plupart du temps, cette condition est aisée à vérifier. L'article L.212-1 du Code de la consommation s'applique à tous les contrats conclus entre un professionnel et un non professionnel ou consommateur, et ce indépendamment de la qualité de leur rédacteur, c'est-à-dire même s'ils ont été établis par un tiers professionnel.

L'application de l'article L.212-1. Aucune disposition de cet article ne permet de les écarter de l'application de la législation en matière de clauses abusives¹¹¹.

Le juge vérifie à l'occasion des contentieux liés aux clauses abusives, si les contrats conclus entre l'assureur et l'assuré des clauses qui « ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. ». Ainsi, Il peut déclarer une clause abusive ou non.

Dans un contrat d'assurance de groupe. Dans cette espèce, la Cour de cassation a estimé que « les prestations liées à la réalisation d'un sinistre survenu pendant la période de validité d'une police d'assurance de groupe ne peuvent être remises en cause par la résiliation ultérieure de cette police », elle en déduit que la clause doit « être réputée non écrite »¹¹². La Cour de cassation a justifié cette solution en affirmant que « le droit à la perception des prestations est définitivement acquis à l'assuré et ne peut être remis en cause en raison de circonstances qui lui sont étrangères et sur lesquelles il n'a aucune action ».

Toujours dans un contrat d'assurance groupe, il s'est posé un problème sur l'application au contrat d'assurance de groupe du principe de l'interprétation des clauses ambiguës en faveur de l'assuré, adhérent au contrat de groupe. En l'espèce, la Cour de cassation a décidé 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, dont les stipulations relèvent, comme telles, des dispositions » de ce texte. Elle avait cassé l'arrêt et estimé que « les dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation (désormais art. L. 212-1 du Code de la consommation) sont inapplicables en l'espèce dès lors que ladite clause figure dans un contrat conclu non pas entre Monsieur X et la compagnie d'assurances, mais entre celle-ci et la société Cetelem, auquel Monsieur X s'est contenté d'adhérer librement »¹¹³. En l'espèce, à l'occasion de la souscription de plusieurs emprunts auprès d'un établissement de crédit, un particulier

¹¹¹ Dans le même sens, v. B. GELOT, « Clauses abusives et rédaction des contrats : incidences de la loi du 1^{er} février 1995 », Defrénois, p. 1201, spéc. n° 4 et 5 ; D. MAZEAUD, « La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives : véritable réforme ou simple réformatrice ? », art. préc. n° 17 ; G. Chantepie, note préc..

¹¹² Cass. 1^{re} civ., 13 juin 1995, n° 92-15.595, RGDA 1996, p. 158, note Bigot J. ; Cass. 1^{re} civ., 13 juin 1995, n° 93-11.685, RGDA 1996, p. 158, note Bigot J. ; V. encore, Cass. 1^{re} civ., 9 févr. 1999, n° 96-18.600, JCP G 1999, IV, n° 1601, D. 1999, I.R., p. 57

¹¹³ Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2008, n° 05-21.822, RGDA 2008, p. 708, note Bigot J., Resp. civ. et assur. 2008, comm. 270, note GROUDEL H.

adhère au contrat d'assurances de groupe conclu entre la société prêteuse et une compagnie d'assurances, afin que soit couvert le risque d'invalidité permanente et totale. Après avoir été déclaré inapte au travail et placé en retraite anticipée, l'emprunteur demande le remboursement du solde des crédits à l'assureur qui le lui refuse en se fondant sur une clause du contrat d'assurances qui stipule qu'aucune garantie n'est due lorsque l'assuré fait valoir ses droits à la retraite ou est placé en préretraite. L'emprunteur assigne alors l'assureur en dénonçant le caractère abusif de cette clause. La cour d'appel de Nîmes rejette sa demande au motif que l'article L. 132-1 du Code de la consommation est inapplicable puisque la clause litigieuse figure dans la convention conclue, non pas entre l'emprunteur et l'assureur, mais entre l'assureur et la société prêteuse, convention à laquelle l'emprunteur s'est contenté d'adhérer et à laquelle il n'est donc pas partie. Ce dernier se pourvoit en cassation.

Deux enseignements peuvent être tirés de la décision de la cour. En premier lieu, dans le cas particulier où une personne morale (un employeur, une banque ou une association sportive par exemple) souscrit une assurance collective, la qualité professionnelle des deux parties interdit a priori au particulier, adhérant au contrat collectif, de bénéficier de la législation sur les clauses abusives ; en second lieu, cet arrêt ne se contente donc pas d'élargir le champ d'application du droit des clauses abusives aux contrats d'assurance de groupe, il contribue aussi à élargir les effets de la stipulation pour autrui par la reconnaissance d'un véritable contrat engendré par l'acceptation du bénéficiaire ¹¹⁴.

Cette fois, il ne s'agit pas d'un contrat d'assurance groupe mais d'un contrat d'assurance individuel. Dans cette affaire, la Cour de cassation a déclaré que « *est abusive la clause ayant pour objet ou pour effet d'imposer au non professionnel ou au consommateur la charge de la preuve qui, en vertu du droit applicable, devait incomber normalement à l'autre partie au contrat* »¹¹⁵.

En l'espèce, le 19 juillet 2007, M. M. avait été victime d'un accident mortel de la circulation

¹¹⁴ Marc BRUSCHI, Directeur de l'Institut des Assurances d'Aix-Marseille, Revue Lamy droit des affaires, n° 29, 1er juillet 2008.

¹¹⁵ Cour de cassation, Première Chambre civile, Arrêt n° 516 du 12 mai 2016, Pourvoi n° 14-24.698

alors qu'il pilotait sa motocyclette ; sa veuve, Mme M., avait sollicité la garantie de l'assureur, lequel, après avoir lui versé une indemnité au titre des dommages matériels, avait dénié sa garantie en raison de l'alcoolémie de M. M. lors de l'accident ; Mme M. l'avait assigné en exécution du contrat. Pour rejeter les demandes de cette dernière, la cour d'appel d'Amiens avait fait application des clauses du contrat telles que celles décrites ci-dessus et retenu que, dès lors qu'il était établi par le procès-verbal de gendarmerie que l'intéressé conduisait sous l'empire d'un état alcoolique au moment de l'accident et qu'il n'était pas démontré que le sinistre était sans lien avec cet état, démonstration incombant contractuellement aux ayants droit de l'assuré et non à l'assureur, celui-ci était fondé à opposer à Mme M. ces deux exclusions de garantie ¹¹⁶.

La décision est censurée par la Cour suprême, au visa de l'article L.132-1 du Code de la consommation, après avoir rappelé que, par arrêt du 4 juin 2009 (CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08), la CJCE a dit pour droit que le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet et que, lorsqu'il considère une telle clause comme étant abusive, il ne l'applique pas, sauf si le consommateur s'y oppose. Il incombait, donc, à la cour d'appel de rechercher d'office si étaient abusives les clauses du contrat telles que celles décrites ci-dessus.

Dans une autre affaire, la Cour de cassation a déclaré que « *Le compromis d'arbitrage signé entre l'assureur et l'assuré après la naissance du litige n'est pas susceptible de présenter un caractère abusif dans la mesure où il ne peut s'analyser en une clause contenue dans un contrat conclu entre un professionnel et un non professionnel ou un consommateur* »¹¹⁷.

Si la lutte contre les clauses abusives sur le fondement de l'action individuelle de l'article L.212-1 du Code de la consommation commande qu'un contrat entre un professionnel et un consommateur soit déjà conclu, l'exigence est différente lorsque les acteurs de la lutte sont la Commission des clauses abusives, les associations de consommateurs ou la DGCCRF (Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.)

¹¹⁶ CA Amiens, 23 février 2012, n°11/01265

¹¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2010, n° 09-12.126, P+B+I, G. c/ AGPM Vie : JurisData n° 2010-000757

Paragraphe 2. Contrats à conclure

La possibilité de chasser les clauses abusives dans des contrats qui ne sont pas encore conclus est offerte à la Commission des clauses abusives, ainsi qu'aux associations de consommateurs et à la DGCCRF (Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes).

S'agissant des recommandations de la Commission des clauses abusives pour les contrats à conclure entre un professionnel et un non professionnel ou consommateur, la Commission « *connaît des modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants consommateurs ou non professionnels* ».

L'article L. 534-1 (art. L.822-4 actuel) du Code de la consommation ¹¹⁸ dispose, en substance, que dans son travail de recommandation, la Commission des clauses abusives est chargée de rechercher si les « *modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants non professionnels ou consommateurs* » contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif. Cette expression désigne le document pré-rédigé sur lequel figurent les clauses des contrats à conclure, ce que la pratique appelle couramment les « *conditions générales du contrat* » ¹¹⁹. L'originalité du travail de la Commission des clauses abusives réside donc dans le fait qu'il peut porter sur des contrats déjà conclus comme sur des contrats qui ne le sont pas encore, à condition qu'ils soient destinés à régir une relation entre un professionnel, d'une part, et un consommateur ou un non professionnel, d'autre part.

La mise en œuvre de l'action en suppression des clauses abusives des associations de consommateurs et de la DGCCRF appelle davantage de précisions.

S'agissant de l'action des associations de consommateurs et de la DGCCRF en suppression des clauses abusives, elle s'applique aux contrats à conclure entre un professionnel et un consommateur.

Cela concerne tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur. L'action en

¹¹⁸ Anc. art. L. 132-2 dénum., L. n° 2010-737, 1^{er} juillet 2010.

¹¹⁹ Dans le même sens, v. J. CALAIS-AULOY, H. Temple, op. cit., n° 188, note 1.

suppression des clauses abusives, créée par la loi du 5 janvier 1988¹²⁰, était ouverte aux associations de consommateurs contre les « *modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants non professionnels ou consommateurs* », c'est-à-dire contre les mêmes contrats qui peuvent faire l'objet d'une recommandation de la Commission des clauses abusives. Dès l'origine donc, l'action collective était possible alors même que la convention n'était pas encore conclue, la seule perspective contractuelle, et non une relation établie, étant suffisante¹²¹. La loi du 1^{er} février 1995 a ajouté une possibilité d'action contre les contrats « *destinés aux consommateurs et proposés par les organisations professionnelles à leurs membres* ». Enfin, l'ordonnance du 23 août 2001 a modifié les conventions visées par l'action en suppression des clauses abusives ou illicites, qui peut désormais prospérer, contre « *tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur* », selon les termes de l'article L. 421-6 du Code de la consommation (art.621-8 actuel).

Il faut noter que, depuis l'ordonnance du 1^{er} septembre 2005¹²² – et c'est une nouveauté en droit de la consommation – la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) est aussi titulaire de l'action en suppression des clauses abusives, qui peut avoir lieu contre « tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur ».

Autrement, pour purger tous les contrats de leurs clauses abusives, la DGCCRF et les associations de consommateurs pourront désormais demander au juge d'ordonner également la suppression de cette ou de ces clauses dans les contrats identiques à celui par lequel il a été saisi, et qui ont été conclus par ce même professionnel avec d'autres consommateurs. Et les

¹²⁰ Art. 6 L. n° 88-14 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs, codifié à l'art. L. 421-6 c. Consom. par la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993. Sur cette loi, v. J. CALAIS-AULOY, « Les actions en justice des associations de consommateurs, commentaire de la loi du 5 janvier 1988 », D. 1988, chron. p. 193 ; G. PAISANT, « Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives », D. 1988, chron. p. 253 ; E. PUTMAN, « La loi du 5 janvier 1988 sur l'action en justice des associations agréées de consommateurs », RRJ 1988, p. 341 ; G. VINEY, « Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : la loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs », JCP G 1988, I, 335 ; Gaz. Pal. 1988, 1, doct. p. 201, A. PELLISSIER ; Gaz. Pal. 1998, 1, doct. p. 268, L. BIHL ; et sur sa mise en œuvre, v. A. MORIN, « L'action d'intérêt collectif exercée par les organisations de consommateurs avant et après la loi du 5 janvier 1988 », REDC 1991, 3 ; A. MORIN, « Les actions en suppression des clauses abusives en France, bilan d'application de l'article 6 de la loi du 5 janvier 1988 », INC Hebdo 1993, n° 820 ; R. MARTIN, « Notes sur l'action en suppression des clauses abusives », Contrats, conc. Consom. 1994, chron. 8 ; A. MORIN, « Les actions en suppression de clauses abusives, les apports récents de la jurisprudence », INC Hebdo 1994, n°860 ; G. CHABOT, « L'action des associations agréées de consommateurs en suppression des clauses abusives », LPA 10 octobre 2000, n° 202, p. 16.

¹²¹ Dans le même sens, v. L. LEVENEUR, note Contrats conc. Consom. 1999, comm. 124.

¹²² Art. 2 O. n° 2005-1086, JORF 2 septembre 2005.

consommateurs seront plus efficacement protégés puisque la décision rendue pourra également bénéficier à des consommateurs qui n'auront pas été parties à l'instance, sans pour autant avoir à intenter une action en justice¹²³. Ce qui permettra de protéger plus efficacement les consommateurs puisque tous ceux ayant souscrit un contrat identique pourront désormais bénéficier de la décision de justice.

Ainsi, l'action en suppression des clauses abusives peut valablement prospérer contre « *tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur* ». C'est pourquoi on dit que cette action a un caractère préventif.

L'expression « *contrat ou type de contrat proposé aux consommateurs* » autorise les associations de consommateurs ou la DGCCRF à agir contre le ou les professionnels qui utilisent effectivement ces contrats peu importe sa forme ou son support. Quant à l'expression « *contrat ou type de contrat destiné au consommateur* », elle permet d'aller plus loin, et d'agir « *en amont, contre ceux qui, sans être eux-mêmes contractants, ont rédigé les clauses abusives et en recommandent l'utilisation, notamment les organisations professionnelles qui éditent des conditions générales à l'intention de leurs membres, ou encore contre les franchiseurs qui fournissent à leurs franchisés des conditions générales préétablies* »¹²⁴, à l'instar de ce qui était explicitement prévu par la réforme antérieure¹²⁵ qui précisait que l'action était ouverte contre les contrats « *destinés aux consommateurs et proposés par les organisations professionnelles à leurs membres* ». La formule est avantageuse car elle renforce incontestablement le champ de l'action : les associations de consommateurs et la DGCCRF sont ainsi recevables à agir contre le professionnel « *alors même que ce dernier n'a pas encore diffusé ses modèles de contrats aux consommateurs* »¹²⁶. C'est le fameux caractère préventif de l'action en suppression des clauses abusives, par ailleurs consacré par la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) dans un arrêt du 24 janvier 2002¹²⁷ : « *La nature préventive et l'objectif dissuasif des actions devant*

¹²³ <https://www.economie.gouv.fr/projet-loi-consommation/lutte-contre-clauses-abusives>

¹²⁴ J. CALAIS-AULOY, H. Temple, op. cit., n°188.

¹²⁵ L. n° 95-96 du 1er février 1995.

¹²⁶ G. PAISANT, « Les limites de l'action collective en suppression de clauses abusives », JCP G 2005, II, 10057.

¹²⁷ CJCE, 24 janvier 2002, point 15, D. 2002, AJ p. 1065, obs. E. CHEVRIER ; D. 2002, p. 2930, obs. J.-P. PIZZIO ; RTD civ. 2002, p. 397, obs. J. RAYNARD ; RTD com. 2003. 195, obs. M. LUBY.

être mises en place, ainsi que leur indépendance à l'égard de tout conflit individuel concret, impliquent comme l'a reconnu la Cour, que de telles actions puissent être exercées alors même que les clauses dont l'interdiction est réclamée n'auraient pas été utilisées dans des contrats déterminés mais seulement recommandées par des professionnels ou leurs associations ».

Néanmoins, la formule ne faisant pas état du cocontractant du consommateur, sa portée a été discutée. Si le caractère préventif de l'action était vu comme un moyen d'élargir les possibilités d'action des associations de consommateurs et de la DGCCRF, la Cour de cassation en a fait un moyen de la limiter.

