



RAPPORT DE M. ITTAH, CONSEILLER RÉFÉRENDIAIRE

Arrêt n° 1000 du 12 octobre 2023 (FS-B) – Deuxième chambre civile

Pourvoi n° 22-13.759

Décision attaquée : Cour d'appel de Besançon du 26 janvier 2022

**Société Axa France IARD
C/
Société Le Chavot**

RAPPORT AVEC PROPOSITIONS DE « REJET NON SPÉCIALEMENT MOTIVÉ » DES CINQ PREMIÈRES BRANCHES DU MOYEN UNIQUE DU POURVOI

- décision attaquée : arrêt rendu par la cour d'appel de Besançon le 26 janvier 2022,
- déclaration de pourvoi, le 22 mars 2022, pour la société Axa France Iard,
- mémoire ampliatif déposé le 21 juillet 2022, pour la société Axa France Iard, sollicitant la condamnation de la société Le Chavot à lui payer la somme de 4 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile,
- mémoire en défense déposé le 2 février 2023, pour la société Le Chavot, sans demande au titre de l'article 700.

La procédure paraît régulière.

1 - Rappel des faits et de la procédure

La société Le Chavot exploite à [Localité 2] un restaurant.

Dans le cadre de l'exploitation de son fonds de commerce, elle a souscrit, le 16 juillet 2016, un contrat d'assurance multirisque professionnel auprès de la société Axa France IARD (l'assureur).

A la suite d'un arrêté, publié au Journal officiel le 15 mars 2020, portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19, édictant notamment l'interdiction pour les restaurants et débits de boissons d'accueillir du public du 15 mars 2020 au 15 avril 2020, prorogée jusqu'au 2 juin 2020 par décret du 14 avril 2020, et à la suite du décret du 29 octobre 2020 édictant cette même interdiction du 30 octobre 2020 au 19 mai 2021, la société Le Chavot a effectué une déclaration de sinistre au titre des deux périodes de fermeture auprès de l'assureur afin d'être indemnisée de ses pertes d'exploitation.

L'assureur a opposé un refus de garantie, en se référant à une clause d'exclusion des conditions particulières du contrat.

La société Le Chavot a assigné l'assureur devant le tribunal de commerce de Besançon qui, par jugement du 7 juillet 2021, a :

- dit réputée non écrite et inopposable à la société Le Chavot la clause d'exclusion de garantie,
- condamné l'assureur à lui payer, à titre provisionnel, la somme de 30 000 euros à valoir sur son indemnisation définitive, sous astreinte de 200 euros par jour de retard à compter du 15ème jour suivant la signification du jugement dont il s'est réservé la liquidation,
- ordonné une expertise judiciaire pour déterminer les pertes d'exploitation litigieuses,
- sursis à statuer sur l'indemnisation définitive.

L'assureur a interjeté appel de cette décision.

Par arrêt du 26 janvier 2022, la cour d'appel de Besançon a confirmé ¹ le jugement rendu entre les parties le 7 juillet 2021 par le tribunal de commerce de Besançon et, y ajoutant, a dit que l'expert devra répondre à des chefs de mission supplémentaires.²

C'est l'arrêt attaqué.

2 - Analyse succincte du moyen

Dans un moyen unique articulé en sept branches, l'assureur fait grief à l'arrêt de réputer non écrite et inopposable à la société Le Chavot la clause d'exclusion de

¹ Par motifs substitués.

² «calculer, en plus de la perte d'exploitation pendant les deux périodes cumulées , d'une part la perte d'exploitation sur une unique période de trois mois courant à compter du premier jour de la première fermeture, qui a duré moins de trois mois, puis au cours de la fraction de la seconde période s'achevant le jour auquel seront accomplis trois mois complets de fermeture, puis, d'autre part, la perte d'exploitation réalisée pendant la première fermeture, inférieure à trois mois, et pendant les trois premiers mois de la seconde fermeture ; donner son avis sur les coefficients de tendance générale de l'évolution de l'activité et des facteurs externes et internes susceptibles d'être pris en compte pour le calcul de la réduction d'activité imputable à la mesure de fermeture en se fondant notamment sur les recettes encaissées dans les semaines ayant précédé le 15 mars 2020 et le 30 octobre 2020.»

garantie et de le condamner à lui payer la somme de 30 000 euros à titre de provision à valoir sur l'indemnité définitive qui serait évaluée par une expertise judiciaire alors :

«1°/ que l'absence de définition d'un terme scientifique dans un contrat d'assurance ne fait pas présumer que les parties ont contracté en se référant à la définition courante et générale de ce terme ; qu'en l'espèce, AXA invoquait et produisait des définitions et consultations scientifiques selon lesquelles une épidémie peut tout à fait ne toucher qu'un petit nombre de personnes dans un espace donné comme un lieu scolaire, de travail ou de vie et, partant, n'entraîner la fermeture administrative que d'un seul établissement dans un même territoire départemental (ses conclusions p. 37 et ses pièces n° 9 et 10 en appel) ; qu'en énonçant qu'en l'absence de définition du terme « épidémie » dans le contrat d'assurance, les parties doivent être présumées avoir contracté en se référant à la définition courante et générale de ce terme, pour en déduire qu'une épidémie concerne nécessairement un grand nombre d'individus, que l'hypothèse où l'établissement de l'assuré est le seul du département à être fermé pour cause d'épidémie apparaît dès lors de probabilité infinitésimale et que, partant, la clause d'exclusion litigieuse vide de sa substance l'obligation essentielle contractée par l'assuré (arrêt p. 5 §§ 1 et 6 et p. 6 § 2), la cour d'appel a violé l'article 1131 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ;

2°/ qu'à supposer même que les parties doivent être présumées avoir contracté en se référant à la définition courante et générale du terme « épidémie » et que, dans son sens courant et général, ce terme soit défini comme le développement et la propagation rapide d'une maladie contagieuse, le plus souvent d'origine infectieuse, dans une « population », comme l'a retenu la cour d'appel (arrêt p. 4 dernier § et p. 5 §1), cette dernière ne pouvait en déduire qu'une épidémie concerne nécessairement un grand nombre d'individus, que l'hypothèse où l'établissement de l'assuré est le seul du département à être fermé pour cause d'épidémie apparaît dès lors de probabilité infinitésimale et que, partant, la clause d'exclusion litigieuse vide de sa substance l'obligation essentielle contractée par l'assuré, sans répondre aux conclusions (p. 36) par lesquelles l'assureur faisait valoir que le terme « population » ne renvoie pas nécessairement à un grand nombre de personnes ou à une dimension territoriale étendue mais se définit comme un ensemble de personnes constituant, dans un espace donné, une catégorie particulière, de sorte qu'une épidémie peut tout à fait être circonscrite à un lieu unique ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ qu'en affirmant que les parties ne pouvaient s'être référées aux cas particuliers d'épidémie touchant un nombre restreint de personnes, tels les foyers familiaux de botulisme ou les toxi-infections alimentaires collectives décrits dans la littérature médicale produite par l'assureur, qui relevaient de la fermeture pour intoxication et restaient ainsi sans emport sur la portée contractuelle de la fermeture pour épidémie (arrêt p. 5 § 1), sans répondre aux conclusions (p. 54-55) par lesquelles l'exposante faisait valoir que la légionellose est une illustration d'une affection qui n'est ni une intoxication alimentaire, ni une maladie contagieuse, et dont une épidémie peut conduire à la fermeture administrative d'un seul établissement dans un même territoire départemental, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

4°/ que l'objet même d'une clause d'exclusion de garantie étant d'exclure des pertes et dommages de la garantie, le juge ne peut affirmer qu'elle prive de substance la garantie en se bornant à constater qu'elle exclut de la garantie les pertes dont l'assuré demande l'indemnisation ; qu'en l'espèce, en déduisant que la clause d'exclusion litigieuse vidait de sa substance l'obligation essentielle contractée par l'assuré des seules considérations inopérantes tirées de l'absence de garantie d'un sinistre particulier (à savoir, des pertes d'exploitation subies par l'assurée du fait de mesures administratives affectant son établissement en raison de l'épidémie de Covid-19) et de ce qu'AXA n'aurait pas donné d'exemple concret d'une fermeture unique pour cause d'épidémie (arrêt p. 5 § 7), se livrant ainsi à une appréciation in concreto du caractère non limité de l'exclusion, au lieu de l'apprécier in abstracto, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1131 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 ;

5°/ que subsidiairement, il est interdit au juge de dénaturer les documents de la cause ; qu'à l'appui de ses conclusions (p. 46-47 et 54-55), AXA produisait des exemples concrets de fermetures administratives limitées à un seul établissement dans un même territoire départemental en raison d'un « cluster » de l'épidémie de Covid 19, d'une épidémie de grippe aviaire ou d'une épidémie de légionellose (ses pièces n° 16.1 à 16.4.2, 17 et 20.1 à 20.8 en appel) ; qu'en affirmant qu'AXA ne donnait aucun exemple concret d'une fermeture unique pour cause d'épidémie (arrêt p. 5 § 7), la cour d'appel a dénaturé les pièces précitées et ainsi violé le principe susvisé ;

6°/ qu'en déclarant la clause d'exclusion litigieuse non écrite et inopposable à l'assuré sur le fondement de l'ancien article 1131 du code civil (arrêt p. 6 § 2), quand la validité de cette clause était régie par un texte spécial, à savoir l'article L. 113-1 du code des assurances, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article 1131 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 ;

7°/ que la cour d'appel ne pouvait déclarer la clause d'exclusion litigieuse non écrite et inopposable à l'assuré au motif que cette clause viderait de sa substance l'obligation essentielle contractée par l'assuré, qui serait de se garantir contre les pertes d'exploitation causées par une fermeture administrative pour épidémie (arrêt p. 6 § 2), sans vérifier si l'obligation de l'assureur limitée par la clause d'exclusion était essentielle compte tenu des autres risques garantis par celui-ci aux termes du contrat d'assurance ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1131 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Après avoir retenu que la clause d'exclusion de garantie était formelle et limitée, et répondait aux exigences de l'article L. 113-1 du code des assurances, les juges du fond l'invalident néanmoins, sur le fondement de l'article 1131 ancien du code civil, en tant qu'elle contredit l'obligation essentielle souscrite par le débiteur.

La question, nouvelle, que la Cour de cassation aura donc à trancher est la suivante : la validité d'une clause d'exclusion peut-elle s'apprécier sur le fondement d'un texte du droit commun, l'article 1131 du code civil, remplacé par l'article 1170 à effet du 1^{er} octobre 2016 ? Ou bien cette validité doit-elle s'apprécier exclusivement sur le fondement du texte spécial applicable en droit des assurances, l'article L. 113-1 du code des assurances ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1. Observations préalables

Le contrat d'assurance souscrit par la société Le Chavot auprès de l'assureur comporte une garantie *«étendue aux pertes d'exploitation consécutives à la fermeture provisoire totale ou partielle de l'établissement assuré, lorsque les deux conditions suivantes sont réunies : 1. La décision de fermeture a été prise par une autorité administrative compétente, et extérieure à vous-même. 2. La décision de fermeture est la conséquence d'une maladie contagieuse, d'un meurtre, d'un suicide, d'une épidémie ou d'une intoxication »*.

Une clause précisait toutefois que *« sont exclues les pertes d'exploitation, lorsque, à la date de la décision de fermeture, au moins un autre établissement, quelle que soit sa*

nature et son activité, fait l'objet, sur le même territoire départemental que celui de l'établissement assuré, d'une mesure de fermeture administrative, pour une cause identique ».