Ainsi, la Cour de cassation s'est fondée sur le caractère préventif de l'action en suppression des clauses abusives pour limiter sa portée. En effet, elle estime que lorsqu'une convention (tout entière, ou seulement la clause litigieuse) a existé mais n'existe plus, l'action en cessation n'est plus légitime car il n'y a plus lieu à prévention. Ainsi l'action est irrecevable lorsque le contrat n'est plus proposé au consommateur à la date de l'introduction de l'instance¹²⁸ ou au jour où le juge statue (ou du moins lorsque la preuve qu'il est toujours proposé n'est pas rapportée à ces dates)¹²⁹ ; de même, le juge doit se fonder sur les modèles de contrats versés aux débats¹³⁰ en cours d'instance, ceux-ci s'étant substitués, au jour où la juridiction statue, à ceux antérieurement proposés aux consommateurs¹³¹. Autrement dit, pour que l'action en cessation aboutisse, il convient que le modèle de contrat ou certaines de ces clauses contestées soient encore

¹²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, n° 03-13.779, Bull. civ. I, n° 61, Contrats, conc. Consom. 2005, comm. 95, note G. RAYMOND ; D. 2005, pan. p. 2841, obs. S. AMRANI-MEKKI ; D. aff. 2005, AJ p. 487, obs. C. RONDEY ; JCP G 2005, I, 141, n° 15, obs. J. ROCHFELD ; RDC 2005, p. 727, obs. D. FENOUILLET ; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, pourvoi n° 03-16905, Bull. civ. I, n° 62, CCE 2005, comm. 85, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; S. AMRANI-MEKKI, obs. préc. ; C. RONDEY, obs. préc. ; J. ROCHFELD, obs. préc. ; RDC 2005, p. 733, obs. D. FENOUILLET ; RTD civ. 2005, p. 313, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, pourvoi n° 03-16935, Bull. civ. I, n° 59, G. PAISANT, « Les limites de l'action collective en suppression de clauses abusives », art. préc. ; G. RAYMOND, note préc. ; C. RONDEY, obs. préc. ; D. FENOUILLET, obs. préc. ; Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-15.646, Bull. civ. n° 488, G. RAYMOND, « Les clauses abusives dans les contrats de vente de véhicules automobiles – Analyse sommaire des arrêts du 14 novembre 2006 », Contrats, conc. Consom. 2007, ét. 2, p. 5, D. 2006, AJ p. 2980, obs. C. RONDEY ; JCP G

¹³⁰ II, 10056, G. PAISANT ; RLDC 2007, n° 35, p. 12, obs. S. DOIREAU ; RLDC 2007/36, p. 6, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; RDC 2007, p. 337, note D. FENOUILLET ; RTD com. 2007, p. 437, obs. B. BOULOC. V. également Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 1996, Bull. civ. 1996, I, n° 134, D. 1996, inf. rap. p. 95 ; RTD com. 1996, p. 702, obs. B. BOULOC.

¹³¹ Cass. 1^{ère} civ., 8 janvier 2009, G. PATETTA, « Les clauses abusives ont encore de beaux jours devant elles... A propos de l'arrêt du 8 janvier 2009 », RLDC, mai 2009, n° 60, p. 59 ; Banque et Droit mars-avr. 2009, p. 30, obs. T. BONNEAU ; Contrats conc. Consom. 2009, comm. 85, obs. G. RAYMOND ; JCP E 2009, n° 22, p. 12, obs. N. MATHEY ; JCP G 2009, I, 138, n° 14, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; RD banc. fin. 2009, n° 44, obs. F.-J. CRÉDOT et T. SAMIN ; RTD com. 2009, p. 418, obs. D. LEGEAIS ; D. 2010, pan. p. 1046, obs. D. R. MARTIN ; Dr. et proc. 2010, suppl. n° 2, p. 5, obs. Y. PICOD.

proposés (ou destinés) aux consommateurs au moment où le juge statue. En revanche, l'action est sans objet pour les contrats en cours et le droit d'agir s'éteint dès lors que les clauses ne figurent plus dans les contrats.

Dans un arrêt rendu le 3 février 2011, la Cour de cassation a posé l'attendu de principe suivant :
« Attendu que l'action préventive en suppression de clauses abusives ouverte aux associations agréées de défense des consommateurs a vocation à s'appliquer aux modèles types de contrats destinés aux consommateurs et rédigés par des professionnels en vue d'une utilisation généralisée ».

En l'espèce, une association de consommateurs a introduit une action en suppression des clauses abusives à l'encontre d'un contrat-type de location de vacances, rédigé par une association, et proposé par des bailleurs, adhérents de l'association sous le label de laquelle ils offrent leurs immeubles au public. La cour d'appel a déclaré cette action irrecevable, au motif que l'association, bien qu'ayant la qualité de professionnels participant à l'industrie du tourisme et des loisirs, n'effectue aucune location et n'intervient pas directement auprès des locataires et que l'absence de trace de son intervention directe aux contrats de location saisonnière ne permettait pas d'envisager que les consommateurs soient confrontés à elle en tant que victimes d'éventuels abus de sa part, faute de bénéficier de prestations effectives et rémunérées en tant que telles, avant, pendant ou après la location.

L'enseignement à déduire est que la cour exige que le contrat ou type de contrat destiné au consommateur soit rédigé par un professionnel, d'une part, et ce en vue d'une utilisation généralisée, d'autre part.

SECTION II : Les personnes visées

Le droit de la consommation est à la croisée de plusieurs disciplines et a deux finalités : protéger le consommateur et réguler le marché. Le Code des assurances n'ayant pas expressément consacré une définition ou le champ d'application de la notion professionnel-consommateur, il nous revient de se référer au droit de la consommation. Certaines des

dispositions du droit de la consommation s'appliquent en droit des assurances notamment dans la lutte contre les clauses abusives.

La lutte contre les clauses abusives a vocation à jouer dans les rapports contractuels de consommation, entre un professionnel, et un non professionnel ou consommateur.

L'application de la législation sur les clauses abusives dépend ainsi de la qualité des parties contractantes, autrement qui est protégé et contre qui. Il apparait clairement que c'est le non professionnel ou consommateur qui est protégé contre le professionnel car celui-ci étant souvent d'un poids économique plus important que le consommateur ; déséquilibre dans la maîtrise de l'objet du contrat. Ils sont les deux acteurs principaux et immédiats.

Le droit de la consommation s'est construit sur l'idée de cette relation. L'article L. 212-1 alinéa 1 dispose que les contrats doivent être conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs sinon pas de sanction pour déséquilibre.

Dans un environnement économique très concurrentiel, tous les moyens ne sont pour autant pas bons pour attirer le consommateur, et le Code tend ici à instaurer un certain équilibre entre la protection du consommateur, et la nécessaire marge de manœuvre qui doit être reconnue au professionnel¹³². Ici, le professionnel (paragraphe I) n'est autre que l'assureur, et le non professionnel ou consommateur (paragraphe II), l'assuré étant donné que c'est notre analyse va dans le sens du droit des assurances.

Paragraphe 1 : Le professionnel

Le professionnel peut être une personne physique ou une personne morale (de droit privé ou de droit public). Ce qui nous intéresse dans ce cas, c'est la personne physique ou morale c'est-à-dire l'assureur. En droit français, un assureur n'est jamais une personne physique.

Ainsi, un assureur est une personne physique ou morale qui s'engage, par un contrat d'assurance, à indemniser un assuré en cas de réalisation d'un risque. L'assureur puisse également désigner l'intermédiaire d'assurance (courtier ou agent général), il est préférable de réserver ce terme aux entreprises habilitées à présenter des opérations d'assurance directe, telles que définies à l'article L310-1 du Code des assurances. Ces entreprises peuvent prendre la

¹³² V. en ce sens Jérôme JULIEN, op. cit., Partie I, P. 38

forme de sociétés d'assurance, sociétés d'assurance mutuelle ou sociétés européennes d'assurance.

Il est à noter que d'autres entreprises, telles que les mutuelles régies par le Code de la Mutualité (article L111-1 du Code de la Mutualité) et les institutions de prévoyance régies par le Code de la Sécurité Sociale, peuvent également proposer des opérations d'assurance directe¹³³.

Jusqu'en 2016, le Code des assurances ne contenait pas de définition du professionnel, si ce n'est par défaut. En effet, dans une première approche, il suffit de le définir par rapport à son opposé, c'est-à-dire le consommateur : est ainsi professionnel celui qui n'est pas consommateur. La démarche est inductive, et sans doute guère satisfaisante.

Définir le professionnel, c'est également faire référence à une activité professionnelle, mais là encore le risque de tautologie n'est pas absent. Pour autant, il est possible, presque instinctivement, d'avoir une idée de qui est ce professionnel : il agit à l'occasion d'une activité professionnelle entendue dans son sens le plus large, commerciale, industrielle, artisanale, libérale, voire agricole¹³⁴. Bien que la notion soit générique, elle présente l'avantage d'être immédiatement perceptible. D'ailleurs, aucune distinction n'est faite dans le code – faute de précision, et contrairement à la notion de consommateur – et il faut donc avoir une acception large du terme.

Un auteur¹³⁵ a identifié sept critères interdépendants conduisant à la qualification de professionnel : 1° le professionnel s'affiche comme tel ; 2° il exerce une activité de production, de distribution de biens ou de prestation de services ; 3° il accomplit son activité de façon indépendante et à titre habituel ; 4° cette activité est rémunérée ; 5° l'activité s'exerce au sein d'une organisation fonctionnelle, si rudimentaire soit-elle ; 6° il a la maîtrise professionnelle de son activité (liée à une formation spécifique, une expérience) ; 7° il a autorité sur les personnes qu'il introduit dans l'exécution du contrat.

¹³³ <https://www.index-assurance.fr/dictionnaire/assureur>

¹³⁴ Sur les difficultés posées par l'activité agricole, loi n°2014-344 du 17 mars 2014 transposant la directive du 25 octobre 2011 sur les droits des consommateurs.

¹³⁵ Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz action 2014/2015, n° 3646. Adde, du même auteur, « Les critères de la qualité de professionnel », LPA 2005, n° 181, p.4.

Finalement, c'est l'article liminaire du Code de la consommation issu de l'ordonnance de 2016, qui apporte une définition « *on entend par professionnel : toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel* ». Il reprend presque à l'identique la définition de la directive 2011/83 (art. 2). La France aurait dû l'intégrer dès 2014, en même temps qu'elle transposait ladite directive. Ne l'ayant pas fait, cela lui a valu un rappel de la Commission européenne.

Le professionnel est celui qui agit ou contracte dans un but professionnel. Derrière ce qui peut paraître comme une lapalissade, la qualité de professionnel dépend de la finalité du contrat ou de l'activité déployée. C'est l'existence d'une activité économique exercée à titre indépendant et proposée à une clientèle contre rémunération qui la déclenche. Il faut en effet se garder de la restreindre au seul commerçant. Sont des professionnels devant respecter les règles consuméristes les industriels, les artisans, les libéraux et même les agriculteurs.

Le Code de la consommation version 2016 inclut expressément ces derniers dans l'énumération des activités professionnelles ; corrigeant le silence regrettable de la directive sur ce point.

Peu importe la forme sous laquelle ils exercent : entreprise individuelle ou sociétaire, personne physique ou personne morale. Sont donc soumises au droit de la consommation des organisations dotées de la personnalité morale et dépourvues de but lucratif dans la mesure où elles ont une activité économique en proposant des biens ou services sur un marché à une clientèle. Une mutuelle d'assurance a été sanctionnée pour ventes liées¹³⁶ et l'association Clé Vacances s'est vue qualifiée de professionnel devant respecter la législation des clauses abusives car participant à l'industrie du tourisme¹³⁷. C'est le caractère habituel de son activité d'entreprise (qui peut être ou non principale) qui fait du professionnel un spécialiste, un « *sachant* ». Connaissant et maîtrisant le bien ou le service qu'il propose, on attend de lui qu'il délivre des informations et conseille son client, qu'il s'exécute correctement et fasse preuve de diligence. C'est également cette activité professionnelle qui est à l'origine du déséquilibre de

¹³⁶ Cass. crim., 12 févr. 1990, n° 89-80815.

¹³⁷ Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2011, n° 08-14-402

la relation : sa compétence peut dégénérer et le conduire à profiter de la vulnérabilité de son client, souvent profane.

Il n'existe, en effet, aucune raison de les distinguer, étant donné que les professionnels, qu'ils soient l'un ou l'autre, assument, vis-à-vis du consommateur, les mêmes obligations¹³⁸. On pourrait rétorquer que la personne morale professionnelle est souvent plus puissante que la personne physique professionnelle, et donc plus encline à stipuler des clauses abusives. Mais d'une part, ce constat est approximatif et d'autre part, « *distinguer selon la taille de l'entreprise entraînerait des effets de seuil qui seraient gênants pour la protection des consommateurs et pour l'égalité de la concurrence* »¹³⁹. Ainsi sont des professionnels tant l'entrepreneur individuel, l'artisan, le commerçant de quartier qu'une société commerciale ou même une association¹⁴⁰.

Il ne fait aucun doute que tous les professionnels, personnes physiques ou morales de droit privé notamment l'assureur, sont concernés par l'interdiction des clauses abusives dans les contrats.

C'est l'exercice d'une activité professionnelle qui fait de la personne un professionnel. Cette idée est aussi prégnante en doctrine française, dans des formulations similaires :

« *Le professionnel est, par définition, celui qui exerce une profession* »¹⁴¹ ;

« *Le professionnel est celui qui conclut un contrat dans l'exercice de sa profession* »¹⁴² ;

« *Le professionnel est celui qui contracte dans l'exercice de sa profession* »¹⁴³.

¹³⁸ Dans le même sens, v. J. CALAIS-AULOY, H. Temple, n° 4.

¹³⁹ J. CALAIS-AULOY, H. Temple, n° 4.

¹⁴⁰ Dès lors que cette association exerce une activité professionnelle. En ce sens, v. Recomm. CCA n° 94-03, BOCCRF 27/09/1994, relative aux contrats de séjours linguistiques, dans laquelle les organismes organisant des

¹⁴¹ G. RAYMOND, Droit de la consommation, LexisNexis Litec, coll. Litec Professionnels droit commercial, 2011, n° 34.

¹⁴² A. KARIMI, Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 306, 2001, n° 626.

¹⁴³ D. NGUYEN THANH-BOURGEAIS, « Réflexions sur deux innovations de la loi n° 78-93 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services », D. 1979, chron. III, p. 15, n° 16.

Le professionnel est celui qui exerce une profession, mais qu'est-ce qu'une profession ? Pour la définir, le vocabulaire juridique révèle ce qui la caractérise : « *activité habituellement exercée par une personne pour se procurer les ressources nécessaires à son existence* »¹⁴⁴.

Pour qu'une activité soit qualifiée de professionnelle, il faut qu'elle soit exercée de manière régulière ou habituelle¹⁴⁵. Cette exigence de régularité de l'activité est cohérente au vu de l'objectif de protection du consommateur, car c'est « *le caractère habituel et organisé de l'activité qui fait la force du professionnel : il est dans sa spécialité plus compétent que le consommateur* »¹⁴⁶. Ainsi, l'exercice régulier, professionnel de l'activité crée un risque de déséquilibre justifiant l'application du droit de la consommation et de la législation en matière de clauses abusives notamment. Dans le cas de l'assurance, il doit s'agir également d'une activité lucrative, de fournitures de biens et services.

Cependant, ces clauses tomberont sous le coup de l'article L. 212-1 du Code de la consommation, à condition qu'elles figurent dans un contrat conclu avec un non professionnel ou un consommateur (assuré).

Paragraphe 2 : Le non professionnel ou consommateur

L'assuré est la personne physique ou morale sur la tête ou sur les intérêts de qui pèse le risque assuré ou encore personne dont la vie, les actes ou les biens sont garantis par un contrat d'assurance.

L'assuré est la personne à laquelle s'applique les garanties du contrat d'assurance, sans qu'elle en soit nécessairement le souscripteur. Cependant, en assurance vie, l'assuré doit donner « *son consentement par écrit avec indication du capital ou de la rente initialement garantis* »¹⁴⁷.

En assurance de responsabilité civile, c'est le responsable qui est assuré. En assurance vie, c'est la personne dont le décès entraîne le versement du capital ou de la rente prévue dans

¹⁴⁴ V° Profession, in Vocabulaire juridique, ss dir. G. CORNU, 9^e éd., PUF, coll. Quadrige Dicos Poche, 2011, sens 1.

¹⁴⁵ Dans ce sens, v° Profession, in Vocabulaire juridique, op. cit., sens 1 ; J. CALAIS-AULOY, H. Temple, op. cit. n° 3 ; H. DAVO et Y. PICOD, Droit de la consommation, 2^e éd., Sirey, coll. Université, 2010, n° 39 ; J. SAVATIER, « Contribution à une étude juridique de la profession », in Mélanges Hamel, Dalloz, 1961, p. 9. ¹²⁵ F.-X. VINCENSINI, La commercialité, PUAM, 1998, n° 66.

¹⁴⁶ J. CALAIS-AULOY, H. Temple, n° 3.

¹⁴⁷ <https://www.index-assurance.fr/dictionnaire/assure>

le contrat. L'assuré n'est pas obligatoirement le souscripteur du contrat, ni le bénéficiaire, ni celui qui paie la cotisation. Il faut donc vérifier dans le contrat la définition de l'assuré.

Une comparaison s'avère nécessaire entre l'assuré, le bénéficiaire et le souscripteur. L'assuré est la personne exposée au risque, le bénéficiaire personne qui doit percevoir la prestation de l'assureur, et le souscripteur est la personne qui signe la police d'assurance.

L'immixtion d'un tiers bénéficiaire se rencontre également dans les assurances de responsabilité, où la victime d'un dommage causé par l'assuré est créancière de la prestation due par l'assureur : article L. 124-3 du Code des assurances.

Dans deux affaires¹⁴⁸, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur l'opposabilité de la définition du tiers au regard des articles L. 113-1 du Code des assurances (exclusion de garantie) et L. 121-2 (dommages causés par les personnes dont l'assuré est civilement responsable) du Code des assurances invoqués par les assurés afin d'obtenir la garantie de leur assureur RC vie privée. Ce dernier la leur refusait au motif que la victime n'avait pas la qualité de tiers en application du contrat. La question se pose de savoir si la clause définissant le tiers peut être censurée sur le fondement de l'article L. 113-1 du Code des assurances. Tout dépend de sa rédaction. En l'espèce, deux enfants mineurs provoquent l'incendie des bâtiments d'exploitation agricole et d'habitation de leur grand-père. L'assureur de responsabilité civile du père des enfants refuse de garantir le sinistre au motif que le grand-père ne serait par un tiers au regard du contrat souscrit par le père des enfants.