La cour d'appel a retenu :

- **que la clause d'exclusion est «claire»** en ce qu'elle se «réfère à l'hypothèse, simple et facile à établir, de la fermeture d'un établissement autre que celui de l'assuré pour le même motif, au même moment et dans le même département» (arrêt page 5, §4);
- qu' «en l'espèce, il est constant que d'autres établissements que celui de l'assuré étaient fermés en même temps que lui, pour motif identique et dans le même département, ce qui réunit les conditions d'application de la clause d'exclusion de garantie» (arrêt page 5, § 8) ;
- que la clause d'exclusion de garantie, «en ce qu'elle se réfère à des faits et circonstances définis avec précision, en l'occurrence l'existence simultanée d'un autre établissement fermé pour le même motif dans le département, constitue **une exclusion formelle et limitée** au sens de l'article L. 113-1 du code des assurances. Elle n'encourt donc, à ce titre, ni le réputé non écrit, ni l'inopposabilité.»

On rappellera que par ses arrêts : 2e Civ., 1er décembre 2022, pourvoi n° 21-19.341 ; pourvoi n° 21-19.342 ; pourvoi n° 21-19.343 et pourvoi n° 21-15.392 et, en dernier lieu : 2e Civ., 19 janv. 2023, pourvoi n° 21-21.516 , tous publiés et rendus en formation de section, la deuxième chambre civile a censuré les juges du fond qui avaient considéré que n'était ni formelle, ni limitée, **la même clause d'exclusion du contrat Axa, ici litigieuse.**

En effet, la Cour de cassation a jugé que la clause d'exclusion du contrat Axa, **identique à celle figurant dans le contrat souscrit par la société Le Chavot, demanderesse au pourvoi, était formelle et limitée.**

La deuxième chambre civile est donc parvenue au même constat que celui effectué par la cour d'appel de Besançon, à savoir que la clause d'exclusion de garantie du contrat Axa est formelle et limitée.

Mais la Cour de cassation a retenu des motifs différents, de ceux qu'on peut lire dans l'arrêt attaqué , pour parvenir à une conclusion identique, **sur le caractère formelle et limitée de la clause.**

A cet égard, on rappellera le sommaire, par exemple, de l'arrêt suivant : **2e Civ., 19 janvier 2023, pourvoi n° 21-21.516 :**

«Une clause d'exclusion n'est pas formelle au sens de l'article L. 113-1 du code des assurances lorsqu'elle ne se réfère pas à des critères précis et nécessite interprétation.

S'agissant d'un contrat prévoyant la garantie des pertes d'exploitation en cas de fermeture administrative consécutive à certaines causes qu'il énumère, dont l'épidémie, est formelle la clause qui exclut ces pertes d'exploitation de la garantie, lorsque, à la date de la décision de fermeture, au moins un autre établissement, quelles que soient sa nature et son activité, fait l'objet, sur le même territoire départemental, d'une mesure de fermeture administrative, pour une cause identique.

Une clause d'exclusion n'est pas limitée au sens de l'article L.113-1 du code des assurances lorsqu'elle vide la garantie de sa substance en ce qu'après son application elle ne laisse subsister qu'une garantie dérisoire.

N'a pas pour effet de vider la garantie de sa substance la clause qui exclut de la garantie des pertes d'exploitation consécutives à la fermeture administrative de l'établissement assuré, pour plusieurs causes qu'il énumère, dont l'épidémie, lorsque, à la date de la décision de fermeture, au moins un autre établissement, quelles que soient sa nature et son activité, fait l'objet, sur le même territoire départemental, d'une mesure de fermeture administrative, pour une cause identique à l'une de celles énumérées».

4.2. Sur les propositions de rejet non spécialement motivé (RNSM) : B1 à B5

4.2.1. Sur la première branche du moyen : RNSM

En l'absence de toute définition donnée au terme épidémie, dans le contrat, c'est sans avoir pu violer l'article 1131 du code civil que la cour d'appel s'est référée à la définition commune de ce terme. Et, à rebours de ce qu'affirme l'élément de moyen, l'absence de définition d'un terme scientifique, dans un contrat d'assurance, fait présumer que les parties ont contracté en se référant à la définition courante de ce terme. Comment pourrait-il en aller autrement, d'ailleurs ?

Car lorsqu'on en est réduit à «présumer» le sens que les parties ont bien voulu donner à un terme, dans un contrat, c'est à la définition la plus commune de ce terme qu'il faut se référer, dont on peut présumer, effectivement, qu'elle pouvait faire consensus, entre les parties, à tel point qu'ils n'ont pas cru utile de la définir.

A l'inverse, un accord sur un sens technique, restreint, scientifique, autre que d'usage commun, entraînera la stipulation d'une définition précise, dans le contrat, pour marquer l'accord des parties sur une définition qui ne sera pas celle de l'homme de la rue.

Ainsi, l'absence de définition fait donc bien présumer l'accord des parties sur le sens le plus commun du terme qu'ils n'ont pas autrement défini.

IL EST PAR CONSÉQUENT PROPOSÉ D'ÉCARTER LA CRITIQUE DE LA PREMIÈRE BRANCHE DU MOYEN, QUI N'EST MANIFESTEMENT PAS DE NATURE A ENTRAÎNER LA CASSATION, PAR UNE DÉCISION DE REJET NON SPÉCIALEMENT MOTIVÉE.

4.2.2. Sur la deuxième branche du moyen : RNSM

L'élément de moyen manque en fait dans le défaut de réponse à conclusion qu'il allègue, en ce que la cour d'appel n'aurait pas répondu aux conclusions qui indiquaient qu'une «population» ne renvoyait pas nécessairement à un grand nombre de personnes.

Tout d'abord, la cour d'appel ne s'est pas attachée à définir le terme de «population», **mais celui d'épidémie.**

Et, en l'absence de définition, dans le contrat, aussi bien du mot épidémie que du mot population, d'ailleurs, la cour d'appel a retenu qu'il fallait se référer aux définitions communes du mot épidémie, figurant dans les dictionnaires les plus notoires (cf. B1).

C'est ainsi que la cour d'appel a repris, comme définition courante du mot épidémie : *«l'apparition et la propagation d'une maladie contagieuse qui atteint en même temps, dans une région donnée, **un grand nombre d'individus**.»*

En statuant ainsi, la cour d'appel a répondu aux écritures prétendument délaissées, et a écarté la définition que l'assureur proposait du mot population afin de réduire la portée du mot épidémie.

L'élément de moyen est d'autant plus mal fondé que la cour d'appel a ajouté : *«Le contrat ne prévoyant pas d'autre définition, et n'en donnant aucune, les parties doivent être présumées avoir contracté en se référant à la définition courante et générale de l'épidémie. **Elles ne peuvent s'être référées aux cas particuliers d'épidémie touchant un nombre restreint de personnes**, tels les foyers familiaux de botulisme ou les toxi-infections alimentaires collectives décrits dans la littérature médicale produite par l'appelante, ces cas, au regard des causes de fermetures administrative énumérées au contrat, relevant de la fermeture pour intoxication et restant ainsi sans emport sur la portée contractuelle de la fermeture pour épidémie.»*

En statuant en ces termes, la cour d'appel a amplement répondu aux écritures.

IL EST PAR CONSÉQUENT PROPOSÉ D'ÉCARTER LA CRITIQUE DE LA DEUXIÈME BRANCHE DU MOYEN, QUI N'EST MANIFESTEMENT PAS DE NATURE A ENTRAÎNER LA CASSATION, PAR UNE DÉCISION DE REJET NON SPÉCIALEMENT MOTIVÉE.

4.2.3. Sur la troisième branche du moyen : RNSM

La critique manque en fait.

La cour d'appel a répondu aux conclusions prétendument délaissées en ce qu'elle a retenu qu'en l'absence de définition de l'épidémie, dans le contrat d'assurance, il fallait se référer à la définition usuelle de ce terme, renvoyant à la «**maladie contagieuse**».

Dès lors, elle n'avait pas à répondre autrement qu'elle l'avait déjà fait (cf. B1 et B2) au moyen de l'assureur qui soutenait que la légionellose était l'illustration d'une «épidémie» définie autrement que dans son sens commun, puisque ne constituant pas une maladie contagieuse.

IL EST PAR CONSÉQUENT PROPOSÉ D'ÉCARTER LA CRITIQUE DE LA TROISIÈME BRANCHE DU MOYEN, QUI N'EST MANIFESTEMENT PAS DE NATURE A ENTRAÎNER LA CASSATION, PAR UNE DÉCISION DE REJET NON SPÉCIALEMENT MOTIVÉE.

4.2.4. Sur la quatrième branche du moyen

Cette branche manque en fait et est, surtout, inopérante.

L'élément de moyen reproche à la cour d'appel de s'être livrée à une appréciation *in concreto*, au lieu d' *in abstracto*, du caractère «*non limité*» de l'exclusion.

Cependant, la cour d'appel ayant retenu que la clause d'exclusion était, en l'occurrence, formelle «*et limitée*», l'élément de moyen est inopérant, et ne se comprend pas, puisqu'il est sans objet.

IL EST PAR CONSÉQUENT PROPOSÉ D'ÉCARTER LA CRITIQUE DE LA QUATRIÈME BRANCHE DU MOYEN, QUI N'EST MANIFESTEMENT PAS DE NATURE A ENTRAÎNER LA CASSATION, PAR UNE DÉCISION DE REJET NON SPÉCIALEMENT MOTIVÉE.

4.2.5. Sur la cinquième branche du moyen : RNSM

L'élément de moyen manque en fait.

L'assureur avait produit (cf. les productions du MA) :

- un arrêté du préfet d'Ile-et-Vilaine du 20 janvier 2021 portant fermeture temporaire d'une école, en raison de cas positifs à la **Covid-19**, suivi d'un article du journal Ouest France, qui indique que «*c'est le seul établissement du département dans cette situation*» puis, plus loin, «*que c'est la première fois qu'une école privée doit faire face à une mesure de ce type*» et que «*selon la direction diocésaine de l'enseignement catholique : «aucun autre établissement du département n'est concerné par une fermeture totale, à ce jour».*»,
- un arrêté de la préfète de l'Aveyron du 13 septembre 2020, portant fermeture d'un abattoir, au motif que plusieurs cas de **Sars-Cov-2** ont été détectés au sein du personnel,
- un arrêté du maire d'[Localité 13] du 25 janvier 2019 qui a fermé l'école communale pour éviter la propagation d'un **virus grippal**,
- un arrêté du 10 juin 2021 de la Préfète du Bas-Rhin portant fermeture administrative temporaire de la Haute école des arts du Rhin en raison du **SARS-Cov-2** et un arrêté ³ du 15 juin 2021 prolongeant cette fermeture,
- un arrêté de la préfète de la Haute-Vienne du 9 décembre 2015 portant déclaration d'infection au titre de l'influenza aviaire hautement pathogène, visant l'exploitation d'un M. D., sise à [Localité 10]
- un arrêté de la préfète de l'Aveyron du 13 septembre 2020, portant fermeture d'un abattoir, au motif que plusieurs cas de Sars-Cov-2 ont été détectés au sein du personnel,
- un article sur un foyer de légionellose dans un hôtel à [Localité 8], en Géorgie, aux Etats Unis,
- un article de presse publié le 27 octobre 2019 relatif à fermeture provisoire des Thermes de [Localité 21] à la suite du décès d'une patiente atteinte de légionellose,
- un article de presse publié le 1^{er} octobre 2004 relatif à la fermeture de l'internat d'un lycée de [Localité 5] (94) à la suite d'une suspicion de légionellose,
- un article de presse non daté faisant état de la fermeture administrative des Thermes de [Localité 16] après que des analyses conduites en juillet 2013 aient démontré la présence de légionellose,

³ Les six pièces soulignées qui figurent dans la production n°8 concernent, seules, des maladies contagieuses pouvant toucher un grand nombre d'individus. Les pièces énumérées ensuite ne se rattachent pas à des maladies contagieuses.

- un article de presse publié le 7 octobre 2003 faisant état d'un arrêté municipal de fermeture d'installations sportives, à [Localité 3] (93), après la détection de bactéries liées à la légionellose ;
- un article de presse publié le 14 juillet 2012 rendant compte de deux cas mortels de légionellose dans la région de [Localité 11],
- un article de presse publié le 4 septembre 2015 rendant compte de la fermeture du restaurant d'entreprise de Radio France à cause de la présence de légionelles.