Le plus souvent, l'assureur précise la notion d'assuré. Par exemple, ont la qualité d'assuré au titre de la garantie RC vie privée : le souscripteur, son conjoint, partenaire de Pacs ou concubin et leurs enfants vivant habituellement au foyer du souscripteur. Le tiers est alors défini a contrario par « *toute personne autre que l'assuré* ».

A l'article L. 212-1 du Code de la consommation, seuls sont protégés contre les clauses abusives les non professionnels ou consommateurs et non tous les contractants, ni même tous les contractants en situation de faiblesse.

¹⁴⁸ Civ. 2^e, 30 juin 2011, n° 09-14227 et Civ. 2^e, 6 octobre 2011, n° 10-16685

Alors que les directives distinguent et opposent seulement deux catégories (le consommateur et le professionnel), la jurisprudence française semble laisser la place à une troisième, celle de non professionnel. En réalité, l'apparition de cette catégorie est assez récente, et semble résulter de la volonté de la Cour de cassation de maintenir certaines de ses solutions en dépit des décisions claires de la Cour de justice. Le point de départ réside dans le constat de ce que certains articles du Code de la consommation opposent classiquement le professionnel et le consommateur, tandis que d'autres évoquent en plus le non professionnel aux côtés du consommateur.

Tel est le cas, par exemple, du célèbre article L.212-1 sur les clauses abusives. Une telle variété d'expressions ne doit pas surprendre dans une codification à droit constant, les lois successives qui le composent n'ayant pas toutes conservé un vocabulaire harmonisé. Toujours est-il que la question s'est posée de savoir si l'expression de non professionnel n'était qu'une redondance de celle de consommateur, les deux désignant en réalité la même chose, ou au contraire si elle visait une notion différente. L'assimilation était courante, non seulement en jurisprudence mais encore en doctrine, même si derrière les termes employés se dissimulaient parfois des considérations plus importantes¹⁴⁹.

La question fut en réalité relancée à la suite de décision de la Cour de justice des Communautés européennes (à l'époque) considérant que le consommateur ne pouvait être qu'une personne physique, alors même que la Cour de cassation admettait dans certains cas que la règle consumériste puisse profiter à une personne morale¹⁵⁰. Dans un arrêt fort remarqué du 15 mars 2005¹⁵¹, elle reprit certes la solution de la CJCE, mais en ajoutant que « *la notion distincte de non professionnel, utilisée par le législateur français, n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives* ». C'est un peu la réponse du berger à la bergère, qui consiste à considérer que si la notion de consommateur exclut les personnes

¹⁴⁹ Relative notamment au champ d'application du droit de la consommation : assimiler les deux notions conduit à en réduire le domaine, ou plus exactement à le réserver au consommateur stricto sensu ; les distinguer conduit à l'inverse à élargir le domaine, en admettant que la règle consumériste puisse s'appliquer y compris à des parties faibles sans être consommateur (par exemple un professionnel dans certains cas). Sur ce débat, v. S. PIEDELIÈVRE, op. cit., n° 23.

¹⁵⁰ CJCE, 22nov. 2001, JCP G 2002, II, 10047, note G. PAISANT ; RTD civ. 2002.291, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; CCC 2002, n° 18, obs. G. RAYMOND. Adde M. LUBY, « Notion de consommateur : ne vous arrêtez pas à l'apparence ! », CCC 2002, chron. n° 14.

¹⁵¹ Cass.1^{re} civ., 15mars 2005, n° 02-13.285, Bull. civ., I, n° 135 ; D.2005.1948, note A. BOUJEKA ; JCP G 2005, II, 10114, note G.P AISANT ; CCC 2005, n° 100, obs. G. RAYMOND.

morales¹⁵², en revanche rien n'interdit de faire bénéficier une personne morale du Code de la consommation si on la considère comme un non professionnel.

Plus précisément, parmi les personnes morales, lesquelles peuvent s'en prévaloir ? Certains enseignements peuvent être tirés des quelques décisions rendues sur ce point. Ainsi, la Cour de cassation refuse clairement qu'une société commerciale puisse invoquer les règles du Code relatives à la tacite reconduction des contrats : « l'article L. 136-1, qui s'applique exclusivement au consommateur et au non professionnel, ne concerne pas les contrats conclus entre sociétés commerciales »¹⁵³. Pour le reste, les décisions sont souvent imprécises ou bien variables. Ainsi, reprenant la formule de 2005, la Cour de cassation a pu déclarer, toujours en application de l'article L.136-1(désormais art. L. 215-1) du Code de la consommation, que « les personnes morales ne sont pas exclues de la catégorie des non professionnels »¹⁵⁴ pour faire bénéficier un syndicat de copropriétaires¹⁵⁵, ou comité d'entreprise¹⁵⁶ des dispositions du code. Et que dire de la Cour d'appel de Paris qui a pu considérer qu'un tel syndicat de copropriétaires était assimilable à un consommateur¹⁵⁷.

L'embarras est perceptible et si l'exclusion des personnes morales commerçantes se comprend aisément, qu'en est-il des autres cas ? Admettre de manière générale qu'une association, par exemple, soit un non professionnel au seul prétexte qu'elle est créée dans un but non lucratif, est sans doute un peu court dans la mesure où certaines associations brassent des sommes d'argent parfois importantes, sont très organisées, etc. En arriverait-on à considérer que la

¹⁵² Ainsi, pour un comité d'entreprise, refusant la qualité de consommateur pour l'application de l'article L.136-1 : Cass. 1^{re} civ., 2avr. 2009, n° 08-11.231, JCP G 2009, 238, note G. PAISANT. Il faut apporter une précision concernant ce texte, qui est relatif à la tacite reconduction des contrats. La version d'origine visait pour application uniquement les consommateurs, ce qui explique la présente décision. La loi du 3 janv. 2008 modifia le texte, en précisant qu'il est désormais applicable « aux consommateurs et aux non professionnels ». La question peut alors se poser de savoir si un comité d'entreprise peut être qualifié, non pas de consommateur, mais de non professionnel.

¹⁵³ Cass.com., 6 sept. 2011, n° 10-21.583, JCP G 2011, 1203, note G. PAISANT. Solution reprise à l'identique, s'agissant de l'article L.132-1, par Cass.com., 3déc. 2013, n° 12-26.416, CCC 2014, n° 60, note L. LEVENEUR.

¹⁵⁴ Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011, n° 10-30.645 : JCP G 2011, 1080, note G. PAISANT ; D.2011.224, note S. TISSEYRE.

¹⁵⁵ Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 2015, n° 14-20.760 : CCC 2016, n°49, note S. BERNHEIM-DESVAUX ; CA Paris, 10 déc. 2015 ; CCC 2016, n° 82 ; Cass.1^{re} civ., 29 mars 2017, n° 16-10.007 ; CCC 2017, n° 137, note S. BERNHEIM-DESVAUX

¹⁵⁶ Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 2016, n° 15-17.369 ; CCC 2016, n° 200, note S. BERNHEIM-DESVAUX

¹⁵⁷ CA Paris, 15janv. 2014, CCC 2014, n° 172, note G. RAYMOND.

LES CLAUSES ABUSIVES DANS UN CONTRAT D'ASSURANCE

paracommercialité permet de se prévaloir des règles du Code de la consommation ? La prudence est plus que jamais de mise en la matière¹⁵⁸.

Alors que le consommateur est la notion clé du droit de la consommation, il aura fallu attendre la réforme de 2014 pour qu'une définition soit insérée dans le Code de la consommation dans un article préliminaire devenu « *article liminaire* » en 2016 : « *Pour l'application du présent code, on entend par consommateur : toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* ». Est un consommateur celui qui n'agit pas comme un professionnel¹⁵⁹. La notion de « *consommateur* » a longtemps varié selon les contrats : le consommateur au sens du droit des clauses abusives différait du consommateur en cas de démarchage. Il est la personne physique qui accomplit un acte de consommation, c'est-à-dire qui agit pour satisfaire ses besoins privés.

Les diverses directives européennes de droit de la consommation réservent la qualification de consommateur aux seules personnes physiques, et c'est notamment le cas dans la directive du 5 avril 1993¹⁶⁰. La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) entend d'ailleurs faire respecter cette définition stricte du consommateur. Alors que la question de l'extension aux personnes morales lui a été posée, par un juge italien, à propos de la directive sur les clauses abusives, elle a répondu, dans un arrêt en date du 22 novembre 2001¹⁶¹, que la notion de consommateur « *doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement les personnes physiques* ». Le droit français s'est, dans un premier temps, écarté de cette position.

¹⁵⁸ Dans ce sens, V. Jérôme JULIEN, Partie I, Titre I, Chap. 1, Paragraphe 3, P.51

¹⁵⁹ Delphine BAZIN-BEUST, Memento LMD Droit de la consommation, 2^e éd., Introduction « Les acteurs du droit de la consommation », P.18.

¹⁶⁰ Art. 2 b) ; mais aussi dans d'autres directives : Dir. du Conseil n° 85/577/CEE du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, art. 2 ; Dir. n° 2008/48/CEE du 23 avril 2008 du Parlement européen et du Conseil de l'UE concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil (JOUE n° L 133, 22 mai 2008 et rect. JOUE n° L 207, 11 août 2009), art. 3 c) et Dir. n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011 du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs (JOUE n° L 304, 22/11/2011, p. 64 s., spéc. p. 72.

¹⁶¹ CJCE, 22 novembre 2001, Sté Cape Snc et Idealservice Srl, aff. C-541/99 et Idealservice MNRE Sas, aff. C-542/99, J. AMAR, « Une cause perdue, la protection des personnes morales par le droit de la consommation ? », Contrats, conc. Consom. 2003, chron. 5 ; M. LUBY, « Notion de consommateur : ne vous arrêtez pas à l'apparence ! (A propos des arrêts de la CJCE du 22 novembre 2001, Sté Cape Snc et Idealservice Srl, aff. C-541/99 et Idealservice MN RE Sas, aff. C-542/99) », Contrats conc. Consom. 2002, chron. 14 ; Contrats conc. Consom. 2002, comm. 18, note G. RAYMOND ; D. aff. 2002, AJ p. 90, obs. C. RONDEY ; D. aff. 2002, somm. p. 2929, obs. J.-P. PIZZIO ; JCP 2002, II, 10047, note G. PAISANT ; RTD civ. 2002, p. 291, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; ibid., p. 397, obs. J. RAYNARD.

Le consommateur ne peut être qu'une personne physique. Dans un arrêt en date du 15 mars 2005¹⁶², la Cour de cassation renonce à l'extension du statut de consommateur aux personnes morales et s'aligne explicitement sur la position prônée par la CJCE, en reconnaissant que le consommateur ne peut être qu'une personne physique.

Cette décision se justifie d'abord par sa mise en conformité avec le droit de l'Union européenne. Surtout cette solution paraît être la seule cohérente au vu de la définition du consommateur, car seule une personne physique peut accomplir un acte de consommation, c'est-à-dire agir dans un but personnel ou familial¹⁶³.

Par ailleurs, parler des acteurs sans dire un mot sur les associations de consommateurs serait ignorer leurs actions en faveur des consommateurs. Sans être elles-mêmes parties à la relation professionnel/consommateur, les associations de consommateurs jouent un rôle non négligeable, et même à de nombreux points de vue, essentiel. À vrai dire, l'organisation des consommateurs est une réalité assez récente même si des revendications, plus ou moins isolées, avaient pu apparaître dès la fin du XVIII^e siècle¹⁶⁴. Il faut attendre la seconde moitié du XX^e siècle pour voir l'apparition de véritables structures ayant pour objet la défense des intérêts des consommateurs.

Les recommandations de la Commission des clauses abusives ne s'imposent pas au juge et elle n'a pas le pouvoir de sanction à l'encontre des assureurs qui ne les respecteraient pas. Un non professionnel ou consommateur ou une association de consommateurs peut intenter des actions auprès des juridictions afin de sanctionner les actes tendant à déséquilibrer la relation contractuelle. Même si certaines clauses ne seront pas jugées abusives par les juges, elles peuvent demeurer inapplicables dans le contrat à cause de leur mauvaise présentation. La portée des clauses abusives sur le contrat d'assurance mérite d'être précisé.

¹⁶² Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, préc.

¹⁶³ J. CALAIS-AULOY, H. Temple, op. cit., n° 10 : « Du fait de cette finalité personnelle ou familiale, le consommateur est nécessairement une personne physique » ; Concurrence Consommation, op. cit., n° 3560.

¹⁶⁴ V. H. DAVO, Y. PICOD, Droit de la consommation, 2^e éd., Sirey, coll. Université, 2010, n° 258, n° 41

TITRE 2

LA PORTEE DES CLAUSES ABUSIVES SUR LE CONTRAT D'ASSURANCE

LES CLAUSES ABUSIVES DANS UN CONTRAT D'ASSURANCE

Soutenu par Edoh Kouami BOGLAH

Septembre 2018

Les recommandations de la Commission des clauses abusives en matière d'assurance permettent au pouvoir réglementaire d'interdire, limiter ou réglementer des clauses qui apparaissent abusives, sur le fondement de l'article L. 212-1 du Code de la consommation. À l'origine, ces recommandations comme la notion de clause abusive, n'intéressaient pas le juge car la loi du 10 janvier 1978 ne lui accordait pas expressément le pouvoir de déclarer une clause abusive sans se fonder sur un décret. Mais il s'est attribué cette faculté, sans que le législateur du 1^{er} février 1995 ne s'y oppose, si bien qu'on doit s'interroger sur la portée jurisprudentielle du droit des clauses abusives¹⁶⁵.

En droit des assurances, le législateur s'est penché sur le caractère abusif de certaines clauses et sur leur identification par la Commission des clauses abusives. Ainsi, les compagnies d'assurances suivent ces recommandations.

La notion de clause abusive est à l'évidence indissociable de celle d'abus qui se définit comme « *l'usage excessif d'une prérogative juridique* »¹⁶⁶ et s'analyse « *comme le franchissement des limites d'un droit* »¹⁶⁷.

L'article L. 212-1 du Code de la consommation a pour vocation de lutter contre les abus de liberté contractuelle, et plus précisément contre les abus de la liberté de fixer le contenu du contrat. Il en résulte que la notion de clause abusive a pour double objet d'encadrer le champ de la liberté contractuelle¹⁶⁸ et de contrôler le contenu contractuel (Chapitre I). Ainsi, le non-respect de ce champ de la liberté contractuelle expose son auteur à des sanctions (Chapitre II).

¹⁶⁵ Laurent VILLEGAS, professeur de Droit et Science Politique d'Aix-Marseille, « Les clauses abusives dans le contrat d'assurance », 1998, Partie II, P.81

¹⁶⁶ V° Abus, in *Vocabulaire juridique*, ss dir. G. CORNU, 9^e éd., PUF, coll. Quadrige Dicos Poche, 2011, sens 1.

¹⁶⁷ J. GHESTIN, « L'abus dans les contrats », *Gaz. Pal.* 1981, 2, doct. p. 379 s.

¹⁶⁸ D. NGUYEN THANH-BOURGEAIS, « Les contrats entre professionnels et consommateurs et la portée de l'ordre public dans les lois Scrivener du 10 janvier 1978 et du 9 juillet 1979 », *D.* 1984, chron. p. 91, qui expose à propos de ces lois : « Laissant de moins en moins de place à la décision des parties, elles réduisent l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle ».

Chapitre I

ENCADREMENT DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE ET CONTROLE DU CONTENU CONTRACTUEL

L'histoire de l'apparition des clauses abusives met en lumière la corrélation qui existe entre elles et la liberté contractuelle ¹⁶⁹. En effet, le développement de la consommation et de la distribution de masse a créé de nouveaux rapports de force inégalitaires entre les professionnels et les consommateurs. Ce mouvement s'est accompagné d'une standardisation des conventions, avec la multiplication des contrats d'adhésion ou des contrats-types, dont la caractéristique commune réside dans le fait que le professionnel détient le pouvoir de les prérédiger, et ce de manière unilatérale. Or, c'est de ce pouvoir de rédaction unilatérale des professionnels, c'est-à-dire de leur liberté de définir le contenu du contrat, que sont nées les premières stipulations abusives ¹⁷⁰.

La notion de clause abusive vise à encadrer la liberté contractuelle puisqu'elle sanctionne les abus du professionnel dans l'exercice de cette prérogative ¹⁷¹. Or pour en abuser, encore faut-il pouvoir en user. Dès lors, la qualification de clause abusive peut valablement prospérer uniquement lorsque la liberté contractuelle est en jeu. Il faut affirmer que la liberté contractuelle est un principe fondamental du droit des contrats mais elle n'est pour autant pas absolue car les parties se doivent de respecter les règles impératives.

Pour être déclarée abusive, une clause doit émaner d'une stipulation contractuelle et revêtir un caractère abusif.

¹⁶⁹ Ce constat n'est pas propre au droit français, v. G. TRUDEL, « Des frontières de la liberté contractuelle », in *Mélanges Louis Baudouin*, ss dir. A. POPOVICI, PU Montréal, 1974, p. 217 s., spéc. p. 219, à propos de la province de Québec au Canada : « L'une de ces causes [des clauses abusives] dans notre province est le Code actuel où la liberté de contracter est affirmée sans autre restriction que l'intérêt public et les bonnes mœurs. Il est clair que le contrat totalement libre, faisant la loi des parties, permet les conventions les moins défendables ».