Les articles relatifs à des événements intervenus aux Etats-Unis et en Espagne étaient inopérants pour rapporter la preuve qu'il était possible qu'une épidémie ne touche pas plus d'un établissement **par département**, dès lors que le «département» est une spécificité française et que les Etats-Unis et l'Espagne n'en comportent pas.

Les arrêtés visant le Sars-Cov-2 ne permettent pas, à eux seuls, de s'assurer que seuls ces établissements étaient, dans le département, concernés par une décision de fermeture administrative en raison de l'épidémie de Covid-19.

Quant à l'article de presse accompagnant le premier document cité ci-dessus, il comporte une ambiguïté en ce qu'il ne permet pas de savoir si l'unicité de la fermeture concerne les seuls établissements d'enseignement catholique ou bien tous les établissements scolaires.

En outre, l'article ne traite pas d'éventuels établissements d'une autre nature et ayant une autre activité, susceptibles d'avoir été concernés par une décision administrative de fermeture.

Les autres arrêtés et articles de presse précités, ne permettent pas davantage, à eux seuls, de s'assurer que les établissements qui y sont mentionnés étaient, pour un même département, les seuls concernés par une décision de fermeture ayant une cause identique.

C'est, dès lors, par une interprétation souveraine, exclusive de dénaturation, que l'ambiguïté des pièces précitées rendait nécessaire, que la cour d'appel a énoncé que *«symptomatique du caractère improbable de l'hypothèse d'une fermeture unique **en cas d'épidémie** est l'absence d'exemple concret d'une telle fermeture unique, parmi les arguments déployés par l'assureur pour persuader de la consistance de ce risque»* (arrêt page 5, § 7).

De plus, pour toutes les pièces précitées (sauf les six premières, soulignées dans la liste ci-dessus), la motivation précitée ne peut pas donner prise à la critique de dénaturation, car, lorsqu'elle évoque le cas «*d'épidémie*», en page 5 § 7 de l'arrêt, la cour d'appel fait référence à la définition de ce terme qu'elle a retenue, dans le silence du contrat (arrêt pages 4, dernier § et 5, § 1), à savoir : *«une **maladie contagieuse** qui atteint en même temps, dans une région donnée, **un grand nombre d'individus**»,* dès lors que *«le contrat ne prévoyant pas d'autre définition, et n'en donnant aucune, les parties doivent être présumées avoir contracté en se référant à la définition courante et générale de l'épidémie. **Elles ne peuvent s'être référées aux cas particuliers d'épidémie** touchant un **nombre restreint de personnes (...)**»*

La cour d'appel a donc parfaitement analysé les pièces produites par l'assureur, qui correspondaient (sauf les six soulignées visant la Covid 19 et la grippe) à des **«cas particuliers d'épidémie touchant un nombre restreint de personnes»** mais,

précisément, parce qu'il s'agissait de **«cas particuliers»**, qui ne correspondait pas au sens que tout un chacun donne au mot **«épidémie»**, ce n'est pas sur de tels **«cas particuliers»**, qu'en l'absence de définition donnée au mot épidémie, dans le contrat, les parties s'étaient accordées.

IL EST PAR CONSÉQUENT PROPOSÉ D'ÉCARTER LA CRITIQUE DE LA CINQUIÈME BRANCHE DU MOYEN, QUI N'EST MANIFESTEMENT PAS DE NATURE A ENTRAÎNER LA CASSATION, PAR UNE DÉCISION DE REJET NON SPÉCIALEMENT MOTIVÉE.

4.3. Sur les sixième et septième branches du moyen : une clause d'exclusion formelle et limitée qui répond aux exigences de l'article L. 113-1 du code des assurances peut-elle, malgré cela, être invalidée sur le fondement d'un autre texte qui régit le droit commun des obligations, en l'occurrence l'article 1131 du code civil jusqu'au 1^{er} octobre 2016 et l'article 1170 du même code, depuis lors?

C'est la sixième branche du moyen qui invite la Cour de cassation à trancher cette question de principe.

En effet, avec B6, l'assureur reproche à la cour d'appel d'avoir **violé, par fausse application, l'article 1131 du code civil** dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, en tant qu'elle a déclaré la clause d'exclusion litigieuse non écrite et inopposable à l'assuré sur le fondement de l'ancien article 1131 du code civil (arrêt p. 6 § 2), alors que la validité de cette clause était régie par un texte spécial, à savoir l'article L.113-1 du code des assurances.

La problématique posée par cette branche sera examinée dans le 4.3.2. du rapport.

Mais préalablement, dans un 4.3.1., on pourra observer qu'avec une motivation, sur le fond, similaire, des cours d'appel différentes ont pu en arriver :

- soit à invalider la clause d'exclusion sur le fondement de l'article L. 113-1 du code des assurances, en tant qu'elle n'aurait pas été «limitée», ce que la Cour de cassation a censuré avec ses arrêts du 1^{er} décembre 2022 (précités),
- soit à retenir que la clause d'exclusion était, certes, **«limitée»**, mais en l'invalidant quand même, pour absence de cause, en tant qu'elle contredirait l'obligation essentielle souscrite par le débiteur (c'est l'arrêt ici attaqué).

Une même clause d'exclusion, jugée, donc, par la Cour de cassation, **limitée** (arrêts du 1^{er} décembre 2022), pourrait-elle, **avec les mêmes motifs que ceux avancés dans les décisions qu'elle a cassées**, être invalidée, sur le fondement de l'article 1131 du code civil, en tant qu'elle viendrait contredire l'obligation **«essentielle»** souscrite par **«le débiteur»** ?

A cela, la septième branche du moyen invite à s'interroger, qui permet d'observer que des motifs identiques à ceux utilisés par la cour d'appel d'Aix-en-Provence pour considérer que la clause d'exclusion n'était pas limitée, sont avancés par la cour d'appel de Besançon pour considérer que la clause d'exclusion emporte contradiction avec l'obligation essentielle souscrite par l'assuré.

L'assureur, avec B7, reproche à la cour d'appel d'avoir privé sa décision de base légale **au regard de l'article 1131 du code civil** dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, en ce qu'elle ne pouvait déclarer la clause d'exclusion litigieuse non écrite et inopposable à l'assuré au motif que **cette clause viderait de sa substance l'obligation essentielle contractée par l'assuré**, qui serait de se garantir contre les pertes d'exploitation causées par une fermeture administrative pour épidémie (arrêt p. 6 § 2), sans avoir vérifié si l'obligation de l'assureur limitée par la clause d'exclusion était essentielle **compte tenu des autres risques garantis par celui-ci** aux termes du contrat d'assurance.

4.3.1. La réponse à B7 postule que la Cour de cassation retienne que la validité d'une clause d'exclusion de garantie s'apprécie bien au regard des textes qui régissent le droit commun des obligations. Et la Cour de cassation pourrait s'interroger alors : une motivation similaire, à celle déjà censurée, en tant qu'elle ne permettait pas de considérer que la clause d'exclusion n'était pas limitée, pourrait-elle permettre de considérer que la même clause d'exclusion contredirait l'obligation essentielle souscrite par l'assuré, dont la cour d'appel de Besançon a considéré qu'elle était la garantie du risque épidémie ?

La Cour de cassation, si elle devait considérer que la validité d'une clause d'exclusion de garantie ne s'apprécie pas exclusivement sur le fondement de l'article L. 113-1 du code des assurances, ce qui est une question de principe (cf. le 4.3.2 ci-après), aurait donc à apprécier, dans ce cas, **si la cour d'appel de Besançon a bien apprécié quelle était la garantie essentielle sur laquelle l'assuré devait pouvoir compter** (*«l'obligation essentielle souscrite par le débiteur»*), et qui se trouverait contredite par la clause d'exclusion de garantie.

L'obligation essentielle à laquelle l'assureur était tenu, vis-à-vis de l'assuré, était-elle la garantie du seul risque épidémie ?

Ou bien cette obligation essentielle n'était-elle pas plutôt la garantie des pertes d'exploitation **pour cause de fermeture administrative**, cette dernière pouvant avoir été induite par **toute la série des différentes causes** figurant dans le contrat d'assurance ?

Et, en définitive, la Cour de cassation n'a-t-elle pas, implicitement mais nécessairement, déjà tranché la question du **niveau** auquel il convient de se placer pour apprécier l'obligation essentielle et sa contradiction éventuelle, lorsqu'il s'est agi d'apprécier si la clause d'exclusion litigieuse était, ou non, limitée.

Car la question de l'exclusion «limitée» rejoint celle de l'absence de cause qui s'induit de la contradiction qu'une clause d'un contrat peut apporter à l'obligation qui y est stipulée. ⁴

On rappellera la teneur de l'arrêt suivant : **2e Civ., 1^{er} décembre 2022, pourvoi n° 21-19.342 (précité) qui, sur le caractère limité de la clause d'exclusion**, a statué en ces termes:

4

En revanche, la question de l'exclusion «formelle», est totalement étrangère à la perte d'intérêt du contrat, pour le créancier d'une certaine obligation, à laquelle son débiteur est tenu.

« (...) Vu l'article L. 113-1 du code des assurances :

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

18. Une clause d'exclusion n'est pas limitée lorsqu'elle vide la garantie de sa substance, en ce qu'après son application elle ne laisse subsister qu'une garantie dérisoire.

19. Pour statuer comme il le fait, l'arrêt retient que les risques épidémiques évoqués par l'assureur, susceptibles de ne toucher qu'un seul établissement au sein d'un département et ainsi mobiliser la garantie, comme la listériose, la salmonellose ou la légionellose, qui ne sont pas des maladies transmissibles interhumaines, à l'inverse de la peste, du choléra, de la variole ou de la Covid-19, n'entrent pas dans le champ de la définition de l'épidémie et que d'autres risques épidémiques comme la fièvre typhoïde et la gastro-entérite constituent des événements garantis, par ailleurs, en cas de fermeture de l'établissement pour cause de maladies contagieuses.

20. Il ajoute que le cas théorique d'un éventuel « cluster » de l'épidémie de Covid-19 isolé et limité à un seul établissement dans un même territoire départemental, évoqué par l'assureur et qui permettrait l'application de la garantie, est purement fictif et n'est pas avéré à ce jour.

21. Il en déduit qu'au regard de l'absence de risque couvert par la garantie des pertes d'exploitation en cas d'épidémie, la clause d'exclusion litigieuse vide de sa substance la garantie souscrite et n'apparaît pas limitée.

22. En statuant ainsi, **alors que la garantie couvrait le risque de pertes d'exploitation consécutives, non à une épidémie, mais à une fermeture administrative ordonnée à la suite d'une maladie contagieuse, d'un meurtre, d'un suicide, d'une épidémie ou d'une intoxication, de sorte que l'exclusion considérée, qui laissait dans le champ de la garantie les pertes d'exploitation consécutives à une fermeture administrative liée à ces autres causes ou survenue dans d'autres circonstances que celles prévues par la clause d'exclusion, n'avait pas pour effet de vider la garantie de sa substance, la cour d'appel a violé le texte susvisé.**»

En l'occurrence, la cour d'appel de Besançon, pour retenir que la même clause d'exclusion contredisait l'obligation essentielle, a considéré que cette obligation essentielle était **la garantie du risque épidémie**.

Mais cette appréciation ne vient-elle pas heurter de front l'analyse conduite par la Cour de cassation qui a considéré que la garantie souscrite se situait à une autre échelle puisqu'il s'agissait de la garantie «des pertes d'exploitation consécutives à une fermeture administrative», cette dernière pouvant être justifiée, certes, par la survenance d'une épidémie, mais pas seulement ?

La cour d'appel de Besançon, en appréciant «l'obligation essentielle» à l'aune de la garantie du seul risque épidémie, n'a-t-elle pas, dès lors, commis, finalement, la même «erreur» que celle commise par la cour d'appel d'Aix-en-Provence, qui a fait l'objet de la censure précédemment rappelée.

On rappellera les motifs de la cour d'appel de Besançon, qui font écho à ceux de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, dont la teneur figure dans l'extrait de l'arrêt 1er décembre 2022, pourvoi n° 21-19.341, précité.

La cour d'appel de Besançon a, ainsi, énoncé, notamment :

«La clause de garantie énonce sans équivoque ni ambiguïté **différentes causes de fermeture, dont** la maladie contagieuse et l'épidémie, la seconde se distinguant de la première par sa dynamique et son ampleur dans la population.

L'épidémie se définit en effet, selon les dictionnaires de référence tels que le Larousse ou le dictionnaire de l'Académie française, comme le développement et la propagation rapide d'une maladie contagieuse, le plus souvent d'origine infectieuse, dans une population, ou encore comme l'apparition et la propagation d'une maladie contagieuse qui atteint en même temps, dans une région donnée, un grand nombre d'individus.

Le contrat ne prévoyant pas d'autre définition, et n'en donnant aucune, les parties doivent être présumées avoir contracté en se référant à la définition courante et générale **de l'épidémie**.

Elles ne peuvent s'être référées aux cas particuliers d'épidémie touchant un nombre restreint de personnes, tels les foyers familiaux de botulisme ou les toxi-infections alimentaires collectives décrits dans la littérature médicale produite par l'appelante, **ces cas, au regard des causes de fermetures administrative énumérées au contrat, relevant de la fermeture pour intoxication et restant ainsi sans emport sur la portée contractuelle de la fermeture pour épidémie**.

Il en résulte que **la clause de garantie, prise isolément, couvre le risque de fermeture administrative décidée pour toute épidémie**, sans distinction selon que l'épidémie est circonscrite à un territoire réduit, voire à un unique établissement, plutôt qu'à des régions ou des pays entiers.

En l'espèce, il est constant que la fermeture de l'établissement a été imposée par l'autorité administrative compétente en raison **d'une épidémie**, celle de la covid-19 répandue dans le monde entier, ce qui correspond aux conditions d'application de la clause de garantie, sauf exclusion. (...)

(L'effet de la clause d'exclusion de garantie) est de restreindre la garantie à l'hypothèse où l'établissement de l'assuré est le seul du département à être fermé **pour cause d'épidémie**.

Une telle hypothèse apparaît de probabilité infinitésimale, la définition précédemment retenue [de l'épidémie] conduisant à considérer **qu'une épidémie concerne un grand nombre d'individus**, de sorte que, si l'autorité administrative estime nécessaire de limiter l'accueil du public, **de nombreux établissements seront nécessairement concernés simultanément dans un même département**.

Symptomatique du caractère improbable de l'hypothèse d'une fermeture unique **en cas d'épidémie** est l'absence d'exemple concret d'une telle fermeture unique, parmi les arguments déployés par la société AXA pour persuader de la consistance de ce risque.

La clause litigieuse [formelle et limitée et qui n'encourt pas de sanction sur le fondement de l'article L. 113-1 du code des assurances] *n'encourt pas davantage de sanction par application de l'article 1170 du code civil dans la rédaction invoquée, suivant laquelle toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite, ce texte entré en vigueur le 1^{er} octobre 2016 étant inapplicable à un contrat signé antérieurement le 23 juin 2016.*⁵

⁵ Cette motivation peut apparaître contestable puisque le contrat, d'une durée d'un an, s'est renouvelé, chaque année, par tacite reconduction. On lit en effet, en page 9/10 des conditions particulières, dernier § : «**Durée du contrat : votre contrat est souscrit pour une durée de 1 an. Il se renouvelle par tacite reconduction à chaque date d'échéance principale dont la prochaine est fixée au 1^{er} novembre 2016.**» Partant, le contrat en cause s'est renouvelé après le 1^{er} octobre 2016, **pour la première fois le 1^{er} novembre 2016**, puis le 1^{er} novembre 2017, le 1^{er} novembre 2018, etc..., ensuite. Partant l'article 1170 du code civil paraissait bien pouvoir s'appliquer au litige, contrairement à ce que la cour d'appel a énoncé. Mais aucun grief n'a été formulé du chef d'une erreur de droit que la cour d'appel aurait commise, sur le fondement textuel retenu, en statuant comme elle l'a fait.

En revanche, il se déduit de l'article 1131 du code civil dans sa rédaction ancienne applicable au contrat, suivant laquelle l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet, qu'est réputée non écrite la clause limitative de réparation, ou de garantie, qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur (en ce sens Cour de cassation, chambre commerciale, 22 octobre 1996, pourvoi n° 93-18.632, dit Chronopost, et Cour de cassation, chambre commerciale, 29 juin 2010, pourvoi n° 09-11.841, dit Faurecia).

*En l'espèce, l'obligation essentielle contractée par l'assuré, qui est de se garantir contre les pertes d'exploitation causées par une fermeture administrative pour épidémie, est contredite par la clause litigieuse laquelle, en réduisant la garantie au cas infinitésimal d'une fermeture administrative **pour épidémie** imposée au seul assuré pour tout le département, la vide concrètement de sa substance.*

Cette clause est en conséquence réputée non écrite et inopposable à l'assuré, ainsi que l'a exactement décidé le premier juge qui sera confirmé de ce chef»

L'élément de moyen demande à la Cour de cassation, en substance, de dire que l'obligation essentielle n'était pas, en l'espèce, la garantie des pertes d'exploitation causées par une fermeture pour épidémie, mais la garantie qui couvrirait le risque de pertes d'exploitation consécutives, non à une épidémie, mais à une fermeture administrative ordonnée à la suite d'une maladie contagieuse, d'un meurtre, d'un suicide, d'une épidémie ou d'une intoxication, l'épidémie n'étant pas la seule cause de fermeture.

Notre chambre pourrait donc s'interroger, si elle applique concurremment le droit commun et le droit des assurances, sur le niveau auquel il convient de se placer pour trouver «l'obligation essentielle» due par l'assureur, s'agissant de la garantie des pertes d'exploitation souscrite, en l'espèce.

> Le MA, sur B7, fait valoir :

- que la cour d'appel ne pouvait invalider la clause d'exclusion litigieuse au motif que cette clause viderait de sa substance l'obligation essentielle contractée par l'assuré, qui serait de se garantir contre les pertes d'exploitation causées par une fermeture administrative pour épidémie, **sans vérifier si l'obligation de l'assureur limitée par la clause d'exclusion était essentielle compte tenu des autres risques garantis par celui-ci** aux termes du contrat d'assurance ;

- que cette carence dans le raisonnement des juges a été dénoncée par le Professeur Mignot : « Comment faut-il apprécier cette jurisprudence défavorable à la clause d'exclusion ? Il faut distinguer le droit commun des contrats du droit spécial des assurances. Sur le terrain du droit commun, il y a déjà beaucoup à dire.

Premièrement, la méthode d'emblée retenue pour interpréter le contrat n'est pas la bonne. [...] Deuxièmement, il faudrait vérifier que l'article 1170 du code civil est bien applicable à la situation et ne pas se contenter de vagues constatations. [...] Il reste à vérifier que l'obligation de l'assureur limitée par la clause d'exclusion est bien essentielle. Pour cela, il faudrait procéder à une analyse globale du contrat d'assurance et regarder tous les risques que l'assureur garantit en les hiérarchisant de façon à séparer les risques garantis essentiels de ceux qui ne le sont pas. La clause d'exclusion ne portera véritablement atteinte à la substance de l'obligation de l'assureur que si elle réduit la garantie des risques essentiels au regard de l'objet du contrat, c'est-à-dire de ceux sans lesquels le contrat d'assurance conclu ne peut produire son résultat fondamental. Si elle réduit la garantie de risques d'importance secondaire, elle ne portera pas atteinte à l'obligation essentielle. Compte tenu du fait que la clause d'exclusion réduit la garantie d'une extension relative aux pertes d'exploitation qui apparaît assez périphérique par rapport au

coeur de la garantie, il est peu probable qu'elle porte atteinte à l'obligation essentielle de l'assureur» (RGDA, novembre 2021)

- que la cour d'appel a donc privé sa décision de base légale au regard de l'ancien article 1131 du code civil.

> Le MD, sur B7, fait valoir :

- que la cour d'appel a constaté que l'assureur s'était engagé à garantir son assuré au titre de la perte d'exploitation en cas d'épidémie conduisant à la fermeture de l'établissement par une autorité administrative et que la clause d'exclusion avait pour effet de vider de sa substance **cette garantie stipulée en cas d'épidémie** puisqu'elle réduisait « la garantie au cas infinitésimal d'une fermeture administrative pour épidémie imposée au seul assuré pour tout le département », ce qui était une hypothèse hautement improbable;

- que clause d'exclusion ne laissait qu'une garantie illusoire et dérisoire **en matière d'épidémie**; ⁶

- que la cour d'appel a, ainsi caractérisé le fait que la clause d'exclusion contredisait l'obligation essentielle de l'assureur **s'agissant de la garantie épidémie**. ⁷

Il reviendra donc à la deuxième chambre civile, si elle admet que la validité d'une clause d'exclusion de garantie s'apprécie également au regard de l'article 1131 du code civil, et pas seulement au regard de l'article L. 113-1 du code des assurances, d'apprécier les mérites du moyen sur ce point.

4.3.2. Sur la question de principe posée exclusivement par la sixième branche du moyen : la cour d'appel était-elle en droit, pour apprécier la validité de la clause d'exclusion de garantie litigieuse, figurant dans un contrat d'assurance, de retenir comme fondement un autre texte que celui qui, régissant spécialement la matière considérée, le droit des assurances, figure à l'article L. 113-1 du code des assurances ?

L'articulation des dispositions de l'article L. 113-1 du code des assurances sur le caractère formel et limité des clauses d'exclusion, avec celles de l'article 1131, du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, et celles de l'article 1170, du même code, dans sa rédaction issue de cette ordonnance, conduit à faire les observations qui suivent. ⁸

⁶ Pour juger la clause limitée, la Cour de cassation a pris en considération la garantie du risque de fermeture administrative, et non pas simplement du risque de fermeture administrative pour cause d'épidémie, qui était l'une des causes, parmi d'autres, de fermeture administrative. La fermeture administrative ne se réduisait pas à la seule fermeture pour cause d'épidémie.

⁷ Même observation que dans la note de bas de page précédente.

⁸ Cette partie du rapport doit beaucoup aux développements que Mme Gueho a consacré sur cette question dans le rapport que, notamment, elle a établi pour le traitement du pourvoi n° 21-19.341 qui a donné lieu à l'arrêt du 1^{er} décembre 2022, précité.

De manière générale, si le contrat d'assurance est régi par un droit spécial, il n'échappe pas pour autant à l'application du droit commun des obligations.

Seules, lui sont inapplicables les dispositions que le code des assurances écarte expressément. Par exemple, l'article L. 114-3 du code des assurances écarte l'application de l'article 2254 du code civil sur la modification par les parties des règles relatives à la prescription).

Egalement, le principe de la prééminence des règles spéciales sur les règles générales, conduit à écarter les dispositions du code civil qui sont contraires à celles du code des assurances.

On relèvera, sur ce dernier point, que **l'article 1105 du code civil**, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, pose ce principe, de manière plus claire que ne le faisait l'ancien article 1103, en disposant :

«Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.

Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.

Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières.»

Comme le souligne le rapport au Président de la République, *«les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le code civil pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres codes»*.

Dans le rapport fait au nom de la Commission des lois du Sénat par M. Pillet en première lecture sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance devenue celle du 10 février 2016, des incertitudes sont toutefois évoquées sur l'articulation entre droit commun et droit spécial : *«Votre commission estime que le silence du droit spécial, de même que sa simple compatibilité avec le droit commun ne peuvent pas conduire automatiquement à l'application du droit commun : une appréciation au cas par cas devra être assurée, **en prenant en compte la cohérence interne du droit spécial, car une application simultanée du droit commun et du droit spécial, même si elle est formellement possible, n'est pas toujours pertinente et justifiée. En particulier, l'application du droit commun ne peut conduire à dénaturer la cohérence ou méconnaître l'esprit du droit spécial.**»*

Certains articles du code des assurances renvoient expressément au code civil . Par exemple, l'article L. 113-8 du code des assurances prévoit des causes spécifiques de nullité, *«indépendamment des causes ordinaires»* et l'article L. 114-2 du même code ajoute aux *«causes ordinaires d'interruption de la prescription»* deux causes spécifiques au contrat d'assurance.