¹⁷⁰ Dans le même sens, v. C. Pérès-Dourdou, th. préc., n° 553.

¹⁷¹ V° Abus, in *Vocabulaire juridique*, ss dir. G. CORNU, 9^e éd., PUF, coll. *Quadrige Dicos Poche*, 2011, sens 1. ; V. J. GHESTIN, « L'abus dans les contrats », *Gaz. Pal.* 1981, 2, doct. p. 379 s.

La liberté contractuelle confère un triple pouvoir à son titulaire : contracter ou ne pas contracter, choisir librement son contractant, déterminer librement le contenu du contrat¹⁷². La notion de clause abusive permet ainsi de vérifier le bien fondé des obligations auxquelles le non professionnel ou consommateur consent¹⁷³. Ainsi, comme le résume Monsieur Xavier Lagarde, professeur de Droit privé à l'université Paris Ouest Nanterre : « l'abus se définit donc en considération d'un contenu ; c'est une notion de fond. C'est donc en bonne logique le contraire d'une notion de forme »¹⁷⁴. Pour G. PAISANT, la clause abusive affecte le *negotium* du contrat, par opposition à l'*instrumentum*¹⁷⁵.

Il est désormais clair que pour apprécier le caractère abusif de la clause, il est primordial d'analyser le contenu contractuel (section I) tout en prenant compte du sort des clauses de renvoi et d'exclusion de garantie (section II).

Section I : Contrôle du contenu contractuel

Le législateur, dans sa quête d'assurer l'équilibre des relations contractuelles, a érigé dans la théorie générale des obligations sur la base de lésion, par un élargissement du domaine pour y inclure un principe de proportionnalité. Il s'agit des articles 1128 alinéa 3 « *un contenu licite et certain* » et 1171 du Code civil « *déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* ». Il a distingué divers types de contractants. En matière d'assurance, c'est entre

¹⁷² Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 24.

¹⁷³ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000, n° 359 s., spéc. n° 362 ; X. LAGARDE, « Crédit à la consommation : la distinction entre clause abusive et irrégularité formelle », *D.* 2005, p. 2222 ; X. LAGARDE, « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Étude pratique », art. préc. : « Il n'y a de clause abusive qu'en l'état d'un contenu contractuel déséquilibré » ; P. LOKIEC, « Clauses abusives et crédit à la consommation », *RD banc. et fin.* mai-juin 2004, n° 3, p. 221, spéc. n° 6 ; J. ROCHFELD, art. préc., spéc. p. 985, qui estime que le contrôle instauré à l'article L. 132-1 du Code de la consommation « est conçu comme celui du contenu du contrat, interventionniste et offensif, fondé sur l'idée que le consommateur seul n'est pas apte à se défendre et peut être assisté par le juge dans la protection de ses intérêts ».

¹⁷⁴ X. LAGARDE, « Crédit à la consommation : la distinction entre clause abusive et irrégularité formelle », note préc. et « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Étude pratique », art. préc..

¹⁷⁵ G. Paisant, « A propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses abusives en France », art. préc., n° 9.

professionnel et consommateur. Ainsi, il sanctionne toute clause créant « un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »

Le mécanisme des clauses abusives de l'article L. 212-1 chargé de lutter contre les abus dans le contenu contractuel, le Code de la consommation comporte aussi des dispositions relatives à « l'interprétation et la forme des contrats »¹⁷⁶ conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, notamment l'article L. 211-1 du Code de la consommation : *« 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. Les dispositions du présent alinéa ne sont toutefois pas applicables aux procédures engagées sur le fondement de l'article L. 621-8. Un décret en Conseil d'Etat précise, en vue d'assurer l'information du consommateur, les modalités de présentation des contrats mentionnés au premier alinéa ».*

C'est le *negocium* qui pose problème en matière des clauses abusives comme l'a si bien affirmé G. PAISANT, ce n'est ni sur l'objet, ni sur la forme du contrat.

Pourtant, en pratique, la distinction entre les questions de contenu et de forme contractuels est loin d'être aussi claire, car des clauses formellement mal présentées ou rédigées sont souvent qualifiées d'abusives. Il faut donc se demander tour à tour si la présentation d'une clause ou sa rédaction peut induire, à elle seule, son caractère abusif (paragraphe 1). Notons par ailleurs, l'incidence qu'a eu la réforme du droit des contrats sur le contrat d'assurance (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La présentation des clauses et leur caractère abusif

L'article L. 211-1 du Code de la consommation exige une présentation claire du contenu contractuel ou des clauses contractuelles. Cette exigence s'explique par le fait qu'en droit de la consommation, c'est le professionnel qui est le maître de la présentation formelle du contrat, étant entendu qu'il en est le plus souvent le rédacteur ou qu'il en utilise des modèles prérédigés. Les moins vertueux en profitent pour piéger le non professionnel ou consommateur en essayant de lui « cacher » certaines clauses et en faisant tout pour ne pas attirer son attention sur celles-

¹⁷⁶ C'est l'intitulé du Chapitre III du Titre III « Conditions générales des contrats » du Livre I^{er} « Information des consommateurs et formation des contrats » du Code de la consommation.

ci. Ce qui est à craindre, c'est que les professionnels entendent les opposer à leurs cocontractants alors qu'ils n'en ont pas eu connaissance. Cela peut se manifester de différentes manières.

S'agissant des clauses figurant sur le document contractuel principal, celui signé par les parties : des stipulations soit en raison de leur illisibilité¹⁷⁷ (par exemple, due à la petitesse de leurs caractères), soit à cause de leur emplacement dans la convention¹⁷⁸ (par exemple, une clause figurant au verso alors que la signature doit être apposée au recto ou celle noyée dans le corps du contrat).

En revanche, les clauses ne figurant pas sur le document contractuel principal, le défaut de présentation peut aussi résulter du fait que les stipulations qui sont censées lier l'assuré figurent sur des documents annexes à celui qui est signé par lui. Plusieurs séries de cas sont envisageables à cet égard.

Par ailleurs, il y a aussi des clauses de consentement intégral et clauses de renvoi. Les premières constatent l'adhésion du signataire à toutes les clauses du contrat signé, tandis que les clauses de renvoi sont celles auxquelles le signataire du contrat adhère aux stipulations reproduites sur des documents annexes (brochures, conditions générales), et ce, même si le professionnel n'a pas donné à son cocontractant les moyens d'en prendre véritablement connaissance, en ne les mettant pas spontanément à sa disposition ou en prévoyant leur remise ultérieurement à la signature¹⁷⁹.

Les clauses formellement mal présentées ne sont pas sanctionnées de la même manière. En effet, concernant les clauses mal présentées figurant sur le document contractuel, la jurisprudence les qualifie directement d'abusives, mais la Commission des clauses à travers son pouvoir de recommandations a juste dénoncé. C'est ainsi, que dès la recommandation n° 82-01 relative aux contrats proposés par les transporteurs terrestres de marchandises et les commissionnaires de transport¹⁸⁰, elle recommande : « A. - 2° que les conditions générales

¹⁷⁷ Dans le même sens, v. Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 122; A. KARIMI, th. préc, n° 390.

¹⁷⁸ Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 122; A. KARIMI, th. préc, n° 391.

¹⁷⁹ Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 122; A. KARIMI, th. préc, n° 398.

¹⁸⁰ Recomm. n° 82-01, BOCC 27/03/1982.

susceptibles d'être opposées à l'expéditeur ou au destinataire soient intégralement, lisiblement et clairement reproduites sur le document qui leur est respectivement remis avant la conclusion du contrat ; 3° que, lors de la conclusion du contrat, la signature des contractants soit apposée au bas des conditions générales ».

Comme on le voit, elle a même fait preuve d'innovation dans ce domaine, en adoptant des recommandations positives¹⁸¹ qui suggéraient des modifications dans la présentation formelle de certains documents contractuels, par exemple, qu'ils soient imprimés avec des caractères dont la hauteur ne soit pas inférieure au corps 8 ou qu'ils soient signés en bas de chaque page comportant des obligations pour le consommateur.

Dernièrement, la Commission a néanmoins abandonné les recommandations positives en la matière (depuis la recommandation n° 2002-02), et se contente de relever les défauts de forme dans les considérants introductifs des recommandations : « *Considérant [...] que la Commission déplore également que, lorsqu'un document contractuel est effectivement remis au non professionnel ou au consommateur, celui-ci manque parfois de lisibilité contrairement aux exigences de l'article L. 133-2¹⁸² du Code de la consommation* »¹⁸³.

Les clauses mal présentées figurant dans le document contractuel signé sont donc toujours dénoncées, mais elles ne sont pas considérées comme abusives.

En revanche la jurisprudence, quant à elle n'hésite pas à déclarer ces clauses d'abusives. Alors que les juges du fond étaient déjà favorables au fait de déduire le caractère abusif d'une clause du vice tenant à sa présentation formelle¹⁸⁴, la Cour de cassation s'est prononcée clairement en faveur de cette solution. En effet, dans un arrêt en date du 14 novembre 2006¹⁸⁵,

¹⁸¹ Sur cette notion, v. G. PAISANT, « A propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses abusives en France », art. préc., n° 8 : la recommandation positive « vise à l'insertion de nouveaux éléments dans les modèles de contrats », contrairement à la recommandation négative qui « se limite à préconiser l'élimination des clauses qui selon l'appréciation de la Commission présentent un caractère abusif » ; J. GHESTIN, « Les recommandations de la Commission », Rev. conc. consom. 1998, n° 105, La protection du consommateur contre les clauses abusives, p. 14, spéc. p. 17 s..

¹⁸² Désormais art. L. 211-1 C. consom.

¹⁸³ Recomm. n° 10-01, BOCCRF 25/05/2010. V. également Recomm. n° 10-02, BOCCRF 25/06/2010 ; Recomm. n° 11-01, BOCCRF 26/04/2012.

¹⁸⁴ TI Vienne, 14 mars 2003, Contrats, conc. consom. 2003, comm. 118, note G. RAYMOND, selon lequel sont abusives deux clauses d'un contrat de crédit à la consommation, notamment en raison des défauts dans leur présentation formelle, à savoir la petitesse des caractères et le fait qu'une clause soit portée au verso du contrat.

¹⁸⁵ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, 04-17.578, Bull. civ. n° 489, G. RAYMOND, « Les clauses abusives dans les contrats de vente de véhicules automobiles – Analyse sommaire des arrêts du 14 novembre 2006 », Contrats, conc. consom. 2007, ét. 2, p. 5, D. 2006, AJ p. 2980, obs. C. RONDEY ; JCP G 2007, II, 10056, G. PAISANT ; RLDC 2007, n° 35, p. 12, obs. S. DOIREAU ; RLDC 2007/36, p. 6, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; RDC 2007, p. 337, note D. FENOUILLET ; RTD com. 2007, p. 437, obs. B. BOULOC.

la première chambre civile n'hésite pas à affirmer : « *Mais attendu que, ayant souverainement estimé que, par comparaison avec les rubriques précédentes et non par rapport aux conditions générales et particulières figurant au verso, la clause litigieuse était rédigée en petits caractères dont la taille était inférieure à celle des autres clauses voisines et, dès lors, n'avait pu attirer l'attention du client, la cour d'appel, qui a ainsi mis en évidence que cette clause ne répondait pas aux exigences de l'article L. 133-2, alinéa 1, du Code de la consommation, en a, à bon droit, ordonné la suppression, comme étant abusive* ».

Il est évident que le défaut de présentation d'une clause contractuelle signé implique directement son caractère abusif.

Pour les clauses ne figurant pas sur le document contractuel principal, les mentions qui constatent l'adhésion à toutes les clauses du contrat signé sont parfois considérées comme abusives ou non. En effet, la Commission des clauses abusives dénonce ces clauses. Elle recommande que « soient présumées abusives » les clauses qui ont pour objet ou effet de : « *1° constater l'adhésion du non professionnel ou consommateur à des stipulations contractuelles dont il n'a pas eu une connaissance effective au moment de la formation du contrat, soit en raison de la présentation matérielle des documents contractuels, notamment de leur caractère illisible ou incompréhensible [...]* ».

La Commission semble très attachée à cette solution comme en atteste l'avis qu'elle a donné en 2008 sur le projet de décret portant application de l'article L. 132-1 (désormais art. L. 212-1) du Code de la consommation¹⁸⁶. Elle a proposé de considérer comme abusives les stipulations visant à : « Constaté l'adhésion du non professionnel ou du consommateur à des clauses [...] dont il n'a pas eu l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat ».

La question du sort des clauses de consentement intégral a été peu abordée en jurisprudence. Un arrêt de la cour d'appel de Rennes en date du 14 octobre 2005¹⁸⁷ va toutefois dans le sens de la reconnaissance de leur caractère abusif. En effet, en l'espèce, la cour d'appel

¹⁸⁶ Annexe III, in Rapport d'activité pour l'année 2008, BOCCRF 05/03/09.

¹⁸⁷ CA Rennes, 14 octobre 2005, consultable sur le site Internet de la Commission des clauses abusives, <http://www.clauses-abusives.fr/juris/car051014f.htm>.

affirme que ne sont pas abusives les clauses d'un contrat de crédit à la consommation figurant au verso du contrat de prêt, bien qu'elles n'aient pas été signées par les emprunteurs, car ceux-ci ont pu en prendre effectivement connaissance du fait de la mention, sous leur signature, selon laquelle « ils déclarent accepter l'offre préalable et, après en avoir pris connaissance, adhérer à toutes les conditions figurant au recto et au verso ». *A contrario* si le non professionnel ou le consommateur n'avait pu en prendre connaissance, la clause aurait été abusive.

En définitive, les rédacteurs des contrats d'assurance doivent respecter les dispositions de l'article L 211-1 ; sous peine de se faire sanctionner par le juge, les clauses doivent être claires et compréhensives. Se faisant l'assuré ne peut alléguer l'application de ces dispositions à l'encontre de son assureur.

Cependant, quelle incidence la réforme du droit des contrats a-t-elle sur le contrat d'assurance ?

Paragraphe 2 : Incidence de la réforme du droit des contrats sur le droit des assurances

Le 1er octobre 2016 marque l'entrée en vigueur de la réforme des contrats qui fait suite à une refonte globale du titre III et du livre III du Code civil, consacrée aux sources d'obligations dans tout contrat ou convention en général.

Cette réforme du droit commun des contrats intéresse pourtant l'ensemble des disciplines juridiques, du droit des sociétés au droit du travail, du droit de la concurrence au droit bancaire, du droit des assurances à celui des procédures collectives – sur lesquelles elle ne saurait demeurer sans impact¹⁸⁸.

En principe, c'est le Code civil qui pose les règles générales des obligations auxquelles tous les contrats sont soumis. Cette règle reste valable, y compris pour le contrat d'assurance faisant l'objet de dispositions spéciales, notamment via le Code des assurances qui lui est spécifiquement dédié.

L'article 1105 alinéa 3 du Code civil dispose que « *les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ». On peut constater que cette

¹⁸⁸ La Semaine Juridique, Ed. Générale n°39, 26 septembre 2016, doctrine 1022, Colloques.

précision est une véritable nouveauté sur ce point tant pour la jurisprudence que la doctrine, se référant exclusivement à la règle *Specialia generalibus derogant* (les lois spéciales dérogent aux lois qui ont une portée générale). De fait, le contrat d'assurance restera soumis au droit commun des obligations du Code civil, à partir du moment où les règles spéciales ne sont pas incompatibles.

Les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 demeurent soumis à la loi ancienne (*Ord. n° 2016-131, art. 9, al. 2*). La cession du contrat relève de la loi applicable au jour de la cession. Le renouvellement et la tacite reconduction donnant naissance à un nouveau contrat (*C. civ., art. 1214 ; art. 1215*), les dispositions de l'ordonnance pourraient avoir vocation à s'appliquer aux contrats en cours, renouvelés ou reconduits après le 1^{er} octobre 2016, et ce à partir de cette date ¹⁸⁹.

Pour les contrats d'adhésion et contrats de gré à gré ¹⁹⁰, cette distinction n'est pas nouvelle mais elle est légalisée. Le contrat de gré à gré est défini comme celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties alors que le contrat d'adhésion est défini comme celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par les parties (*C. civ., art. 1110*). Prise à la lettre, cette disposition ferait de tous les contrats d'assurance des contrats d'adhésion, car les conditions générales standard sont toujours rédigées par l'assureur. Pour être réaliste, il ne faut pas s'attacher aux conditions générales mais aux conditions particulières qui renferment l'essentiel du contrat, en distinguant les contrats destinés aux consommateurs, qui sont effectivement des contrats d'adhésion, et ceux délivrés aux professionnels, qui ne le sont pas nécessairement. En effet dans ces contrats les clauses les plus importantes, concernant les garanties, leur étendue, leur montant, les exclusions, sont généralement négociées et figurent non dans les conditions générales mais dans les clauses particulières, spéciales, annexes, intercalaires « courtiers », etc... Auparavant, l'enjeu était limité à l'interprétation du contrat (*C. civ., art. 1190*). Désormais, il s'étend aux clauses abusives

¹⁸⁹ S. GAUDEMET, La clause réputée non écrite, *Economica*, coll. Recherches Juridiques, t. 13, 2006, note (3).