On trouve par ailleurs, dans la jurisprudence, plusieurs exemples d'application de dispositions du code civil au contrat d'assurance, telles celles de l'article 1134, ancien, prescrivant une obligation d'exécuter les conventions de bonne foi, ou encore celles de l'article 1250, ancien, relatives à la subrogation conventionnelle.

En particulier, la Cour de cassation s'est appuyée sur la notion de cause, prévue par l'ancien article 1131, du code civil, pour invalider certaines clauses insérées dans des contrats d'assurance.

Ce texte prévoyait que *«l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.»*

Ainsi, au visa de ce texte, la Cour de cassation, par sept arrêts du 19 décembre 1990 (1^{re} Civ., n° 88-12.863, Bull., n° 303 ; n° 87-15.834 ; n° 87-11.717 ; n° 87-17.586 ; n° 88-14.756 ; n° 87-19.588 ; n° 88-19.441), a invalidé les clauses dites *«de réclamation»*, en jugeant que *«le versement des primes pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat d'assurance et son expiration a pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages qui trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période ; [...] la stipulation de la police selon laquelle le dommage n'est garanti que si la réclamation de la victime, en tout état de cause nécessaire à la mise en oeuvre de l'assurance de responsabilité, a été formulée au cours de la période de validité du contrat, aboutit à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable et à créer un avantage illicite comme dépourvu de cause au profit du seul assureur qui aurait alors perçu des primes sans contrepartie ; [...] cette stipulation doit en conséquence être réputée non écrite.»*

Cette jurisprudence a été réaffirmée par la suite (1^{re} Civ., 9 mai 1994, pourvoi n° 92-12.990, Bull., n° 168 ; dans le même sens : 2^e Civ., 26 novembre 2020, pourvoi n° 19-11.501).

Sur ce même fondement, mais sans nécessairement que la Cour de cassation emploie la notion de cause, a été réaffirmé le principe selon lequel le versement de primes pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat d'assurance et son expiration a pour contrepartie la garantie des dommages qui trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période, et il en a été déduit que devait être réputée non écrite la clause d'un contrat selon laquelle la garantie de tels dommages ne serait maintenue après la résiliation du contrat d'assurance que s'il y avait eu paiement de primes subséquentes (1^{re} Civ., 30 mars 1994, pourvoi n° 90-21.517, Bull. 1994, I, n° 119 ; 1^{re} Civ., 7 mars 1995, pourvoi n° 92-15.564, Bull., n° 112), ou encore, que devait être couvert par la garantie l'accident causé par des évacuations de gaz d'un chauffage central, dès lors que la société assurée avait procédé à l'installation défectueuse pendant la période de validité du contrat d'assurance (1^{re} Civ., 3 octobre 1995, pourvoi n° 93-14.739, Bull. 1995, I, n° 334).

Au visa de ce même article 1131, ancien, du code civil, et en application du même principe, la Cour de cassation juge de manière constante que *«toute clause qui tend à réduire la durée de la garantie de l'assureur à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assuré est génératrice d'une obligation sans cause, comme telle illicite et réputée non écrite»* (1^{re} Civ., 16 décembre 1997, pourvoi n° 94-17.061, Bull., I, n° 370 ; 1^{re} Civ., 3 juillet 2001, pourvoi n° 98-20.035 ; 1^{re} Civ., 2 juin 2004, pourvois n° 01-17.354, 01-17.823 ; 1^{re} Civ., 21 avril 2005, pourvoi n° 03-20.683, Bull., I, n° 108 ; Com., 14 décembre 2010, n° 08-21.606, Bull. n° 200 ; 3^e Civ., 26 novembre 2015, pourvoi n° 14-25.761, Bull., 2015, III, n°122 ; 3^e Civ., 16 mars 2022, pourvoi n° 20-16.829).

On relèvera, à ce stade, que **la Cour de cassation ne s'est jamais appuyée sur l'article 1131 du code civil pour affirmer ou réaffirmer le principe selon lequel la clause d'exclusion insérée dans un contrat d'assurance devait être réputée non écrite si elle avait pour effet de vider la garantie de sa substance. Seul, a toujours été visé l'article L. 113-1, du code des assurances.**

Faut-il en déduire que selon la Cour, ce fondement était inopérant ? Ou bien qu'il était seulement redondant, par rapport au texte spécial du code des assurances prévoyant le caractère limité des clauses d'exclusion ?

Dans un domaine autre que celui des assurances, la Cour de cassation s'est fondée sur l'article 1131, du code civil, dans sa version alors applicable, pour construire une jurisprudence relative à la validité des clauses limitatives de responsabilité.

L'on peut, sur ce point, se référer notamment au Lamy «Droit des contrats» (n° 3085 et s.).

Dans le contrôle des clauses limitatives de responsabilité, un auteur a développé l'idée qu'il y a « *dans chaque contrat, de par son économie propre, une obligation qui en constitue la pièce essentielle* »⁹, à laquelle il ne saurait donc être porté atteinte sans ruiner l'essence même du contrat.

La notion d'obligation essentielle est née à travers celle de faute lourde, le manquement à une obligation essentielle révélant l'existence d'une telle faute (voir notamment : 1^{re} Civ., 18 janv. 1984, pourvoi n° 82-15.103, *Bull.* I, n° 27 ; 1^{re} Civ., 23 février 1994, pourvoi n° 92-11.378, *Bull.*, I, n° 76 ; 1^{re} Civ., 2 décembre 1997, pourvoi n° 95-21.907, *Bull.*, I, n° 349), avant d'acquérir son autonomie, par l'arrêt dit «Chronopost» qui, au visa de l'article 1131 du code civil, a jugé que, «*spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société B. dans un délai déterminé et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat [qui limitait l'indemnisation du retard au prix du transport dont elle s'était acquittée], qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite*» (Com., 22 octobre 1996, pourvoi n° 93-18.632, *Bull.*, n° 261)¹⁰.

Dans un premier temps, la chambre mixte a jugé qu'« *une clause limitant le montant de la réparation est réputée non écrite en cas de manquement du transporteur à **une obligation essentielle** du contrat* » (Ch. mixte, 22 avril 2005, pourvoi n° 03-14.112, *Bull.* ch. mixte, n°4), sans avoir à rechercher si, en fonction des circonstances et du plafond d'indemnisation fixé, la clause contredisait véritablement la portée de l'engagement pris (en ce sens : Com., 30 mai 2006, pourvoi n° 04-14.974, *Bull.* IV, n° 132 ; Com., 13 févr. 2007, pourvoi n° 05-17.407, *Bull.* IV, n° 43 ; Com., 5 juin 2007, pourvoi n° 06-14.832, *Bull.* IV, n° 157).

Cette jurisprudence, vivement critiquée par certains auteurs¹¹, a connu par la suite une évolution, consacrée par l'arrêt dit «Faurecia II» du 29 juin 2010 (Com., 29 juin 2010, pourvoi n° 09-11.841, *Bull.* IV, n° 115)¹², par lequel la chambre commerciale a jugé

⁹ Jestaz Ph., L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale, in Études Raynaud P., Dalloz, p. 279

¹⁰ L'arrêt attaqué a cité ce précédent.

¹¹ D. Mazeaud, Clauses limitatives de réparation: les quatre saisons, D. 2008, p. 1776 : dans le même sens, Y.-M. Laithier, obs. sur Com., 30 mai 2006, RDC 2006, p. 1075; S. Carval, obs. sur le même arrêt, RDC 2006, p. 1224; L. Leveneur, obs. sur le même arrêt, CCC 2006, comm. 183; Ph. Stoffel-Munck, JCP G 2007, I, 185, no 10; Th. Genicon, obs. sur Com., 18 décembre 2007, RDC 2008, p. 262; G. Viney, obs. sur le même arrêt, RDC 2008, p. 287

¹² Il s'agit du second arrêt sur lequel l'arrêt attaqué s'appuie, après Chronopost.

que **«seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur»** et a rejeté le moyen, après avoir relevé que la cour d'appel avait légalement justifié sa décision en déduisant de l'obligation essentielle qu'elle a décelée **«que la clause limitative de réparation ne vidait pas de toute substance l'obligation essentielle de la société Oracle»**.

A, dès lors, été approuvée la cour d'appel qui avait relevé que si la société Oracle avait manqué à son obligation essentielle du contrat, le montant de l'indemnisation négocié aux termes d'une clause stipulant que les prix convenus reflétaient la répartition du risque et la limitation de responsabilité qui en résultait, n'était pas dérisoire, que la société Oracle avait consenti un taux de remise de 49% et que le contrat prévoyait que la société Faurecia serait le principal représentant européen participant à un comité destiné à mener une étude globale afin de développer un produit Oracle pour le secteur automobile et bénéficierait d'un statut préférentiel lors de la définition des exigences nécessaires à une continuelle amélioration de la solution automobile d'Oracle pour la version V 12 d'Oracles applications, et qui en avait déduit que **la clause limitative de réparation ne vidait pas de toute substance¹³ l'obligation essentielle de la société Oracle**, justifiant ainsi légalement sa décision.

Désormais, un seul critère est retenu pour déterminer la validité de la clause, s'appréciant au moment de la formation du contrat : contredit-elle ou non la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ?

Selon un auteur, *« la validité de la clause est le fruit d'une appréciation circonstanciée visant à déterminer si [elle maintient] sur le débiteur une pression suffisante pour l'inciter à fournir le degré de diligence auquel l'équilibre de l'opération l'engageait »* (Ph. Stoffel-Munck in JCP E 2010, n° 37, 1790 ; CCE 2010, n°99).

Cette jurisprudence est constante depuis lors, et la Cour de cassation s'assure que les juges ont recherché **quelle était la nature et la portée de l'obligation essentielle** (Com., 18 octobre 2017, pourvoi n° 16-21.016) et le cas échéant, **en quoi la clause litigieuse avait pour effet de contredire la portée de cette obligation** (Com., 3 décembre 2013, pourvoi n° 12-26.412) ou, dans des rédactions plus récentes, d' **«ôter toute portée»** à celle-ci (Com. 8 avril 2015 pourvoi n° 13-28.001 ; Com., 6 juin 2018, pourvoi n° 17-15.155) ou de **«vider de toute substance»¹⁴ cette obligation** (Com. 26 avril 2017 pourvoi n° 15-23.239 ; Com., 7 juillet 2021, pourvoi n° 19-22.807, 19-22.956).

Il convient d'observer que dans les arrêts les plus récents, n'est plus visé l'article 1131 du code civil, mais seulement l'article 1134 de ce code, dans sa rédaction alors applicable.

¹³ Cela ressemble beaucoup au nouveau chapeau de principe qui a été retenu, pour la première fois, dans les arrêts du 1^{er} décembre 2022, par la Cour de cassation, afin d'apprécier le caractère «limité» de la clause d'exclusion, sur le fondement de l'article L. 113-1 du code des assurances : **«une clause d'exclusion n'est pas limitée lorsqu'elle vide la garantie de sa substance, en ce qu'après son application elle ne laisse subsister qu'une garantie dérisoire.»** Ne pourrait-il pas apparaître, dès lors, redondant d'apprécier, d'une part, si la clause d'exclusion est bien limitée, sur le fondement de l'article L.113-1, en ce qu'elle ne vide pas la garantie de sa substance, d'autre part, si la clause d'exclusion est bien conforme à l'article 1131 du code civil, en tant qu'elle ne vide pas de toute substance l'obligation essentielle de garantie due par l'assureur à l'assuré ? **Dans les deux cas, n'est-ce pas toujours, peu ou prou, la même chose qu'il convient d'apprécier ?** Tendrait à rechercher si la clause d'exclusion vide, ou bien ne vide pas, la garantie de sa substance afin de savoir si, après avoir joué, elle ne laisse plus subsister qu'une garantie «dérisoire».

¹⁴ Même observation que la note de bas de page précédente.

Sur l'évolution des visas, on peut préciser que la chambre commerciale a visé d'abord l'article 1131 exclusivement, dans l'arrêt Chronopost (Com., 22 octobre 1996, précité). Puis on relève, notamment avec l'arrêt : Com., 3 décembre 2013, précité, le double visa des articles 1131 et 1134 du code civil. Enfin, avec l'arrêt : Com., 6 juin 2018, précité, ne figure plus que le seul visa de l'article 1134 du code civil.

La référence à la cause a, ainsi, été progressivement abandonnée.

L'article 1170 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, applicable depuis le 1^{er} octobre 2016, prévoit, désormais que : *«Toute clause qui prive de sa substance **l'obligation essentielle** ¹⁵ du débiteur est réputée non écrite»*.

Ce texte, qui ne fait plus référence à la cause, n'a pas eu d'autre objet que de consacrer la jurisprudence Chronopost et Faurecia précitée, rendue, initialement, sur le fondement de l'ancien article 1131 du code civil, mais qui, en dernier lieu, se plaçait sous l'égide de l'article 1134 du code civil.

Ainsi le rapport au Président de la République exposait-il :

*«L'article 1170 consacre également la célèbre jurisprudence dite Chronopost de 1996 (Com. 22 oct. 1996, n° 93-18632) relative aux clauses contredisant l'obligation essentielle du débiteur : le texte prohibe toute clause ayant pour effet de priver de sa substance une obligation essentielle du débiteur, **et trouvera notamment à s'appliquer aux clauses limitatives de responsabilité**. La codification de cette dernière solution, sur une question qui a donné lieu à de nombreux arrêts parfois inconciliables, permet de fixer clairement le droit positif sur le sort de ces clauses. Contrairement à ce qu'avaient pu retenir certaines décisions de la Cour de cassation, une clause limitative de responsabilité portant sur **une** obligation essentielle du débiteur ne sera pas nécessairement réputée non écrite : elle n'est prohibée que si elle contredit la portée de l'engagement souscrit, en vidant de sa substance cette obligation essentielle.»*

Ce même rapport rappelle que *«l'objectif poursuivi par l'ordonnance est de renforcer l'attractivité du droit français, au plan politique, culturel, et économique. La sécurité juridique conférée à notre droit des obligations, qui constitue le socle des échanges économiques, devrait ainsi faciliter son application dans des contrats de droit international. A cet égard, l'abandon formel de la notion de cause, qui a suscité de nombreux débats, permettra à la France de se rapprocher de la législation de nombreux droits étrangers, tout en consacrant dans la loi les différentes fonctions, dont celle de rééquilibrage du contrat, que la jurisprudence lui avait assignées.»*

Et le rapporteur de la Commission des lois du Sénat observait de la même manière que *«si le mot de « cause » n'apparaît plus dans le code civil, cela ne permet pas de conclure à sa disparition pure et simple dans notre droit positif, dans la mesure où certaines de ses fonctions traditionnelles ou plus modernes sont maintenues ou consacrées»*.

¹⁵ Et non «une» obligation essentielle du débiteur. C'est le dernier état de la jurisprudence précitée de la chambre commerciale qui est consacré.

A cet égard, un auteur¹⁶ a rappelé la difficulté d'appréhension de la notion de cause, à tel point que le professeur Mazeaud faisait savoir à ses étudiants que «*s'ils avaient compris la cause, c'est qu'on leur avait mal expliquée*», notamment en raison de la délicate distinction entre cause subjective, ou cause du contrat, et cause objective, ou cause de l'obligation. Néanmoins, cet auteur estime qu'en droit des assurances, la réforme du droit des obligations laisserait subsister la notion de cause subjective, au travers de celle d'intérêt d'assurance, qui en matière d'assurance de pertes d'exploitation serait un intérêt pécuniaire.

La question se pose de savoir si ce nouvel article pourrait s'appliquer à d'autres clauses que celles limitant la responsabilité du cocontractant, et en particulier à des clauses d'exclusion de garantie figurant dans un contrat d'assurance.

Le rapport précité, en employant l'adverbe «notamment», paraissait ne pas l'exclure mais selon le rapport fait au nom de la Commission des lois du Sénat par M. Pillet, **«en pratique, ce texte semble n'avoir vocation à s'appliquer qu'aux clauses limitatives de responsabilité»**.

Il convient de signaler un arrêt récent, rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le **24 septembre 2020 (pourvoi n° 19-15.375)**, qui, sur le fondement de l'article 1131, ancien, du code civil, a fait application de la jurisprudence initiée par l'arrêt dit «Chronopost», pour apprécier l'atteinte portée à la substance de l'obligation essentielle de l'assureur par une **clause fixant une condition** à la garantie d'un assureur.

L'arrêt est ainsi rédigé :

«5. La société Air'Opale fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande tendant à la condamnation de l'assureur à lui payer la somme de 72 054,56 £ convertie en euros selon le taux de change applicable au moment du paiement effectif à la société Air'Opale sous déduction d'une franchise de 6 000 euros au titre de l'indemnisation du sinistre intervenu le 7 juillet 2013 alors « qu'est réputée non écrite toute clause qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ; qu'en jugeant que la société Air'Opale ne pouvait soutenir que la clause litigieuse, limitant la couverture aux cinq pilotes désignés dans le contrat d'assurance, contredisait l'obligation essentielle de l'assureur, dans la mesure où cette clause constituait une condition de la garantie et non une clause limitative de responsabilité, la cour d'appel a violé l'article 1131 du code civil, dans sa rédaction applicable en la cause. »

Réponse de la Cour

6. Pour rejeter la demande de condamnation de l'assureur à indemniser la société Air'Opale, l'arrêt retient que le contrat d'assurance des aéronefs, signé le 2 avril 2010, comporte des conditions générales et des conditions particulières dont les termes portent notamment sur les risques garantis et les exclusions de garantie, que l'avenant n° 6 du 19 avril 2013 énumère cinq pilotes autorisés dans le cadre des usages autorisés concernant l'aéronef immatriculé F-GUSP Robinson Helicopters CY, INC R-22 Mariner, à savoir « Ecolage ab initio, Location, Privé/Affaires à titre privé, Training/Conversion sur type » et que M. H., pilote au moment de l'accident, n'est pas nommément désigné parmi les pilotes autorisés aux termes de cet avenant, en vigueur lors du sinistre.

¹⁶ Fréneau, La fin de la cause mais la cause à la fin : subsistance de la notion en droit des assurances, LPA 2016, n° 85, p. 13

7. L'arrêt relève que, comme le fait valoir l'assureur, restreindre le nombre de pilotes pouvant voler sur l'appareil afin que ce dernier soit assuré constitue une condition d'exécution de l'obligation de la part de l'assuré. La clause relative à la liste des pilotes autorisés encadre la garantie, sans priver d'effet l'obligation essentielle qui lui incombe d'assurer l'hélicoptère pour des usages de formation et de location, à savoir des situations où l'aéronef est piloté par n'importe quel pilote 'autorisé' disposant d'une licence ou n'importe quel « élève-pilote » en présence d'un instructeur autorisé dès lors que les conditions de garantie sont réunies.

8. Il ajoute que, M. H. ne faisant pas partie des pilotes autorisés sur cet avenant, le sinistre ne peut être couvert par la police souscrite auprès de l'assureur.

9. Ayant fait ressortir que la clause litigieuse, applicable au moment de l'accident, ne vidait pas de toute substance l'obligation essentielle de l'assureur la cour d'appel a retenu exactement que cette clause devait recevoir application et a ainsi légalement justifié sa décision.»

Cette décision étend donc le principe énoncé par la jurisprudence dite «Chronopost», pour les seules clauses limitatives de responsabilité, à une clause **encadrant la garantie** de l'assureur.

Cet arrêt concerne **les conditions de la garantie**, qui ne font pas l'objet d'un texte spécifique, dans le code des assurances, **à la différence des exclusions de garantie, qui font l'objet de l'article L. 113-1.**

C'est, en effet, exclusivement, la doctrine et la jurisprudence qui se sont efforcées de définir les conditions de la garantie, en les distinguant des exclusions de garantie.

La qualification des clauses délimitant la garantie (conditions de la garantie) donne lieu à un abondant contentieux et, par un arrêt « fondateur »¹⁷, commenté au rapport annuel, la Cour de cassation a énoncé que s'analysait en une clause d'exclusion de garantie «*la clause qui prive l'assuré du bénéfice de la garantie (...) en considération de circonstances particulières de réalisation du risque*» alors que, inversement, institue des conditions de la garantie et non une exclusion «*la clause qui formule des exigences générales et précises auxquelles la garantie est subordonnée...*»¹⁸.

Concrètement, l'exclusion pourra concerner les caractères de l'événement aléatoire dont les conséquences sont garanties, le siège du risque ou encore la période comprise dans la durée de la garantie. En revanche, les conditions de la garantie porteront souvent sur des mesures destinées à prévenir le risque ou à en amoindrir les conséquences, et elles doivent pouvoir être distinguées du sinistre lui-même car si elles ne consistent, finalement, qu'en des circonstances de la réalisation du risque, il ne s'agira pas de vraies conditions.

Quant à la question, au-delà de la distinction des conditions et des exclusions, touchant à la validité des conditions de garantie, **le code des assurance n'en dit rien, qui ne régit que les conditions de validité des clauses d'exclusion.**

¹⁷ 1e Civ., 26 novembre 1996, pourvoi n° 94-16.058, Bull., I, n° 413

¹⁸ 1e Civ., 23 février 1999, pourvoi n° 96-21.744, Bulletin civil 1999, I, n° 59

Et c'est dans le silence du code des assurances, s'agissant des conditions de validité des conditions de garantie, que la deuxième chambre civile a statué dans le sens précédemment indiqué, dans son arrêt du 24 septembre 2020.

Pourrait-il être déduit de ce dernier arrêt que la solution, dégagée en matière de conditions de la garantie, pourrait être étendue aux clauses d'exclusion de garantie ?

L'article 1131 du code civil, ou bien le nouvel article 1170 du code civil, qui consacre la jurisprudence Chronopost, pourraient-ils justifier que les clauses d'un contrat d'assurance fixant les conditions de la garantie **comme celles l'excluant**, puissent être réputées non écrites lorsqu'elles privent de leur substance **l'obligation essentielle de l'assureur**¹⁹.

Il convient toutefois de relever que l'arrêt du 24 septembre 2020, **non publié**, demeure en l'état isolé et il n'apparaît pas qu'un texte spécial du droit des assurances entrerait en concurrence avec la règle dégagée dans cet arrêt, inspirée du droit commun.