¹⁹⁰ Th. REVET, « La clause légale », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, note (1) ; V. aussi F. CHENEDE, Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil : JCP G 2016, act. 776.

figurant dans les contrats d'adhésion délivrés à des non-consommateurs (*C. civ., art. 1171*). On a voulu en étendre encore le domaine à l'imprévision et à la liberté contractuelle¹⁹¹. Selon Thierry REVET, professeur à l'université Paris1 : l'insertion dans un contrat d'adhésion d'une clause d'acceptation des risques (*C. civ., art. 1195*) entraînerait *ipso facto* un déséquilibre significatif, au sens de l'article 1171 du Code civil. La liberté contractuelle, impliquant la liberté de déterminer le contenu du contrat (*C. civ., art. 1102*), serait limitée aux contrats de gré à gré et ne s'étendrait pas aux contrats d'adhésion.

En principe, le contrat d'assurance prévoit déjà les obligations précontractuelles, donc plus besoin d'en parler.

Pour l'assurance des risques professionnels, ces négociations, entamées avant la conclusion initiale ou le renouvellement du contrat, peuvent durer plusieurs semaines, voire plusieurs mois. Il n'est pas interdit à l'entreprise recherchant une assurance de négocier avec divers assureurs. Si elle laisse traîner les négociations avec l'un pour obtenir des avantages de l'autre, en brandissant le risque de son éviction, alors qu'elle a déjà pris sa décision, sa bonne foi risque d'être remise en cause. La bonne foi de l'assureur pourrait également être mise en cause si à l'occasion des négociations, il introduisait subrepticement des clauses défavorables au preneur dont celui-ci n'aurait pas conscience. Cette situation serait susceptible de relever d'un manquement à l'obligation d'information (*C. civ., art. 1112-1, al. 1er*).¹⁹²

L'obligation de confidentialité s'impose également pendant les négociations. La protection du secret des affaires fait désormais l'objet d'une directive¹⁹³.

L'assureur ou l'intermédiaire peut obtenir des informations confidentielles concernant l'état de santé, les antécédents médicaux, la situation matrimoniale ou financière du demandeur d'assurance, sa situation financière pour l'assurance des pertes d'exploitation, ses secrets de fabrique pour l'assurance de responsabilité civile du fait des produits défectueux, des projets commerciaux, etc. La communication de ces informations à l'assureur en réponse aux questions de celui-ci concernant le risque ne

¹⁹¹ Th. REVET, op. cit. note (1).

¹⁹² La Semaine Juridique, Ed. Générale n° 28 du 11 juillet 2016, doctrine 833, Etude Jean BIGOT

¹⁹³ PE et Cons. UE, dir. 2016/943/UE, 8 juin 2016 : JOUE n° L 157, 15 juin 2016 ; JCP G 2016, act. 746, obs. S. CHILLER.

constitue évidemment pas un manquement à cette obligation imposée par le Code des assurances¹⁹⁴.

Pour le « *déséquilibre significatif* » l'article 1171 prévoit pour les contrats d'adhésion un dispositif déjà prévu par le Code de la consommation¹⁹⁵ et le Code de commerce¹⁹⁶. On a montré que cette disposition n'aura qu'un champ d'application restreint¹⁹⁷ en vertu de la règle rappelée par l'ordonnance (*C. civ., art. 1105, al. 3*) selon laquelle les règles générales qu'elle édicte s'effacent derrière les règles spéciales.

L'ancien article 1964 du Code civil, abrogé par la réforme des contrats, citait le contrat d'assurance en exemple d'un contrat aléatoire. La définition d'un contrat aléatoire demeure inchangée par le nouvel article 1108 alinéa 2 du Code civil, mais ne mentionne plus d'exemples pour ce type de contrat. Malgré cette suppression, il n'en demeure pas moins qu'un aléa reste une condition de validité d'un contrat d'assurance. De plus, la Cour de cassation, de manière constante, juge par nature le contrat d'assurance comme un contrat aléatoire.

Certaines innovations importantes introduites par l'ordonnance dans le Code civil pourraient avoir vocation à s'appliquer au contrat d'assurance pour les questions non régies par le Code des assurances ou d'autres codes (Code de la consommation, Code de commerce) : la bonne foi et la confidentialité lors des négociations, la date et le lieu de conclusion du contrat, les interpellations interrogatoires, la représentation conventionnelle, le contenu certain et licite du contrat, la contrepartie dérisoire ou illusoire, la neutralisation d'une obligation essentielle, les clauses abusives dans les contrats d'adhésion. L'application du déséquilibre significatif serait liée à l'appréciation délicate de la nature du contrat (adhésion ou de gré à gré). L'application de l'imprévision demeure incertaine. À l'heure actuelle, en l'absence de toute jurisprudence, il serait hasardeux de prétendre répondre à toutes ces questions¹⁹⁸.

La réforme du droit des contrats consacre aussi la notion de « déséquilibre significatif ». Pour l'éviter, les clauses contractuelles doivent être rédigées d'une manière

¹⁹⁴ C. assur., art. L. 113-2, 2°.

¹⁹⁵ C. consom. Art. L. 212-1

¹⁹⁶ C. com., art. L. 442-6, I, 2°

¹⁹⁷ M. BEHAR-TOUCHAIS, Le déséquilibre significatif dans le Code civil : JCP G 2016, act. 391, Libres propos.

¹⁹⁸ La Semaine Juridique, Ed. Générale n° 28 du 11 juillet 2016, doctrine 833, Etude Jean BIGOT

claire et compréhensible. Quel est alors le sort des clauses de renvoi et d'exclusion de garantie ?

Section II : La clause de renvoi et les clauses d'exclusion de garantie

La directive n° 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, comporte une annexe qui énumère, à titre indicatif, les stipulations qui peuvent être déclarées abusives ¹⁹⁹. Elle cite, notamment, les clauses qui ont pour objet ou pour effet de « *constater de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat* ». La loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 (JO 2 févr.), a reproduit ce texte, mot pour mot, dans la liste indicative, et non exhaustive, des clauses qu'elle présente comme pouvant être regardées comme abusives ²⁰⁰.

Tandis que l'article L. 113-1 du Code des assurances consacrant une définition des clauses d'exclusion de garantie dispose que : « *Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police.* ». Le but du législateur est que l'assuré sache dans quels cas et sous quelles conditions il est garanti. Les clauses d'exclusion de garantie sont régulièrement confrontées à la sanction jurisprudentielle.

Alors que la clause de renvoi (paragraphe 1) peut être déclarée abusive, les clauses d'exclusion de garantie (paragraphe 2) sont quant à elles admises sous certaines conditions.

¹⁹⁹ Dir. Cons. CEE n° 93/13, 5 avr. 1993, JOCE 21 avr. 1993, n° L 95

²⁰⁰ Sur l'obligation faite aux États membres de transposer l'annexe indicative dans leur droit national, v. TROCHU M., Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, directive n° 93/13 CEE du 5 avril 1993, D. 1993, chr., p. 315.

Paragraphe 1 : La clause de renvoi

Il existe une tendance forte et ancienne consistant à considérer comme abusives les clauses de renvoi, dès lors que le non professionnel ou consommateur n'a pas pu prendre connaissance, avant la conclusion du contrat, des documents annexes auxquels il est renvoyé. On la retrouve aussi bien dans les listes réglementaires de clauses abusives que dans les travaux de la Commission des clauses abusives et en jurisprudence²⁰¹.

La valeur juridique de la clause de renvoi à d'autres documents non signés par celui à qui on les oppose est discutée, surtout lorsque le droit de la consommation est susceptible d'intervenir. À défaut de prohibition légale du procédé de renvoi, on estime que ces documents ont valeur contractuelle à une double condition : que l'on sache qu'ils font partie du contrat et que l'on puisse en prendre connaissance²⁰².

Elles sont très répandues dans les écrits qui ont trait aux contrats d'assurance. La note de couverture renvoie à un modèle type de contrat de l'assureur et parfois à la proposition d'assurance faite par le souscripteur ; les conditions générales, les conditions particulières, les conventions spéciales, les intercalaires se font réciproquement référence, etc.

La validité proprement dite de ce type de clause suppose qu'elle soit intégrée à un document dont l'acceptation ne fait aucun doute et qu'elle y apparaisse nettement²⁰³.

Ce principe résulte clairement de plusieurs arrêts de la Cour de cassation : « *en signant les conditions particulières, qui faisaient référence aux conditions générales, l'assuré a nécessairement accepté la clause de déchéance pour déclaration tardive qui y était stipulée* »²⁰⁴. Très concrètement, ayant signé les conditions particulières et attestant ainsi avoir reçu les conditions générales, il appartient à l'assuré d'en prendre connaissance²⁰⁵. Il n'en reste pas

²⁰¹ Ainsi qu'en doctrine. Il est frappant de constater que la première thèse consacrée aux clauses abusives dénonçait ces pratiques comme des clauses abusives, v. H. BRICKS, Les clauses abusives, LGDJ, 1982, n^{os} 243 s.

²⁰² GHESTIN J., Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, Formation, LGDJ, 1993, n^o 413, p. 371

²⁰³ Le Lamy Assurances, Sommaire général, Partie 1, Titre 2, Sous-titre 2, Chapitre 2 Section 1, Sous-section 2, Paragraphe 3. Documents non signés A. — Clauses de renvoi, Validité 554.

²⁰⁴ Cass. 1^{re} civ., 30 mai 1995, n^o 92-17.566, RGAT 1995, p. 898, note MAYAUX L. ; voir également, Cass. 2^e civ., 22 janv. 2009, n^o 07-19.234, RGDA 2009, p. 112, note ABRAVANEL-JOLLY S. ; Cass. 2^e civ., 3 mars 2011, n^o 10-11.826, RGDA 2011, p. 686, note ABRAVANEL-JOLLY S.

²⁰⁵ Cass. 2^e civ., 5 juill. 2006, n^o 05-19.144, RGDA 2006, p. 917, note ABRAVANEL-JOLLY S.

moins que même avec sa signature apposée sur le document qui contient la clause de renvoi à d'autres écrits, l'assuré peut démontrer qu'en réalité, il n'a pas reçu ceux-ci ²⁰⁶.

À l'inverse, si les documents dont le caractère contractuel n'est pas contesté ne font pas référence, par exemple, à des conditions spéciales pourtant relatives au risque garanti (*conventions spéciales garagiste*), celles-ci ne sont pas applicables ²⁰⁷. La mise en œuvre de cette règle appelle quelques observations.

La clause de renvoi doit être apparente et précise ²⁰⁸. Le juge du fond exerce son pouvoir souverain d'appréciation des preuves qui lui sont soumises en estimant que la connaissance des conditions générales d'un contrat d'assurance de groupe emprunteurs résulte de la mention dactylographiée selon laquelle le signataire déclare avoir pris connaissance des garanties offertes par le contrat. Elle mérite en effet d'être aussi apparente, sinon plus, que les autres clauses, puisqu'elle doit attirer l'attention du lecteur sur le fait qu'en principe le contrat d'assurance comprend les stipulations d'un autre document. Tel est le cas lorsque le renvoi est réalisé au moyen d'un Code qui permet d'identifier sans hésitation le document (numéro des conditions générales, par exemple).

L'efficacité de la clause n'est pas subordonnée à son caractère manuscrit, car elle peut être imprimée ou dactylographiée ²⁰⁹. Bien entendu, l'assureur ne saurait invoquer un document différent de celui auquel la clause renvoie formellement : il faut tenir compte, notamment, du millésime des conditions générales auxquelles se réfèrent les documents contractuels ²¹⁰. En outre, on ne saurait évidemment voir une véritable clause de renvoi dans la mention portée dans la demande d'adhésion selon laquelle l'assuré reconnaît qu'il recevra ultérieurement la confirmation d'adhésion accompagnée des conditions générales ²¹¹.

La clause de renvoi n'est donc pas condamnée en elle-même. Pour obtenir du juge qu'elle soit réputée non écrite, le consommateur ou le non professionnel doit lui-même prouver qu'elle

²⁰⁶ V. Cass. 2^e civ., 5 juill. 2006, n° 05-11.302, RGDA 2006, p. 921, note ABRAVANEL-JOLLY S. : avenant signé de l'assuré, renvoyant aux conditions générales et particulières et aux annexes du contrat d'assurance : ne démontrant pas ne pas avoir été en possession de l'une des annexes, l'assuré est considéré comme ayant bien eu connaissance de l'objet et de l'étendue du contrat d'assurance ; Cass. 2^e civ., 4 déc. 2008, n° 07-19.919, RGDA 2009, p. 107, note ASTEGIANO-LA RIZZA A.).

²⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1998, n° 96-18.707, RGDA 1999, p. 93

²⁰⁸ CA Amiens, 3 juin 1985, RGAT 1986, p. 344, note Bigot J. ; voir par exemple Cass. 2^e civ., 12 mars 2009, n° 08-13.714, RGDA 2009, p. 837, note ASTEGIANO-LA RIZZA A.

²⁰⁹ CA Amiens, 3 juin 1985, précité). De plus, la clause de renvoi est efficace dès qu'elle est inscrite dans le corps du document signé, même si la page qui la contient n'est pas revêtue de la signature (insertion au verso de la page signée, par exemple : CA Paris, 11 déc. 1984, RGAT 1986, p. 346, note BIGOT J.).

²¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1994, n° 92-13.218

²¹¹ Cass. 2^e civ., 25 juin 2009, n° 08-16.206, Resp. civ. et assur. 2009, comm. 307, note GROUDEL H.

répond au critère légal de la clause abusive (clause créant, à son détriment, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat).

Si l'on peut raisonnablement estimer que le juge sera influencé par la liste indicative légale, encore faudra-t-il que la clause de renvoi litigieuse stipule que le consommateur est définitivement réputé avoir accepté le document auquel elle renvoie, alors même que celui-ci n'aurait pas été mis à sa disposition. La suspicion issue de la liste légale devrait tomber dès lors que le consommateur a été mis à même de prendre connaissance de ce document.

En conséquence, la nouvelle loi ne semble pas bouleverser l'actuel régime jurisprudentiel des clauses de renvoi insérées dans les contrats d'assurance. Il n'en reste pas moins que l'on peut s'interroger sur l'exacte portée de la liste indicative légale. À supposer que l'assuré ait eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance du document auquel renvoie la clause, sera-t-il interdit au juge de déclarer que celle-ci est abusive au seul motif que la situation ne correspond pas à celle prévue par cette liste ? Ou pourra-t-il décider qu'en raison de circonstances particulières prouvées par l'assuré, la clause de renvoi est, en l'espèce, abusive au sens de la loi ²¹² ?

La Cour de cassation a tranché dans le sens de la validité de la clause de renvoi – dans une espèce soumise, il est vrai, à la législation antérieure à la loi du 1^{er} février 1995 précitée, mais la solution ne devrait pas être remise en cause par la réforme législative. Elle a clairement affirmé que l'assuré ayant reconnu avoir reçu un exemplaire des conditions générales et du tableau des garanties annexé à celles-ci, le renvoi fait dans les conditions particulières de la police aux conditions générales ne révèle pas un abus de puissance économique et ne lui confère aucun avantage excessif ²¹³.

Mise à part les clauses de renvoi, il y a aussi des clauses d'exclusion de garantie.

²¹² Le Lamy Assurances, Sommaire général, Partie 1, Titre 2, Sous-titre 2, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, Paragraphe 3. Documents non signés A. — Clauses de renvoi, b) *Directive communautaire et loi du 1^{er} février 1995*

²¹³ Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 1996, n° 94-14.918, JCP G 1996, II, n° 22694, Gaz. Pal. 2 et 3 oct. 1996, jur., p. 15, Assur. fr. 1996, Cahiers de jurisprudence n° 57, p. I, Argus, 1996, n° 6479, DJT, p. 7 ; v. FONLLADOSA L., Clause de renvoi et clause abusive, Bulletin d'actualité Lamy Assurances, 1996, H ; Contrats, conc., consom. 1996, comm. n° 113, obs. RAYMOND G.

Paragraphe 2 : Les clauses d'exclusion de garantie

Elles sont définies à l'article L. 113-1 du Code des assurances qui dispose que : « *Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police* ».

La clause d'exclusion est celle qui prive l'assuré du bénéfice de la garantie en considération de circonstances particulières de réalisation du risque ²¹⁴.

Pour être valide, l'exclusion doit être formelle et limitée.

Dans un arrêt du 27 octobre 2016, la Cour de cassation est venue rappeler que ces clauses devaient être formelles et limitées ²¹⁵.

Les clauses d'exclusion sont ainsi prohibées quand elles se réfèrent à des critères imprécis et à des hypothèses non limitativement énumérées. La jurisprudence cherche à sanctionner les clauses trop vagues qui nécessiteraient une interprétation, ce qui empêcherait l'assuré de connaître l'étendue exacte de sa garantie. L'utilisation des termes « *tels que* » ou « *notamment* » est ainsi à éviter si l'assureur souhaite éviter que sa clause soit déclarée illicite. L'objectif de cette exigence de clauses d'exclusions formelles et limitées est que l'exclusion ne vide pas la garantie de sa substance. Cette notion a été utilisée pour la première fois par la Cour de cassation dans un arrêt du 17 février 1987 au terme duquel elle a estimé que les clauses d'exclusions n'étaient ni formelles ni limitées et qu'elles annulaient quasiment toutes les garanties prévues ²¹⁶. Il s'agit aujourd'hui d'une jurisprudence constante.

La sanction est la nullité de la clause, ou plus exactement la nullité des dispositions illicites de la clause, les autres dispositions demeurant valables et opposables à l'assuré ²¹⁷.