Sur la conciliation du droit spécial avec le droit commun, on rappellera que **l'article 1105 du code civil**, entré en vigueur le 1^{er} octobre 2016 prévoit, en son dernier alinéa que **«les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières.»**

On peut relever que la doctrine paraît se positionner plutôt en faveur de l'application du nouvel article 1170 du code civil aux stipulations du contrat d'assurance qui délimitent le champ de la garantie :

Selon M. Mayaux²⁰, *«l'utilisation de l'adverbe « notamment » par les auteurs du rapport laisse entendre que, pour ceux-ci, le texte a un domaine plus large et pourrait donc s'appliquer à toute clause privant de sa substance l'obligation essentielle, quelle que soit sa manière d'opérer [...]. En assurance, on songe immédiatement aux clauses d'exclusion, pour lesquelles on observe un rapprochement sémantique entre le présent article et certains arrêts (V., par ex., Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 1992, n° 88-19313, préc., approuvant les juges du fond d'avoir estimé « qu'une telle exclusion vidait le contrat de sa substance, mettant en cause l'objet même de la garantie »). Mais, pourraient aussi être concernées les clauses définissant l'objet de la garantie (quand celui-ci est excessivement étriqué) et, plus généralement, toutes les clauses restrictives de garantie (comme celles édictant des conditions de la garantie trop strictes ou des limites de garantie trop faibles), dès lors que la restriction opérée tend à réduire la garantie à presque rien.»*

L'auteur identifie plusieurs intérêts à cette extension de l'application de l'article 1170 du code civil : **permettre d'appliquer à toutes ces clauses un régime voisin de celui**

¹⁹ En ce sens : F. Turgné, Revue générale du droit des assurances - n°11 - page 44, commentant cet arrêt

²⁰ L. Mayaux, La contrepartie dans le contrat d'assurance - Revue générale du droit des assurances - n°12 - page 640 ; voir aussi : P. Bertrand, Réforme du droit des contrats. Quel impact sur le contrat d'assurance ?, D. 2016. Chron. 1156 ; J. Bigot, L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, des obligations et de leur preuve et le contrat d'assurance, JCP 2016. Étude 833 ; Beignier B., Ben Hadj Yahia S., Droit des assurances, oct. 2021, Lextenso, n° 514 ; D. Noguéro, Gaz. Pal. 2 mars 2021, n° 398e5, p. 46 ; A. Lecourt, RTD Com. 2016 p.767 L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques

des exclusions ²¹, en satisfaisant ainsi les vœux de la doctrine qui prône un rapprochement des régimes pour trancher le nœud gordien de la qualification ; permettre, en outre, de pallier l'impossibilité, pour les clauses délimitant la garantie, d'invoquer le nouvel article 1171 du code civil relatif aux clauses abusives dans les contrats d'adhésion, dès lors que celui-ci interdit que l'appréciation du déséquilibre significatif porte sur l'objet principal du contrat, quand bien même (contrairement aux clauses abusives du droit de la consommation) la clause dont il s'agit ne serait pas rédigée de manière claire et compréhensible.

Dans l'ouvrage «Le droit des assurances en tableaux»²², **l'application de l'article 1170 aux clauses d'exclusions de garantie d'un contrat d'assurance est présentée comme certaine**, en considérant que «*sans conteste*», une telle clause qui vide le contrat de son contenu en réduisant la garantie à néant prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur, au sens de ce texte.

Selon un autre auteur²³, il faudrait éviter d'introduire une distinction entre clause de non-obligation et clause de non-responsabilité, qui *«renforcerait par exemple la position de certains assureurs prétendant que l'extension de la garantie relative aux pertes d'exploitations consécutives à une fermeture administrative pour cause d'épidémie est valablement écartée par la clause d'exclusion imposant que cette épidémie ne concerne qu'un seul établissement sur un même territoire : une telle stipulation ne saurait en effet être écartée sur le fondement de l'article 1170 du code civil si l'on admet que celui-ci ne touche que les clauses de non-responsabilité [...]». Au-delà même de cette hypothèse, il est permis de penser que la solution serait généralement néfaste : elle déboucherait nécessairement sur un affaiblissement de la protection des créanciers, en permettant aux débiteurs les plus subtiles de profiter d'une rédaction astucieuse des clauses du contrat pour échapper aux conséquences de leurs engagements. Le raisonnement serait surtout infondé, au moins sous l'empire du droit nouveau, dès lors [...] que l'article 1170 du Code civil vise « toute clause » sans s'arrêter à leur nature.»*

M. Mignot²⁴ est plus nuancé, en s'interrogeant sur l'applicabilité de l'article 1170 du code civil en matière d'assurance, dès lors que selon lui, *«la garantie d'assurance issue de la conclusion du contrat n'est pas une obligation. L'obligation que supporte l'assureur avant la réalisation du risque est une obligation éventuelle, donc une obligation inexistante. La garantie d'assurance fournie par l'assureur, qui est bien réelle, pose seulement les conditions d'existence de ladite obligation.»*

²¹ On voit donc que, s'agissant des clauses d'exclusions, il y avait déjà un texte (L.113-1) ayant permis de sanctionner de telles clauses vidant la garantie de sa substance. Cela a été réaffirmé dans un chapeau de principe, le 1^{er} décembre 2022.

²² A. Cayol, Le principe de la détermination conventionnelle des garanties, in R. Bigot et A. Cayol [dir.], Le droit des assurances en tableaux, préf. D. Noguéro, Ellipses, 2020, p. 120.

²³ Yves-Marie Serinet La Semaine Juridique Edition Générale n° 50, 7 Décembre 2020, doct. 1396

²⁴ Covid-19 et clauses du contrat d'assurance, RGDA n° 11, novembre 2021 ; voir aussi, en ce sens : D. Houtcieff, Gaz. Pal. 5 janv. 2021, n° 392w2, p. 29

A supposer que ce nouveau texte s'applique effectivement à d'autres clauses que celles de non-responsabilité, la question se pose encore de savoir comment déterminer, dans un contrat d'assurance, l'obligation essentielle de l'assureur.

Chaque garantie prévue par le contrat pour tel risque est-elle «une» obligation essentielle? S'agira-t-il de «l'obligation essentielle» (au singulier) ? Cette obligation essentielle de l'assureur ne sera-t-elle que la garantie principale, celle qui a déterminé l'assuré à contracter, et non pas celles annexes qui sont parallèlement accordées ? Mais dans cette dernière hypothèse, comment identifier la ou les garanties principales concernées ?

En l'occurrence, la cour d'appel de Besançon a vu «*l'obligation essentielle*» due par l'assureur à l'assuré, dans la garantie du «*risque épidémie*».

Mais la Cour de cassation n'a-t-elle pas jugé que la garantie souscrite n'était pas seulement celle couvrant le «risque épidémie», en l'occurrence, mais le risque de «**fermeture administrative**», **pour toute une série de causes**, dont l'épidémie.

Et si l'obligation essentielle n'est pas le risque épidémie mais le risque de fermeture administrative, alors en quoi le recours à «l'obligation essentielle» serait-il de nature à changer de quelque façon que ce soit l'issue de l'affaire ? Au regard de ce que la deuxième chambre civile a déjà jugé, par ses arrêts précités rendus en 2022 et 2023.

La clause d'exclusion en cause, déjà jugée valable par la Cour de cassation, car limitée²⁵, sur le fondement de l'article L. 113-1 du code des assurances, ne le serait-elle pas également, sur le fondement des articles 1131 ou 1170 du code civil, en tant qu'elle ne contredirait pas l'obligation essentielle **consistant à garantir la fermeture administrative pour les différentes causes énumérées au contrat ?**

Ce recours au droit commun des articles 1131/1170 du code civil, afin de rechercher s'il y a méconnaissance, ou non, de «l'obligation essentielle», par l'effet d'une clause d'exclusion **vidant de sa substance cette obligation**, ne ferait-il pas double emploi avec l'article L. 113-1 du code des assurances qui impose de rechercher si la clause d'exclusion ne vide pas la garantie de sa substance ? Car l'obligation de l'assureur n'est-elle pas une obligation de garantie ? Et si la clause d'exclusion ne vide pas la garantie de sa substance, n'est-ce pas parce que l'obligation de garantie n'est pas vidée de sa substance ? Ne s'agirait-il pas là d'une inutile complication ? D'un détour fastidieux ? Qui, potentiellement inutile, pourrait créer un risque de hiatus entre l'exclusion, dont on estimerait qu'elle contredirait «l'obligation essentielle» du contrat d'assurance, et cette même exclusion, dont on estimerait qu'elle laisse néanmoins subsister une garantie qui ne serait pas dérisoire ?

Et ne risquerait-on pas de rentrer dans des débats infinis pour savoir où se situe, dans un contrat d'assurance, l'obligation essentielle ?

Parmi la doctrine, il semble que les avis tendent plutôt à retenir l'idée que **l'obligation essentielle de l'assureur**, ou du moins l'une d'elles, **consiste à couvrir le risque prévu au contrat**²⁶.

²⁵ C'est le sens de notre jurisprudence, désormais, sur la clause d'exclusion litigieuse.

²⁶ Cf. Note 14

M. Mignot²⁷, cependant, est d'un avis différent. Selon lui, à supposer que les dispositions de l'article 1170 du code civil s'appliquent aux clauses d'un contrat d'assurance, pour vérifier que l'obligation de l'assureur limitée par la clause d'exclusion est bien essentielle, *«il faudrait procéder à une analyse globale du contrat d'assurance et regarder tous les risques que l'assureur garantit en les hiérarchisant de façon à séparer les risques garantis essentiels de ceux qui ne le sont pas. La clause d'exclusion ne portera véritablement atteinte à la substance de l'obligation essentielle de l'assureur que si elle réduit la garantie des risques essentiels au regard de l'objet du contrat, c'est-à-dire de ceux sans lesquels le contrat d'assurance conclu ne peut produire son résultat fondamental.»* **Et, s'agissant plus particulièrement de la clause d'exclusion concernée en l'espèce, il est d'avis que, «compte tenu du fait que la clause d'exclusion réduit la garantie d'une extension relative aux pertes d'exploitation qui apparaît assez périphérique par rapport au coeur de la garantie, il est peu probable qu'elle porte atteinte à l'obligation essentielle de l'assureur.»**

En ce qui concerne la notion d'obligation essentielle dans la jurisprudence relative aux clauses limitatives de responsabilité, elle n'apparaît pas clairement délimitée, comme le soulignent plusieurs auteurs.

Selon M. Houtcieff²⁸, commentant un arrêt rendu avant l'évolution jurisprudentielle résultant de l'arrêt Faurecia, l'affirmation, précitée, de M. Jestaz, selon laquelle il y a *«dans chaque contrat, de par son économie propre, **une obligation** qui en constitue la pièce essentielle», «est aussi simple à énoncer qu'elle est difficile à démontrer. Il n'est en effet pas si évident qu'une obligation sortant toute armée de chaque figure contractuelle puisse, de sa propre énergie, éradiquer une clause allégeant la responsabilité ou l'obligation. Aucun texte ne vient ici au secours de l'interprète, pas plus que l'histoire ne fournit d'indice : si Pothier connaissait les « éléments essentiels » du contrat, il ignorait tout de « l'obligation essentielle » (V. R. J. Pothier, Obligations, Préf. Dupin : éd. Béchet, 1824, n° 5).»* L'auteur proposait d'alors d'avoir plutôt recours à la notion de cohérence, en veillant *«à ce que les clauses limitatives de réparation ne vident pas la promesse de sa substance en portant atteinte à **la cohérence du contrat** [...] en d'autres termes, la clause portant sur la réparation ne doit pas permettre au débiteur de se dispenser de l'exécution de sa prestation.»*

Un auteur²⁹ souligne les différences de points de vue sur cette question : **«En doctrine, les obligations essentielles sont tantôt le « minimum légitime attendu par le créancier » (A. Sériaux, note sous Cass. com., 22 oct. 1996 : D. 1997, p. 121), tantôt la « substantifique moelle du contrat » (B. Marlène, L'avènement de la notion d'obligation essentielle dans le contrat : LPA 2010, n° 189). Elles sont parfois considérées comme subjectivement essentielles (ou déterminantes) ou objectivement essentielles (c'est-à-dire tantôt qualifiantes, parce que nécessaires au rattachement à une catégorie donnée, ou statutaires, parce qu'impératives dès lors que l'on est rattaché à telle catégorie) (sur cette distinction doctrinale, C. Grimaldi, Les clauses portant sur une obligation essentielle : Rev. contrats 2008, p. 1095).»**

²⁷ La détermination de la garantie d'assurance. Le rôle de la volonté - Responsabilité civile et assurances n° 9, Septembre 2016, dossier 20

²⁸ Jcp – édition générale, n° 36, 5 septembre 2007

²⁹ J-B. Gouache, JurisClasseur Commercial, Fasc. 316-2, n° 2

L'on pourra enfin s'interroger sur l'incidence que pourrait avoir l'application, aux contrats d'assurance, de l'article 1170 du code civil, en ce qui concerne la sanction de la clause d'exclusion considérée comme vidant l'obligation essentielle du contrat, de sa substance.