²¹⁴ (Cass. 1^{re} civ., 26 nov. 1996, n° 94-16.058 : Bull. civ. I, n° 413 ; Resp. civ. et assur. 1997, chron. 5, H. GROUDEL ; RGDA 1997, p. 132, note J. KULLMANN. – Cass. 2^e civ., 27 avr. 2017, n° 16-14.397 : RGDA juin 2017, p. 378, note L. MAYAUX

²¹⁵ 3^e Civ, 27 octobre 2016, n° 15-23841.

²¹⁶ 1^{re} Civ 17 février 1987, n° 85-15350.

²¹⁷ <https://www.village-justice.com/articles/Les-clauses-exclusion-garantie,23589.html> note de Marine VENIN, Avocat.

Dans l'arrêt du 27 octobre 2016 susvisé, une SCI avait confié des travaux de surélévation d'un immeuble à une entreprise assurée en multirisque professionnelle. Se plaignant de désordres, la SCI avait assigné le constructeur et son assureur aux fins d'indemnisation. En première instance, les juges avaient retenu la garantie de l'assureur, mais la cour d'appel avait estimé que la clause dont se prévalait ce dernier était formelle et limitée si bien qu'il était en droit de s'en prévaloir.

La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel que la clause, qui excluait « *les frais exposés pour le remplacement, la remise en état ou le remboursement des biens que vous avez fournis et/ou pour la reprise des travaux exécutés par vos soins, cause ou origine du dommage, ainsi que les frais de dépose et repose et les dommages immatériels qui en découlent* », était sujette à interprétation, ce qui l'empêchait d'être caractérisée de formelle et limitée.

Les clauses d'exclusion de garantie doivent donc être expresse, claires et précises et ne pas être sujettes à interprétation si l'assureur ne souhaite pas s'exposer à la nullité de la clause et voir ainsi retenue sa garantie. Il importe également de préciser que lesdites clauses doivent être rédigées en caractères très apparents ainsi que l'exige l'article L. 112-4 du Code des assurances.

Dans un arrêt du 6 octobre 2011, la Cour de cassation approuve les juges du fond qui ont refusé de faire application d'une exclusion ne se référant pas à des critères précis d'exclusion limitativement énumérés ²¹⁸. En matière de garantie incapacité-invalidité, la Cour a, par exemple, considéré que la clause excluant les troubles psychiques, « *sans autres précisions* » n'était pas formelle et limitée ²¹⁹. En revanche, elle a jugé formelle et limitée la clause excluant les risques résultant de toute atteinte discale et/ou vertébrale ²²⁰. En matière d'assurance de biens, elle a validé une clause excluant de la garantie les dommages matériels causés par l'assuré à son propre véhicule lorsqu'il est établi qu'il conduisait sous l'emprise d'un état alcoolique ²²¹.

²¹⁸ Cass., civ. 2^e, 6 octobre 2011, n° 10-10001

²¹⁹ Cass., civ. 2^e, 2 avril 2009, n° 08-12.587

²²⁰ Cass., civ. 2^e, 13 janvier 2011, n° 10-11806

²²¹ Cass., civ. 2^e, 7 avril 2011, n° 10-10868

En l'état, la jurisprudence, dans sa majorité, considère que la clause d'exclusion excluant le coût des travaux de reprise des ouvrages ne vide pas la garantie de sa substance si elle a un caractère limité ²²².

En revanche, la jurisprudence se montre plus sévère et invalide la clause excluant le coût de reprise des travaux/de l'ouvrage réalisé par l'assuré ²²³.

Si ces clauses sont déclarées abusives, les auteurs encourent des sanctions.

²²² Cass. 3^e civ., 2 févr. 2017, n° 15-21.063, RGDA 2017, p. 194, note KARILA J.-P. ; CA Paris, pôle 4, 6^e ch., 12 mai 2017, n° RG : 15/16869 ; CA Aix-en-Provence, 3^e ch. B, 8 déc. 2016, n° RG : 14/19874 ; Cass. 3^e civ., 29 sept. 2016, n° 14-16.248 ; Cass. 2^e civ., 19 nov. 2015, n° 14-18.009 ; Cass. 3^e civ., 16 mars 2011, n° 10-14.373, RGDA 2011, p. 688, note MAYAUX L. ; Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1998, n° 96-17.905, Bull. civ. I n° 320, RGDA 1999, p. 139, note d'HAUTEVILLE A. ; Cass. 1^{re} civ., 16 janv. 1996, n° 92-20.433

²²³ Cass. 3^e civ., 5 janv. 2017, n° 15-26.089 ; CA Colmar 2^e ch. A, 2 déc. 2016, n° RG : 14/05562 ; Cass. 3^e civ., 27 oct. 2016, n° 15-23.841, publié au Bulletin, RGDA 2017, p. 57, note LAMBERT S., RD imm. 2016, p. 654, note NOGUERO D., Resp. civ. et assur. 2017, comm. 27, note GROUET H

Chapitre II.

LES SANCTIONS

Depuis l'origine de la réglementation, la lutte contre les clauses abusives passe par leur éradication des contrats de consommation. Pour renforcer le dispositif sanctionnateur, la loi prévoit depuis 2014 une amende administrative dans certains cas.

La jurisprudence admet que les clauses mal présentées soient inopposables au consommateur²²⁴. Cette sanction relève du droit commun, l'article L.212-1 du Code de la consommation ne prévoit pas de sanction spécifique à la violation de l'exigence de présentation claire et précise des stipulations contractuelles.

Cette exigence est posée à l'article L. 211-1 du Code de la consommation qui parle de la rédaction claire et compréhensible des conventions. Il en découle qu'on peut distinguer deux niveaux dans le défaut rédactionnel : soit la clause est si mal rédigée qu'elle en devient totalement impénétrable, soit la clause est compréhensible, mais son sens est obscur ou ambigu²²⁵.

La loi française n'a pas prévu de sanction spécifique applicable aux clauses obscures ou ambiguës (section I). En revanche, les clauses abusives sont frappées par de véritables sanctions judiciaires et administratives : il s'agit de l'action en suppression et sanction administrative (section II).

²²⁴ G. PAISANT, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », art. préc., spéc. n° 40.

²²⁵ A. DURANTON, Cours de droit français suivant le Code civil, t. X, Paris, 1830, n° 516, p. 544 : « Une clause est ambiguë lorsqu'elle présente deux sens distincts et contraires. Elle est obscure lorsqu'elle n'en présente aucun bien déterminément ».

Section I : Le sort des clauses obscures ou ambiguës

La sanction de l'inintelligibilité d'une clause devrait être son inopposabilité au cocontractant. Cette solution se justifie, comme précédemment pour les clauses mal présentées, par le fait que l'existence d'une stipulation incompréhensible soulève un problème de consentement²²⁶. En effet, l'assuré (le non professionnel ou consommateur) n'a pu valablement consentir à une clause qu'il n'a pas pu comprendre²²⁷. De plus, l'inopposabilité semble être la sanction la plus favorable au non professionnel ou consommateur puisqu'elle permet d'éradiquer les stipulations non transparentes, même si elles ne sont pas abusives. C'est la solution préconisée par la commission de refonte du droit de la consommation dans ses différents rapports : « *Les clauses peu lisibles en raison de leur présentation ou incompréhensibles en raison de leur rédaction sont inopposables au consommateur* »²²⁸.

De même, si la Commission des clauses abusives a souvent regretté l'absence de limpidité de certaines clauses contractuelles, ce qui l'a poussée à énoncer des recommandations positives portant sur la rédaction des clauses²²⁹, elle ne les a pour autant jamais déclarées abusives.

Une clause obscure ou ambiguë doit être interprétée en faveur du consommateur selon l'alinéa 2 de l'article L. 211-1 : c'est l'interprétation *in favorem* (paragraphe 1). S'agissant des types de clauses réprimées, la charge de la preuve (paragraphe 2) incombe au professionnel qui devra prouver sa bonne foi.

²²⁶ J. ROCHFELD, art. préc., spéc. p. 985 : « Afin de parvenir à l'obtention d'un consentement éclairé de l'adhérent, la rédaction des clauses doit être "claire et compréhensible" ».

²²⁷ J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », art. préc., spéc. n° 9 : « Il ne peut cependant y avoir de consentement valable lorsque l'acceptation a porté sur un document [...] incompréhensible en raison de sa rédaction ». V. aussi J. CALAIS-AULOY, H. Temple, op. cit., n° 171 ; G. PAISANT, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », art. préc., spéc. n° 39.

²²⁸ Propositions pour un nouveau droit de la consommation, rapport préc., art. 97 ; Propositions pour un Code de la consommation, rapport préc., art. L. 97.

²²⁹ Recomm. n° 85-02, A-1°, BOCC 04/09/1985 ; Recomm. de synthèse n° 91-02, 1°, BOCCRF 06/09/1991.

Paragraphe 1 : L'interprétation in favorem, la solution de principe

Le Code des assurances ne contient pas de dispositions relatives à l'interprétation du contrat d'assurance. Dès lors, les règles de droit commun doivent s'appliquer et parfois, lorsqu'elles sont applicables, les règles spéciales d'interprétation. Tel est le cas des règles édictées par l'article L. 211-1 du Code de la consommation. L'application de ces règles spéciales du droit de la consommation au Code des assurances est désormais bien assise. Affirmée d'abord à propos des contrats d'assurances de groupe²³⁰, la solution a aussi été admise s'agissant des contrats individuels²³¹. Ainsi, les contrats d'assurance, lorsqu'ils sont conclus par un consommateur, doivent en cas de doute, s'interpréter dans le sens le plus favorable au souscripteur consommateur. C'est cette solution que l'arrêt rapporté rappelle et qui ne présente en elle-même que peu d'intérêt du fait de son caractère désormais bien connu, ce qui explique que l'arrêt ne soit pas publié. Toutefois, l'arrêt n'est pas dépourvu de tout intérêt.

Il ne l'est d'abord pas puisque désormais, l'interprétation in favorem en faveur du souscripteur ne doit plus être réservée aux seuls contrats d'assurance ressortissant au domaine consommériste. En effet, l'article 1190 du Code civil dispose que les contrats d'adhésion doivent s'interpréter contre ceux qui les ont proposés. Or, même lorsqu'il est proposé à un professionnel, le contrat d'assurance est dans la plupart des cas un contrat d'adhésion dans sa définition résultant de l'ordonnance du 10 février 2016 ou bien de celle, applicable au 1er octobre prochain, issue de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018. Dans la première définition, le contrat d'adhésion « *est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Dans sa future définition, le contrat d'adhésion est « *celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Quelle que soit la définition applicable, il ne fait pas de doute que le contrat d'assurance est très majoritairement un contrat d'adhésion puisque ses conditions générales ne

²³⁰ Cass. 1^{re} civ., 21 janv. 2003, n° 00-13.342 : JurisData n° 2003-017433 ; Bull. civ. I, n° 19 ; D. 2003, p. 2600, H. CLARET ; RTD civ. 2003, p. 292, J. MESTRE et B. FAGES. – Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2008, n° 05-21.822 : JurisData n° 2008-043970 ; Resp. civ. et assur. 2008, comm. 270, note H. GROUDEL ; RGDA 2008, p. 708, note J. BIGOT.

²³¹ Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 2011, n° 10-23.093 : JurisData n° 2011-025386.

sont jamais l'objet d'une négociation et qu'en tout état de cause, l'assureur impose un ensemble de clauses qui sont, de ce fait, non négociables. Ainsi donc, la solution rappelée par l'arrêt rapportée ne doit plus être considérée comme applicable seulement au contrat d'assurance souscrit par un consommateur, mais à tout contrat d'assurance, sauf à ce qu'il ait fait l'objet d'une négociation globale ²³².

Dans une espèce très récente, un arrêt du 8 mars 2018 de la Cour de cassation va dans le sens de l'interprétation in favorem à l'assuré. Elle affirme : le fait que le projet d'assurance fasse mention d'une garantie des objets de valeur de 10 000 francs (avant indexation) en ne précisant pas s'il s'agissait d'une limitation forfaitaire globale de la garantie ou d'un plafond d'indemnisation par objet, tandis que la proposition d'assurance invitait à contacter directement l'assureur pour le cas où le signataire entendait assurer les objets litigieux « pour une valeur unitaire supérieure à 10 000 F », introduisait un doute justifiant une interprétation dans le sens le plus favorable à l'assuré s'agissant du montant de la garantie souscrite pour les objets de valeur au regard des conditions générales produites ²³³.

Il convient de préciser que l'interprétation relève de la compétence exclusive des juridictions du fond ²³⁴.

Pour éviter ces ambiguïtés, les assureurs doivent donc veiller à la parfaite correspondance des termes et définitions des documents contractuels. Ils pourraient aussi chercher à s'en prémunir en stipulant dans l'*instrumentum* du contrat d'assurance des clauses de priorité, voire d'intégralité afin de créer une hiérarchie entre les documents contractuels ou de restreindre le contenu contractuel au seul cadre de l'écrit qui le renferme. Il reste à s'interroger sur l'efficacité de ces clauses quant à l'interprétation des contrats d'assurance conclus avec des consommateurs. La question est en ce cas de savoir si ces clauses peuvent avoir un effet sur l'interprétation du contrat et ainsi, chasser la règle d'interprétation in favorem posée par l'article L. 211-1 du Code de la consommation ²³⁵.

Cependant, une fois le contenu flou du contrat éclairé, qu'en est-il de la charge de la preuve des clauses types ?

²³² Nicolas LEBLOND, « Interprétation du contrat d'assurance en faveur du souscripteur consommateur », Revue de Droit bancaire et financier n° 3, Mai 2018, comm. 68.

²³³ Cass. 2^e civ., 8 mars 2018, n° 17-10.030 : JurisData n° 2018-003347

²³⁴ Cass. com., 19 janv. 1988 : Bull. civ. IV, n° 45. – Cass. 1^{re} civ., 18 avr. 1989 : Bull. civ. I, n° 157.

²³⁵ V. commentaire de Nicolas LEBLOND, Revue de Droit bancaire et financier n° 3, Mai 2018, comm. 68.

Paragraphe 2 : La charge de la preuve

Le Code des assurances est avare de précisions sur la charge de la preuve. Aussi, en l'absence de mentions expresses, la jurisprudence a recours au droit commun de la preuve, régi par le Code civil.

Conformément à l'article 1315 (désormais art. 1353 alinéa 1) du Code civil, « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* ». Il revient, dès lors à l'assuré de démontrer la survenance du sinistre pour prétendre à une indemnisation ²³⁶.

La preuve est la démonstration de l'existence d'un acte ou d'un fait juridique duquel nait un droit subjectif dont on veut se prévaloir, toute cette démonstration doit se faire dans les conditions admises par la loi. La preuve rapportée doit donc être loyale.

En droit des assurances, c'est à l'assureur qu'il incombe de prouver que le sinistre est survenu dans des circonstances exclusives de garantie ²³⁷. S'il y parvient, il n'est tenu au paiement d'aucune indemnité. L'assuré doit produire la police pour attester de l'existence de la garantie litigieuse ²³⁸. L'existence et le contenu du contrat d'assurance se prouvent par écrit ²³⁹. Ainsi, les modes de preuve peuvent être police d'assurance, note de couverture, attestation d'assurance.

Dans une affaire rendue le 12 mai 2016, la cour de la cassation a renversé la charge de la preuve en déclarant que : Il incombait à la cour d'appel de rechercher d'office si étaient abusives les clauses d'un contrat d'assurance prévoyant que sont exclus de la garantie les dommages occasionnés au véhicule assuré et les dommages corporels, s'il est établi que le

²³⁶ Bernard BEIGNIER, Recteur de l'académie d'Aix-Marseille, Droit des assurances, 2^e éd. Chap. VI, Sect. II, § 1, A, 1., P.527-528.

²³⁷ V. par ex., Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 1997, n° 95-13.928 : Bull. civ. I, n° 112 ; RGDA 1997, p. 737, note MALEVILLE. – Cass. 2^e civ., 2 mars 2017, n° 16-12.966

²³⁸ Cass. 2^e civ., 10 déc. 2015, n° 14-29.428 : RGDA 2016, p. 126, note A. PELISSIER

²³⁹ C. assur., art. L. 112-3. -Cass. 2^e civ., 17 mars 2011, n° 10-16.553 : JurisData n° 2011-003929 ; Resp. civ. et assur. 2011, comm. 235, H. GROUDEL. V. A. PELISSIER, note ss Cass. 2^e civ., 11 déc. 2014, n° 13-25.343 : RGDA févr. 2015, p.94

conducteur se trouvait lors du sinistre sous l'empire d'un état alcoolique, sauf si l'assuré ou ses ayants droit prouvent que l'accident est sans relation avec cet état, alors qu'en vertu du droit commun, il appartiendrait à l'assureur d'établir que l'accident était en relation avec l'état alcoolique du conducteur ²⁴⁰.

Renversant la charge de la preuve, c'est naturellement le risque de la preuve qui serait désormais supporté par l'assuré ou ses ayants droit. De la sorte, à chaque fois que les circonstances exactes de l'accident ne seront pas connues et que l'assuré aura été surpris en état d'ébriété, l'assureur pourra se prévaloir de l'exclusion. La discussion est plus intéressante à l'aune du second moyen. La demanderesse invoque le caractère abusif de ces clauses, et particulièrement l'article 27 de la police, puisque, rappelons-le, le dommage matériel relevait de l'article 19 de cette même police ²⁴¹. Pour la Cour de cassation, le renversement de la charge de la preuve révèle qu'une telle clause confère à l'assureur un avantage très important, voire trop important, ce qui a conduit la Cour à censurer la décision de la cour d'appel d'Amiens ²⁴² qui n'avait pas relevé le caractère abusif de la clause.

La Haute juridiction en profite d'ailleurs pour rappeler l'obligation qui est faite au juge du fond, conformément à la jurisprudence européenne, de relever d'office ce caractère abusif²⁴³. De manière générale, sans d'ailleurs viser le Code de la consommation, la Cour avait déjà eu l'occasion de rappeler qu'il appartenait à l'assureur de démontrer le rôle causal de l'état d'ébriété dans la genèse de l'accident ²⁴⁴.

Les choses sont désormais claires, il appartient à l'assureur, en l'absence de clause relative à la preuve, de démontrer que les conditions de l'exclusion de la garantie sont réunies²⁴⁵.

S'agissant du contentieux du contrat d'assurance, l'action en justice des parties est soumise à de strictes règles de prescription et de compétence : « Toutes les actions dérivant du

²⁴⁰ Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2016, n° 14-24.698, F-P+B, D. c/ Sté Assurance mutuelle des motards : JurisData n° 2016-009098

²⁴¹ Laurent BLOCH, Responsabilité civile et assurances n° 9, Septembre 2016, comm. 263, LexisNexis.

²⁴² CA Amiens, 23 févr. 2012, n° 11/01265

²⁴³ CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, Pannon GSM Zrt. : JurisData n° 2009-007422 ; Procédures 2009, comm. 275, C. NOURISSAT ; JCP G 2009, 336, G. PAISANT ; JCP E 2009, 1970, L. RASCHEL

²⁴⁴ Cass. 2^e civ., 4 déc. 2008, n° 08-11.158 : JurisData n° 2008-046082 ; Resp. civ. et assur. 2009, comm. 66, H. GROUDEL ; Bull. civ. 2008, II, n° 255.

²⁴⁵ Cass. 1^{re} civ., 15 oct. 1980 : Bull. civ. 1980, I, n° 258 ; RDI 1981, p. 523, obs. G. DURRY ; RGAT 1981, p. 51, note BESSON. – Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1980 : Bull. civ. 1980, I, n° 266 ; RDI 1981, p. 523, obs. G. DURRY ; RGAT 1981, p. 51, note BESSON. – Pour une application plus récente : Cass. 2^e civ., 2 juill. 2015, n° 14-15.517 : JurisData n° 2015-016392 ; Resp. civ. et assur. 2015, comm. 298, H. GROUDEL.

contrat d'assurance sont prescrites par deux ans à compter de l'événement qui y donne naissance » (C. assur., art. L. 114-1). L'action en reconnaissance de l'existence d'un contrat d'assurance se prescrit par deux ans à compter de la date mentionnée sur les documents dont se prévaut l'assuré pour établir l'existence de l'accord. Il en va de même de l'action en nullité du contrat. Sont également soumises à la prescription biennale, l'action en règlement de l'indemnité de sinistre intentée par l'assuré ²⁴⁶. L'action directe de la victime en paiement de l'indemnité d'assurance, exercée contre l'assureur du responsable, se prescrit dans le même délai que l'action en responsabilité de la victime contre le responsable ²⁴⁷. Ce délai peut être prorogé : l'action directe peut en effet être exercée tant que l'assureur demeure exposé au recours de son assuré²⁴⁸.

La prescription est portée à 10 ans dans les contrats d'assurance sur la vie lorsque le bénéficiaire est une personne distincte du souscripteur ainsi que dans les contrats d'assurance contre les accidents corporels, lorsque les bénéficiaires sont les ayants droit de l'assuré décédé (C. assur., art. L. 114-1, al. 6)

Le point de départ du délai est fixé au « *jour de l'événement qui donne naissance à l'action* » (C. assur., art. L. 114-1). L'action de l'assuré qui réclame l'exécution de la garantie se prescrit par deux ans à compter du jour où il a eu connaissance de la réalisation du risque de nature à entraîner le jeu de la garantie ²⁴⁹.

Une fois la preuve rapportée, il restera éventuellement l'application de sanctions.

Section II : L'action en suppression et la sanction administrative

L'assureur n'est pas seulement tenu de respecter les règles prescrites par le droit assurantiel. Il est encore soumis à des dispositions propres au droit de la consommation. À ce

²⁴⁶ Maud ASSELAIN, Maître de conférences, université de Bordeaux, Synthèse - Contrat d'assurance, 10 juillet 2018, V, LexisNexis.

²⁴⁷ Cass. 2^e civ., 10 févr. 2011, n° 10-14.148 : JurisData n° 2011-001433.

²⁴⁸ Cass. 2^e civ., 13 sept. 2007, n° 05-21.987 : JurisData n° 2007-037357 ; Resp. civ. et assur. 2007, comm. 368

²⁴⁹ V. par ex. Cass. 2^e civ., 24 mai 2018, n° 17-18.454 : LEDA juill. 2018, note M. ASSELAIN

titre, il lui est défendu d'inscrire des clauses abusives pouvant créer un déséquilibre significatif au détriment de l'assuré consommateur, cela en vertu de l'article L. 132-1²⁵⁰ du Code de la consommation²⁵¹. Les juges apprécient la qualification de la validité de ces types de clause²⁵². Aux termes de l'article L. 241-1 du Code de la consommation : « *Les clauses abusives sont réputées non écrites. Le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans ces clauses. Les dispositions du présent article sont d'ordre public* ».

Etant donné que celles-ci sont réputées non écrites, elles doivent être retranchées du contrat, autrement elles feront l'objet de suppression (paragraphe 1). Pourtant, ce n'est pas l'unique conséquence attachée à la présence d'une clause abusive. Le professionnel (l'assureur) peut en plus subir la sanction administrative (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'action en suppression

Le rééquilibrage du contrat passe par la disparition des clauses abusives. L'élimination de ces clauses par le juge se produit à la suite d'une action en justice initiée soit par un consommateur individuellement, soit par une institution dont une association de consommateurs²⁵³.

En effet, le juge est saisi par le consommateur, soit en demande parce qu'il veut écarter la clause abusive qu'il a détectée, soit en défense à une action du professionnel. Il peut être aussi saisi par les associations de consommateurs déclarées et agréées pour la suppression d'une clause abusive.

L'article L.241-1 du Code de la consommation ajoute enfin une précision importante : la nullité n'est que partielle, c'est-à-dire que la clause réputée non écrite est bien retranchée du contrat, tout en laissant celui-ci subsister. En effet, ainsi qu'il a déjà été fait mention, le consommateur n'a généralement aucun intérêt à demander, et encore moins obtenir la nullité du contrat lui-même. Cette nullité entraînerait en effet une disparition rétroactive de la

²⁵⁰ Désormais art. L. 241-1 C. consom.

²⁵¹ Bernard BEIGNIER, Droit des assurances, 2^e éd., Chap. III, Sect. 3, Paragraphe 2, B, n°290, P.328

²⁵² Cass. Civ. 1^{re}, 10 sept. 2014, n° 12-20931, Resp. civ.et ass.2014, comm. n° 388.

²⁵³ Delphine BAZIN-BEUST, MÉMENTOS LMD, Droit de la consommation, 2^e édition, Partie III, B, 2, Chap.8, 2.,

convention, assortie d'une obligation de restitution de chacune des prestations, conformément au droit commun. Or, il s'agit ici d'être avant tout efficace et de rechercher la sanction la mieux adaptée et, de ce point de vue, la nullité totale du contrat ne présente que peu d'intérêt : certes le professionnel « *perd* » un contrat, mais est-ce bien grave pour lui, compte tenu du nombre élevé de consommateurs, de contractants potentiels ? En revanche, retirer la seule clause abusive du contrat, mais en maintenant la convention elle-même est beaucoup plus efficace : ainsi, le consommateur conserve le bénéfice du contrat, mais expurgé de ses abus, ce qui peut inciter le professionnel à ne pas recommencer.

Le pouvoir du juge réside donc dans un retranchement, une suppression de la clause. Le contrat se maintient pour le reste, mais à condition qu'il puisse survivre sans la clause, ce qui sera la plupart du temps le cas. Cependant, si l'appréciation du caractère abusif de la clause porte, exceptionnellement, sur un élément de validité, comme l'objet ou le prix ²⁵⁴, que se passe-t-il si la clause est réputée non écrite ? Le contrat ne peut alors que disparaître, sauf à considérer que le juge puisse suppléer à la clause défailante. S'agissant du droit français, une telle possibilité semble fort improbable. Quant à la Cour de justice, si elle a pu considérer qu'un droit national pouvait conférer au juge le pouvoir de remédier à la disparition de la clause en lui substituant une disposition à caractère supplétif ²⁵⁵, ce pouvoir ne va tout de même pas jusqu'à permettre la réécriture de la clause ²⁵⁶.

Le système de suppression des clauses abusives, précédemment décrit, pour efficace qu'il soit potentiellement, n'en est pas moins en pratique limité. En effet, deux raisons au moins expliquent la portée toute mesurée des moyens de lutte contre les clauses abusives. La première est d'ordre purement matériel : pour qu'une juridiction déclare ou juge une clause abusive, encore faut-il – et c'est une évidence – qu'elle soit saisie par un consommateur ! Or, toute la difficulté est bien là : le consommateur, la plupart du temps, renoncera à faire un procès, qui peut être long, parfois coûteux et en tout cas toujours une source d'inquiétude importante, pour

²⁵⁴ V. dans ce sens Jérôme JULIEN, Partie II, Titre I, Chap. II, Section III, Paragraphe 1, P. 304-305

²⁵⁵ CJUE, 30avr. 2014, aff.C-26/13, JCP E 2014, 1482, note S. MORACCHINI-ZEIDENBERG.

²⁵⁶ CJUE, 21janv. 2015, aff.C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13 : JCP G 2015, 132, zoom D. BERLIN ; CCC 2015, n°107.

un bénéfice attendu généralement assez faible²⁵⁷. C'est bien là l'une des grandes sources d'ineffectivité de la législation consumériste, dont les dispositions sont pourtant particulièrement protectrices. La question est donc toujours la même : jusqu'où le consommateur est-il prêt à aller ? Bien souvent, pas très loin... La seconde raison est, elle, d'ordre juridique. À supposer même que le consommateur assigne le professionnel et qu'un jugement reconnaisse le caractère abusif de la clause, la décision (réputant ladite clause non écrite) ne vaudra qu'à l'égard de ce consommateur-là, et de ce contrat-là. Par conséquent, si le professionnel a conclu exactement le même contrat avec d'autres consommateurs, il leur appartiendra, à leur tour, de saisir les tribunaux, relativité de l'autorité de chose jugée oblige.

Le législateur, dès 1988, avait prévu que des associations de consommateurs pouvaient demander en justice la suppression de clauses abusives. À la suite de la transposition de la directive CE n° 98/27 du 19 mai 1998, l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 est venue réglementer l'action en cessation d'agissements illicites aux articles L. 621-7 et L. 621-8 du Code de la consommation. L'action en suppression de clause abusive, dont il sera seule question ici, est l'une des formes de l'action en cessation d'agissements illicites, laquelle action connaît elle-même plusieurs formes. L'idée est de permettre, non pas à un consommateur en particulier, mais à une association agréée d'agir²⁵⁸ pour faire cesser ou interdire tout agissement contraire aux dispositions de la directive de 1998. En particulier, l'article L.621-8, dans son second alinéa, prévoit que « *le juge peut à ce titre ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur* ».

L'action en suppression de clause abusive est préventive et générale. Le texte français fut alors remanié à plusieurs reprises, pour aboutir à la présente formulation, qui vise également « les contrats en cours d'exécution »²⁵⁹. Le champ d'application de ces dispositions s'en trouve donc élargi, et leur conférant de la sorte une finalité également curative²⁶⁰.

²⁵⁷ Le consommateur peut également saisir le juge, mais sans soulever le caractère abusif de telle ou telle clause ; à cet égard, la situation s'est considérablement améliorée depuis 2008, avec le pouvoir puis

²⁵⁸ Sur les difficultés liées à l'application de la loi applicable, v. CJUE, 28 juill. 2016, aff. C-191/15

²⁵⁹ V. dans ce sens Jérôme JULIEN, Partie II, Titre I, Chap. II, Section III, paragraphe 3, P. 306-307

²⁶⁰ M. RAZAVI et C. BOUFFIER, l'action en suppression de clauses illicites ou abusives au lendemain de la loi Macron, retour sur le délicat passage d'une action préventive à une action curative, CCC 2016, étude 2.

Outre l'action en suppression, le professionnel peut aussi être sanctionné administrativement.

Paragraphe 2 : La sanction administrative

Le professionnel peut être condamné à payer une amende et indemniser son cocontractant.

Depuis longtemps, il est admis que le fait d'introduire dans un contrat une clause abusive est un comportement répréhensible. Les professionnels ont même fait preuve pendant longtemps d'un certain cynisme en la matière. Si la seule sanction réside dans la suppression de ladite clause, il n'y a aucune raison de ne pas truffer son contrat de clauses abusives, en comptant sur le fait que le consommateur, de bonne foi, exécutera spontanément les stipulations de son contrat. Et s'il les discute, il y a fort à parier qu'il n'agira pas en justice pour faire valoir son droit. Et quand bien même il le ferait, et obtiendrait gain de cause, la clause serait seulement réputée non écrite. En somme, le professionnel n'aurait pas grand-chose à perdre à introduire des clauses abusives dans ses contrats, et sans doute tout à gagner... D'où l'idée de sanctionner véritablement ces comportements. Une première piste de réflexion se situe dans le droit de la responsabilité civile : pourquoi, en effet, ne pas considérer que le fait d'introduire dans une convention une clause abusive est constitutive d'une faute civile, de nature à engager la responsabilité de son auteur ? Une décision pourrait permettre d'aller en ce sens : saisie d'une action en suppression de clause abusive par une association de consommateur, la Cour de cassation sous le visa de l'article 1382 (devenu 1240) du Code civil est venue préciser que « la stipulation de clauses abusives constitue en elle-même une faute de nature à porter atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs »²⁶¹. Même si la jurisprudence ne semble pas avoir fait une grande application de cette idée²⁶², elle pourrait être reprise, notamment à l'occasion

²⁶¹ Cass.1^{re} civ., 1^{re} févr. 2005, n° 02-20.633, D. 2005.487, note C. RONDEY ; JCP G 2005, II, 10057, note G. PAISANT.

²⁶² V., Cependant, Cass. 1^{re} civ., 26 avr. 2017, n° 15-18.970, préc. qui, à l'occasion de l'action intentée par une association de consommateurs, précise que « la stipulation de clauses abusives constituait en elle-même une faute de nature à porter atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs »

d'actions de groupe. Mais c'est surtout le législateur, avec la loi du 17 mars 2014, qui est venu sanctionner ce comportement. Dorénavant, la simple présence d'une clause abusive figurant sur la liste des clauses interdites (la liste noire) est passible d'une amende administrative d'un montant de 3000 € pour une personne physique, et de 15000 € pour une personne morale ²⁶³.

S'agissant de la demande des associations de consommateurs de l'octroi de dommages-intérêts pour réparation, la Cour de cassation a affirmé que « *une association agréée de défense des consommateurs est en droit de demander devant les juridictions civiles la réparation, notamment par l'octroi de dommages-intérêts, de tout préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs* »²⁶⁴, bien qu'aucun texte ne permette explicitement aux associations de solliciter la condamnation du professionnel au paiement de dommages et intérêts en réparation du préjudice collectif subi par les consommateurs.

La lutte contre les clauses abusives constitue une régulation contractuelle fondamentale. Ce qui est impressionnant est que ses mécanismes s'appliquent en droit des assurances.

²⁶³ V. dans ce sens Jérôme JULIEN, Partie II, Titre I, Chap. II, Section III, paragraphe 2, P. 305-306

²⁶⁴ Cass. 1^{re} civ., 5 oct. 1999, n° 97-17559

CONCLUSION

À ce jour, la Cour de cassation a rendu nombre de décisions dans le cadre des clauses abusives.

C'est dire que la protection des consommateurs contre le déséquilibre des droits et obligations des parties est accrue.

La remarque principale est que la Cour de cassation dans ses décisions s'appuie sur le Code de la consommation notamment les articles L.212-1, L. 241-1 pour interpréter et qualifier certaines clauses dans un contrat d'assurance. Tant que le droit spécial qui est le droit des assurances n'aura pas prévu un régime spécial pour la protection des assurés dans le cadre du déséquilibre significatif, le Code de la consommation continuera par s'appliquer. Le code des assurances contient des textes pour la protection des assurés sauf que ce n'est pas dans le cadre des clauses abusives.

La définition du « déséquilibre significatif » est en demi-teinte, car elle dépend étroitement de sa qualité de standard. Cette dernière permet, en effet, d'éclairer sa nature. Le déséquilibre significatif renvoie ainsi, implicitement, à un modèle de conduite qui invite les parties au contrat de consommation à stipuler des clauses « normalement » équilibrées, notamment au regard des règles supplétives. Les cocontractants ont, certes, la possibilité de s'écarter de ce modèle contractuel idéal, mais sans porter atteinte à son essence sous peine d'encourir la sanction de l'article L. 132-1²⁶⁵ du Code de la consommation. Sous cet angle, on constate que la notion de clause abusive contribue à révéler la véritable place et le rôle revisité du droit supplétif en tant que modèle d'équilibre contractuel et d'outil de limitation de la liberté contractuelle²⁶⁶.