Actuellement, la sanction des clauses d'exclusion non formelles et non limitées n'est pas clairement définie, contrairement à ce qui est prévu dans certains cas par le code des assurances par exemple pour la clause de déchéance dans certains cas précis (art. L 211-6, qui prévoit que la clause est réputée non écrite).

Ainsi, les clauses d'exclusion concernées sont jugées :

- soit nulles (3^e Civ., 26 novembre 2003, pourvoi n° 01-16.126, Bull., n° 205 ; 3^e Civ., 24 novembre 2016, pourvoi n° 15-25.415, Bull. 2016, III, n° 158 ; 2^e Civ., 31 mars 2022, pourvoi n° 19-24.847 ; 2^e Civ., 31 mars 2022, pourvoi n° 20-18.496),
- **soit, comme l'a retenu en l'espèce la cour d'appel, réputées non écrites** (1^{re} Civ., 4 mai 1999, pourvoi n° 97-16.924, Bull., n° 140 ; Crim., 6 mai 1998, pourvoi n° 96-85.752 ; 1^{re} Civ., 10 juillet 1995, pourvoi n° 91-19.319, Bull., n° 308 ; 3^e Civ., 25 janvier 1995, pourvoi n° 93-13.576, 93-13.577, Bull., n° 27 ; 1^{re} Civ., 7 juillet 1993, pourvoi n° 91-10.071, Bull., n° 247 ; 1^{re} Civ., 17 février 1993, pourvoi n° 91-11.653, Bull., n° 73 ; 1^{re} Civ., 26 novembre 1991, pourvoi n° 89-10.791, Bull., n° 326 ; voir aussi pour des arrêts approuvant des cours d'appel retenant cette sanction, mais sur des pourvois ne posant pas cette question : 2^e Civ., 13 juin 2019, pourvoi n° 18-13.257 ; 2^e Civ., 8 octobre 2009, pourvoi n° 08-13.149),
- soit considérées comme ne pouvant recevoir application (ex : 2^e Civ., 17 juin 2021, pourvoi n° 19-24.467 ; 3^e Civ., 3 décembre 2020, pourvoi n° 19-20.790 ; 2^e Civ., 26 novembre 2020, pourvoi n° 19-16.435).

La jurisprudence dite Chronopost **répute non écrite** la clause limitative de responsabilité qui contredit l'obligation essentielle à laquelle le débiteur est tenu (Com., 29 juin 2010, pourvoi n° 09-11.841, Bull. IV, n° 115).

Et l'article 1170 du code civil prévoit, pareillement, que les clauses considérées **sont réputées non écrites**, cette notion étant explicitée par l'article 1184 du même code de la manière suivante :

«Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles.

Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien.»

On ajoutera que, dans une affaire où la cour d'appel avait, déjà, retenu que la clause d'exclusion litigieuse n'était pas formelle et limitée, la Cour de cassation a écarté le grief tiré de la fausse application de l'article 1131 du code civil en tant qu'il était inopérant puisqu'il s'attaquait à des motifs surabondants qui ne constituaient pas le support nécessaire de la décision.

On lit ainsi, dans l'arrêt : **2e Civ., 1er décembre 2022, pourvoi n° 21-19.341, publié:**

«(...) 6. L'assureur fait grief à l'arrêt de dire qu'il doit garantir la société Beraha des pertes d'exploitation subies à la suite des fermetures administratives ordonnées en raison de l'épidémie de Covid-19, de le condamner en conséquence à payer diverses provisions à

l'assurée et à mettre en oeuvre la procédure d'expertise prévue au contrat, alors « qu'en jugeant que la clause d'exclusion litigieuse devait être réputée non écrite en application de l'ancien article 1131 du code civil, quand la validité de cette clause était régie par un texte spécial, à savoir l'article L. 113-1 du code des assurances, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article 1131 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016.»

Réponse de la Cour

7. L'assureur ne saurait faire grief à la cour d'appel d'avoir retenu que la clause d'exclusion devait être réputée non écrite sur le fondement de l'article 1131 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, applicable à la cause, dès lors qu'elle a également jugé que la clause d'exclusion litigieuse ne satisfaisait pas aux conditions de l'article L. 113-1 du code des assurances prévoyant que les exclusions de garantie doivent être formelles et limitées.

8. Le moyen est, dès lors, inopérant.»

Et la Cour de cassation a statué dans le même sens dans les affaires où la cour d'appel avait, cette fois, fait application de l'article 1170 nouveau du code civil. Cf. notamment: 2^e Civ., 1^{er} décembre 2022, pourvoi n° 21-19.342, publié :

«Réponse de la Cour

7.L'assureur ne saurait faire grief à la cour d'appel d'avoir retenu que la clause d'exclusion devait être réputée non écrite sur le fondement de l'article 1170 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, applicable au litige, dès lors qu'elle a également jugé que la clause d'exclusion litigieuse ne satisfaisait pas aux conditions de l'article L.113-1 du code des assurances prévoyant que les exclusions de garantie doivent être formelles et limitées.

8. Le moyen est, dès lors, inopérant.»

La Cour de cassation n'a donc pas eu, alors, à prendre position sur la question qui est, cette fois, directement, et exclusivement, posée par le moyen.

Un auteur³⁰, commentant l'arrêt 2e, 19 janv. 2023, pourvoi n° 21-21.516, rendu en formation de section et publié, ainsi que ceux suivants : 2e Civ., 1er décembre 2022, pourvoi n° 21-19.341 ; pourvoi n° 21-19.342 ; pourvoi n° 21-19.343 et pourvoi n°21-15.392, dont le premier cité, rendu en 2023, est la reprise, a considéré **«qu'il ressort de ces arrêts de 2023 et 2022 une tendance des juges à considérer que l'article L. 113-1 du code des assurances conduirait à exclure l'application de l'art. 1170 code civil, ce qui nous paraît tout aussi discutable»**.

Cette doctrine considère donc que la Cour de cassation aurait déjà pris position, en faveur de l'exclusivisme de l'article L. 113-1 du code des assurance, mais souhaiterait qu'il n'en aille pas ainsi, en préconisant une coexistence des deux textes (L. 113-1 et 1131/1170) pour apprécier la validité d'une clause d'exclusion.

*

³⁰ M. Delayen, *Bis repetita en matière d'assurance pertes d'exploitation sans dommages : les juges au carrefour des opportunités*, in Dalloz Actualité du 2 février 2013

La motivation de la cour d'appel a été précédemment rappelée.

Elle a considéré que l'obligation essentielle contractée par l'assuré était la garantie des pertes d'exploitation causées par une fermeture administrative **pour épidémie**. Ayant défini l'épidémie comme une maladie contagieuse se diffusant à un grand nombre d'être humains, conformément à son sens le plus commun, en l'absence d'une définition plus restreinte donnée à ce terme, dans le contrat d'assurance, elle a considéré que l'éventualité qu'une véritable épidémie puisse se trouver circonscrite à un seul établissement dans un département confinait à l'impossible.

Elle a énoncé, en effet, que **la clause d'exclusion**, *«en réduisant la garantie au cas infinitésimal d'une fermeture administrative pour épidémie imposée au seul assuré pour tout le département, la vide concrètement de sa substance»*, puis ajoute que *«cette clause est en conséquence réputée non écrite et inopposable à l'assuré (...)»*.

Et on ne reviendra pas sur le fait que, dans ses arrêts précités, la Cour de cassation a retenu que la même clause d'exclusion **ne vidait pas de sa substance** la garantie des pertes d'exploitation **pour cause de fermeture administrative, puisqu'il restait d'autres causes de fermetures couvertes par la garantie, au-delà de celle induite par une épidémie**.

*

> Dans son MA, sur B6, l'assureur fait valoir :

- que le raisonnement fondé sur l'ancien article 1131 du code civil est critiquable, au regard de l'articulation de l'éradication de l'exclusion pour absence de cause avec celle fondée sur l'article L. 113-1 du code des assurances, selon lequel une exclusion doit être limitée ;
- que la cour d'appel ne pouvait appliquer l'ancien article 1131 du code civil à une clause d'exclusion de garantie, alors que la validité de celle-ci était régie par un texte spécial, à savoir l'article L. 113- 1 du code des assurances;
- qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'ancien article 1131 du code civil par fausse application.

> Dans son MD, l'assurée, sur B6, fait valoir :

- que la critique est non fondée ;
- que le droit des assurances n'est pas exclusif du droit commun et une clause d'exclusion d'un contrat d'assurance n'est pas en dehors du droit commun, quand bien même elle est régie par ailleurs par le droit des assurances ;
- qu'elle peut être formelle et limitée tout en privant de sa substance une obligation particulière, essentielle, ³¹ de l'assureur ;
- que si l'article 1134 du code civil pose le principe de la liberté contractuelle, les clauses d'exclusion et de limitation ne sont en effet valables que si elles ne sont pas opposées dans un contexte d'inexécution d'une obligation essentielle du contrat ;
- qu'il est acquis en droit commun que toute clause limitative de responsabilité ou toute clause d'exclusion ³² doit être réputée non écrite dès lors qu'elle a pour effet de contredire une obligation essentielle souscrite par le débiteur ;

³¹ «Une obligation particulière essentielle», est-ce bien «l'obligation essentielle»?

- que cette jurisprudence constante a été formalisée par l'article 1170 du code civil, tel qu'issu de l'ordonnance du 10 février 2016, selon lequel « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* » ;
- que cette disposition était bien applicable, contrairement à ce qu'a retenu à tort la cour d'appel, puisque si le contrat a été souscrit en juin 2016, il était renouvelable par tacite reconduction et il est constant qu'un contrat renouvelé par tacite reconduction est un nouveau contrat, conformément à l'article 1215 du code civil : le contrat en cause était donc régi par l'article 1170 du code civil ³³ ;
- que si l'article L.113-1 du code des assurances écarte la clause d'exclusion si la clause n'est pas formelle ou non limitée, cela ne signifie pas qu'une clause formelle et limitée ne pourrait pas être réputée non écrite, sur un point précis, en ce qu'elle vide de sa substance la garantie sur ce point précis ³⁴ ;
- que le moyen, pris en sa sixième branche, est donc non fondé.

C'est au regard de l'ensemble de ces éléments d'analyse que notre chambre sera amenée à apprécier les mérites du pourvoi.

³² Est-ce bien le cas ? Il est renvoyé au rapport sur ce point. La Cour de cassation n'a jamais apprécié la validité d'une clause d'exclusion sur le fondement de l'article 1131 du code civil.

³³ C'est exact.

³⁴ La deuxième pourrait s'interroger. En se situant sur un tel «point précis», peut-on encore estimer que l'on se situe au niveau de «*l'obligation essentielle du débiteur*» ? Car les mots «obligation» et «essentielle» sont mis au singulier, dans l'article 1170 du code civil. Ce qui pose la question de savoir ce qui, dans un contrat où les garanties sont multiples, pourra bien constituer cette «obligation essentielle». L'obligation essentielle peut-elle se concilier avec la multiplicité des garanties et la multiplicité des cas d'ouverture de chacune des garanties. L'exemple en est ici donné avec la garantie des pertes d'exploitation. A quel niveau placer le curseur de l'obligation essentielle ? A celui de la garantie pour cause de fermeture toutes causes confondues ? A celui de la même garantie mais pour une cause déterminée, par exemple l'épidémie ?

Ainsi, la clause d'exclusion pourrait être limitée, puisqu'elle ne vide pas de sa substance la garantie des pertes d'exploitation pour fermeture administrative pour diverses causes. Mais elle devrait être quand même réputée non écrite car elle prive de sa substance **la sous catégorie** des pertes d'exploitation pour fermeture administrative ayant pour cause une épidémie. C'est ce que la cour d'appel de Besançon a, ici, jugé.