Les règles relatives à l'appréciation du caractère abusif ne sont pas toujours satisfaisantes, et sont révélatrices, une nouvelle fois, de l'incurie du législateur moderne. Elles doivent, malgré tout, guider les sources d'appréciation dans leur tâche d'identification du déséquilibre significatif. Ces sources sont au nombre de trois : aux pouvoirs réglementaire (élaboration de

²⁶⁵ Désormais at. L. 212-1 C. consom

²⁶⁶ V. dans ce sens Claire-Marie PEGLION-ZIKA, op. préc., P. 255

listes par voie de décret) et administratif (Commission des clauses abusives), seuls initialement prévus, est venu s'ajouter le pouvoir judiciaire.

Ces trois sources d'appréciation ont chacune leur importance dans l'identification de la notion de clause abusive. Ainsi le pouvoir réglementaire a rattrapé son retard, en adoptant, avec le décret du 18 mars 2009, deux listes, l'une noire, l'autre grise, qui stigmatisent en tout vingt-deux stipulations. De son côté, la Commission des clauses abusives n'a jamais cessé d'œuvrer à la dénonciation des clauses abusives que ce soit par la voie de son rôle consultatif ou par celle de son pouvoir de recommandation. Le pouvoir judiciaire, quant à lui, n'a pas failli à la mission qu'il s'est lui-même assignée. Les jugements et les arrêts du fond sont innombrables en la matière et le travail de la Cour de cassation tout aussi remarquable, avec une centaine de décisions dont la moitié s'attèle à identifier le déséquilibre significatif. Ainsi, les sources d'appréciation ne sont pas concurrentes, mais complémentaires, chacune comblant les lacunes des autres.

Notons que la relation contractuelle met en présence deux catégories de personnes. D'un côté se tient le professionnel, et de l'autre le non professionnel consommateur. En définissant les acteurs du droit de la consommation, on en délimite le champ d'application. Ses destinataires sont les professionnels auxquels il s'impose. Quant à ses bénéficiaires, il s'agit du consommateur et, dans une moindre mesure, du non-professionnel. Aussi surprenant que cela puisse paraître, le Code de la consommation est longtemps resté silencieux à leur égard. La loi de 2014 a défini le consommateur. L'ordonnance du 14 mars 2016 a inséré les définitions du professionnel et du non-professionnel.

Mais, la création d'un article liminaire consacré aux trois acteurs du droit de la consommation ne résout pas toutes les interrogations. La notion de non-professionnel met en lumière une question de politique juridique dont l'enjeu est de savoir quel champ d'application on veut assigner au droit de la consommation. À multiplier les bénéficiaires du droit de la consommation, ne va-t-on pas lui faire perdre sa spécificité ? Ce mouvement d'expansion est perceptible dans la directive 2011/83 (considérant 13) autorisant les États membres à étendre ses dispositions à des « personnes morales qui ne sont pas des consommateurs comme les organisations non gouvernementales, les jeunes entreprises ou les petites et moyennes entreprises ». Mais où devrait-être la place de cette réglementation protectrice : dans le Code de la consommation ou le Code civil ? La question est d'autant plus cruciale que désormais

celui-ci comporte des dispositions sur le déséquilibre significatif, la violence économique ou l'interprétation des contrats sans avoir égard à la qualité du partenaire ²⁶⁷

Les associations de consommateurs de leur côté jouent un rôle considérable dans la défense des intérêts des consommateurs. Le code de la consommation a ouvert plusieurs actions collectives en faveur des consommateurs, dont l'exercice est réservé aux seules associations agréées.

Le lien entre liberté contractuelle et clause abusive nous permet de mieux cerner la notion de clause abusive. Une clause légale, c'est-à-dire conforme à une disposition législative, qu'elle soit impérative ou supplétive, ne peut être qualifiée d'abusive, tandis qu'une clause réglementaire peut l'être, mais uniquement par les juridictions de l'ordre administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir ou d'une question préjudicielle. La fonction du dispositif de lutte contre les clauses abusives est de sanctionner un abus de la liberté contractuelle.

La notion de clause abusive a pour fonction de sanctionner les abus de liberté contractuelle. Il en résulte qu'elle ne peut prospérer qu'à l'encontre des clauses qui sont révélatrices d'un tel abus. Elle est ainsi applicable uniquement aux stipulations qui sont substantiellement et formellement valables parce que licites, bien présentées et bien rédigées. La délimitation de la notion de clause abusive contribue à lui rendre, pour partie, son intégrité originelle et lui fait incontestablement gagner en clarté et en précision²⁶⁸.

²⁶⁷ V. Delphine BAZIN-BEUST, 2^e éd., op. préc. P. 29, 36

²⁶⁸ V. Claire Marie PEGLION-ZIKA, th. Préc. P. 227

BIBLIOGRAPHIE

I – Manuels généraux et spécialisés

- J. JULIEN, Droit de la consommation, LGDJ Lextenso éditions, 2^e édition, 2017.
- S. LE GAC-PECH, Droit de la consommation, Les Mémentos, Dalloz, 1^{re} édition, 2017.
- D. BAZIN-BEUST, Droit de la consommation, Mémentos LMD, Gualino, 2^e édition, 2016.
- B. BEIGNIER, S. BEN HADJ YAHIA, Droit des assurances, LGDJ Lextenso éditions, 2^e édition, 2015.
- S. PIÉDELIÈVRE, Droit de la consommation, Economica, 2^e édition, 2014.
- J. BIGOT, Traité de droit des assurances, le contrat d'assurance, LGDJ, 2^e édition, Tome III, 2014.
- Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit Civil, Les obligations, 11^e édition, Dalloz, collection précis droit privé, 2013.
- J. CALAIS-AULOY, In Liber amicorum, Études de droit de la consommation, Dalloz, 2004.
- G. PAISANT, La lutte contre les clauses abusives des contrats dans l'Union Européenne, dans « Vers un Code européen de la consommation », Bruylant, 1998.
- P. ROUBIER, Théorie générale du droit, Sirey, 2^e édition, 1951.
- A. BESSON, Le contrat d'assurance et le morale, Études offertes à G. Ripert, LGDJ 1950.
- J. CARBONNIER, Les obligations, Tome IV, PUF, 2004.

II – Mémoires et thèses

- L. VILLEGAS, Les clauses abusives dans le contrat d'assurance,
- Claire-Marie PEGLION-ZIKA, La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, dir. Professeur Laurent LEVENEUR, Université Panthéon-Assas (Paris II).

III – Doctrines et revues périodiques

- Dalloz
- G. VINEY, « L'interprétation et l'application du contrat d'assurance par le juge », D. 1994, Chron. P. 301.
- Claire-Marie PEGLION-ZIKA, « les clauses abusives et la recodification du Code de la consommation », D. 2016. 1208.
- F.-X. TESTU, « La transposition en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives (loi n° 95-96 du 1er février 1995), D. aff. 1996, 372, n° 13.
- G. POISSONNIER, D. 2009. 2312.
- G.R AYMOND, D. 2014.1996 Contrat Concurrence Consommation 2015, n° 23.
- J.-P. PIZZIO, D. 2002, p. 2930.

- Revue concurrence consommation
- M. ESPÉRIQUETTE La législation communautaire des contrats conclus avec les consommateurs, Revue conc. consom., nov-déc 1993, n°76, P. 7.

- Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
- Ph. JESTAZ, « Rapport de synthèse » p. 1181 s., in « Les standards dans les divers systèmes juridiques », rev. rech. jur. dr. prosp 1988-4, Cahiers de méthodologie juridique n°3 dossier p. 805 s.

- Revue générale de droit des assurances
- J. KULLMANN, RGDA 2002, p. 361.
- S. YAWAGA, « Les obligations précontractuelles de l'assureur », RGDA 1997, p. 83 et s..
- M. ASSELAIN, « L'acceptation, par l'assureur, de la demande d'adhésion à la police de groupe n'étant pas établie, aucune garantie n'est due », RGDA 2016, p. 355.
- A. PÉLISSIER, « Le contrat d'assurance est parfait dès lors que l'assuré a manifesté son acceptation de l'offre émanant de l'assureur en payant la prime réclamée. La connaissance et l'acceptation des conditions générales et particulières conditionnant leur opposabilité à l'assuré et non la formation du contrat », RGDA juin 2017, p. 358.

- J. BIGOT, RGDA 1996, p. 158.
- ABRAVANEL-JOLLY S., RGDA 2011, p. 686., RGDA 2009, p. 112., RGDA 2006, p. 917.
- Revue trimestrielle de droit
 - J. MESTRE et B. FAGES, le caractère abusif d'une clause ne s'apprécie pas au moment de l'exécution du contrat, mais en fonction des stipulations du contrat au moment de sa conclusion, RTD civ. 2003, p. 90.
 - M. LUBY, RTD civ. 2002, p. 397.
 - J. RAYNARD, RTD com. 2003. 195.
 - B. BOULOC, RTD com. 2007, p. 437.
- La semaine juridique entreprise et affaires
 - M. BEHAR-TOUCHAIS, Le déséquilibre significatif dans le Code civil : JCP G 2016, act. 391, Libres propos.
 - J. BIGOT, La Semaine Juridique Edition Générale n° 28, 11 Juillet 2016, doct. 833, Points 46-47.
 - G. HELLERINGER, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 38, 23 Septembre 2010. 1818.
 - G. PAISANT, JCP G, 2009. 336.
 - G. PAISANT, « Les limites de l'action collective en suppression de clauses abusives », JCP G 2005, II, 10057.
 - L. GRYNBAUM, JCP G, 2008. II. 10034.
 - N. DUPONT, JCP E 2014. 1591.
- LamyLine
 - Marc BRUSCHI, Directeur de l'Institut des Assurances d'Aix-Marseille, Revue Lamy droit des affaires, N° 29, 1er juillet 2008.

IV – Codes utilisés

- Code des assurances
 - Article L. 113-2, 2° du Code des assurances
- Code civil
 - Article 1110 du Code civil
 - Article 1112-1 du Code civil
- Code de commerce
 - Article L. 442-6, I, 2 du Code de commerce

- Code de la consommation
- Article L. 212-1 du Code de la consommation
- Article L. 132-1 du Code de la consommation

V – Jurisprudences utilisées

- Cass. com.
- Cass., avis du 28 nov.2016, n°16-70.009 :D.2016.2516 ; RTD civ. 2017.197
- Cass.1^{re} civ., 3 nov. 2016, n°15-20.621, JCP G 2016, note G. PAISANT.
- Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2006, n°04-16.698, D.2006.2743, note Y. DAGORNE-LABBE ; RCA 2006, n° 216
- CJUE, 16janv. 2014, aff.C-226/12, JCP E 2014, 1177, note S. MORACCHINI-ZEINDENBERG.
- Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2018, n° 16-26.320 : JurisData n° 2018-004269 ; à paraître in Resp. civ. et assur. Juillet 2018
- Cass. 1^{re} civ., 14mai 1991, n° 89-20.999, D. 1991.449, note J.G HESTIN ; RTD civ. 1991.526, obs. J. MESTRE.
- Cass. 1^{er} civ., 12 mai 2016, n° 14-24.698
- Cour d'appel de Besançon, 2ème Chambre civile, Arrêt du 21 mars 2012, Répertoire général n° 11/00456
- Cass. 1^{er} civ., 22 mai 2008, n° 05-21.822
- Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2010, n° 09-12.126
- Cass. 1^{re} civ., 1er févr. 2000, n° 97-16.707 : JurisData n° 2000-000527 ; Resp. civ. et assur. 2000, comm. 138.
- Cass. 1^{re} civ., 7 juill. 1998, n° 96-17.279 : Resp. civ. et assur. 1998, comm. 396
- CJUE, 4 juin 2009, aff.C-243/08.
- Cass. 1^{re} civ., 1^{er} oct. 2014, n° 13-21.801.
- Cass. 1^{re} civ., 26 février 2002.
- Cass. Civ. 2^e, 8 nov. 2007, n° 06-19.765.
- Cass. 2^e civ., 18 avr. 2013, n° 12-15.068.
- Cass. 2^e civ., 19 mai 2016, n° 15-19.122.
- Cass. 3^e civ., 20 avr. 2017, n° 16-10.696.
- Cass. 2^e civ., 7 juill. 2011, n° 10-16.267 : JurisData n° 2011-014609. - Cass. 2e civ., 7 juill. 2011, n° 10-21.719 : JurisData n° 2011-013612 ; Resp. civ. et assur. 2011, comm. 379, H. GROUDEL.
- Cass. Civ. 2^e, 13 oct.2005, LPA, 29 déc. 2005, p. 17 s, note J. -P TRICOIT.
- Cass. 1^{er} civ., 9 févr. 1999, n° 96-18.600, JCP G 1999, IV, n° 1601, D. 1999, I.R., p. 57

LES CLAUSES ABUSIVES DANS UN CONTRAT D'ASSURANCE

Soutenu par Edoh Kouami BOGLAH

Septembre 2018

- Cass. 1^{re} civ., Arrêt n° 516 du 12 mai 2016, n° 14-24.698
- CA Amiens, 23 février 2012, n°11-01.265
- Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2010, n° 09-12.126, P+B+I, G. c/ AGPM Vie : JurisData n° 2010-000757
- Cass. 1^{re} civ., 8 janvier 2009, G. PATETTA
- Civ. 2^e, 30 juin 2011, n° 09-14227 et Civ. 2^e, 6 octobre 2011, n° 10-16.685
- Cass. 1^{re} civ., 16 juin 2016, n° 15-17.369 ; CCC 2016, n° 200, note S. BERNHEIM-DESSVAUX
- CJUE, 30 avr. 2014, aff.C-26/13, JCP E 2014, 1482, note S. MORACCHINI-ZEIDENBERG.
- CJUE, 21 janv. 2015, aff.C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13 : JCP G 2015, 132, zoom D. BERLIN ; CCC 2015, n° 107.

VI – Décrets, Lois et Ordonnances

- La loi n° 95-96 du 1er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats », D. 1995, p. 127 qui écrivait au sujet du déséquilibre significatif qu'« il s'agit de prouver un déséquilibre dérogeant au droit commun
- La loi n° 78-93 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services
- La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 transposant la directive du 25 octobre 2011 sur les droits des consommateurs.
- Directive n° 93/13 CEE du 5 avril 1993

VII – Ressources électroniques

- Déséquilibre, <http://atilf.atilf.fr>
- Disparité, <http://atilf.atilf.fr>
- Disproportion, <http://atilf.atilf.fr>
- <http://www.clauses-abusives.fr/textes-de-referance/#saisines-de-la-commission>
- <http://www.clauses-abusives.fr/textes-de-referance/>
- http://www.clauses-abusives.fr/fiche_pratique/assurances/
- <https://www.economie.gouv.fr/projet-loi-consommation/lutte-contre-clauses-abusives>
- <https://www.index-assurance.fr/dictionnaire/assureur>
- <https://www.index-assurance.fr/dictionnaire/assure>
- <http://www.clauses-abusives.fr/juris/car051014f.htm>.
- <https://www.village-justice.com/articles/Les-clauses-exclusion-garantie,23589.html>

TABLE DES MATIERES

	Page
Remerciements	6
Sommaire	7
Tables des sigles et abréviations	8
INTRODUCTION GENERALE	12
TITRE I. Caractérisation des clauses abusives	18
Chapitre I. Le déséquilibre significatif	21
Section I. La définition du déséquilibre significatif	23
Paragraphe 1. Le déséquilibre significatif, un modèle de conduite	24
Paragraphe 2. Le déséquilibre significatif, une notion indéterminée	28
Section II. L'appréciation du déséquilibre significatif	32
Paragraphe 1. L'appréciation judiciaire	33
Paragraphe 2. Le rôle des autorités administratives	37
Chapitre II. Relation contractuelle	42
Section I. Nécessité d'un contrat	43
Paragraphe 1. La conclusion d'un contrat entre un professionnel et un non professionnel ou Consommateur	45
Paragraphe 2. Contrats à conclure	50
Section II. Les personnes visées	54
Paragraphe 1. Le professionnel	55

Paragraphe 2. Le non professionnel ou consommateur	59
TITRE II. La portée des clauses abusives sur le contrat d'assurance	65
Chapitre I. Encadrement de la liberté contractuelle et contrôle du contenu contractuel	67
Section I. Le contrôle du contenu contractuel	68
Paragraphe 1 : La présentation des clauses et leur caractère abusif	69
Paragraphe 2 : Incidence de la réforme du droit des contrats sur le droit des assurances	73
Section II. Les clauses de renvoi et les clauses d'exclusion de garantie	77
Paragraphe 1 : La clause de renvoi	78
Paragraphe 2. La clause d'exclusion de garantie	81
Chapitre II. Les sanctions	84
Section I. Le sort des clauses obscures ou ambiguës	85
Paragraphe 1. L'interprétation in favorem, la solution de principe	86
Paragraphe 2. La charge de la preuve	88
Section II. L'action en suppression et sanction administrative	90
Paragraphe 1. L'action en suppression	91
Paragraphe 2. La sanction administrative	94
CONCLUSION	98
Bibliographie	99
Table des matières	104