# Revue de la Recherche Juridique

Droit prospectif

Rédacteur en chef Emmanuel Putman

> 2015-4 XL - 159

Presses Universitaires d'Aix-Marseille puam

# LA BONNE FOI COMME CONDITION DE LA PROROGATION DU DROIT DE RENONCIATION EN ASSURANCE-VIE

#### ENTRE L'AMONT ET L'AVAL\*

David NOGUÉRO Professeur Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité (IDS - UMR-INSERM 1145)

**Abstract**: In life insurance, to exercise the right of withdrawal, which allows the purchaser to withdraw from the contract formed, the legislature introduced the classical requirement of good faith, to contradict the jurisprudence of the Court of cassation considered that the previously indifferent to the implementation of the extension of the period of this discretionary right under article L. 132-5-2 of the insurance code. The conditions of application of the new law of 30 december 2014, either in time or as to the contours of the concept of good faith, raises questions on the implementation of the right to cancel the subscriber recognized faculty since 1981 under french law. It is suggested, prospectively, to distinguish according to the recipient's profile to sanction the breach of the duty to inform the insurer.

Le droit de rétractation ou de repentir est une prérogative légale offerte à un contractant afin de revenir unilatéralement sur l'engagement qu'il a préalablement et régulièrement accepté<sup>1</sup>. En droit des assurances, le législateur use, à propos de cette technique, de l'expression droit de renonciation<sup>2</sup>. Sous certaines conditions à respecter, ce droit qui ne s'adresse pas à tous les assurés, mais à une certaine catégorie d'entre eux, existe désormais pour l'assurance à distan-

\* Avertissement. Lorsque cet article a été remis à l'éditeur, en décembre 2015, il a été conçu au regard du droit positif pour élaborer une analyse et forger des propositions prospectives. Avant sa publication, certaines des suggestions émises ont été rattrapées par l'actualité! Le chercheur est partagé entre le regret de n'avoir pu diffuser en temps réel son intuition première et la satisfaction de voir sa réflexion confortée. Aussi, les nouvelles données ont été intégrée dans la version livrée dont la construction initiale a été maintenue.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 11° éd., 2013, n° 263; M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2001, préf. M.-A. Frison-Roche, n° 210 s. (les références citées sur le droit de repentir).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> M. Cannarsa, « Les facultés de rétractation en droit de la consommation et en droit des assurances : continuité en droit interne, changements en droit communautaire », *RGDA* 2009, p. 25 : l'auteur distingue le fondement de la protection contre la précipitation et celui de la préservation du consentement contre un manquement du professionnel, pour la prorogation du délai.

ce (vie et non-vie)<sup>3</sup>, le démarchage<sup>4</sup>, ou les assurances affinitaires<sup>5</sup>. On peut y voir des occurrences du droit de l'assurance/consommation<sup>6</sup>. Au travers du droit de renonciation, l'épargnant est vu comme un consommateur.

Une telle faculté de renoncer existait déjà en assurance-vie directe, ou, si l'on préfère, face à face, dans notre droit national précurseur, depuis la loi n° 81-5 du 7 janvier 1981, avec les articles L. 132-5-1 et L. 132-5-2 du code des assurances<sup>7</sup>, entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1981<sup>8</sup>. À cette époque, en assurance-vie, le droit de renonciation est prévu comme une faculté autonome pour se retirer du contrat pour la personne physique<sup>9</sup> qui a été sollicitée en divers lieux (7 jours) – le démarchage – ou qui a « signé une proposition d'assurance ou une police d'assurance » (30 jours).

Mais, déjà, le droit de renonciation peut servir à sanctionner l'assureur qui n'a pas satisfait à son devoir légal d'information précontractuelle instauré selon un certain formalisme. En effet, l'article L. 132-5-1, alinéa 2 *in fine*, du code des assurances prévoyait :

« Le défaut de remise des documents et informations énumérés au présent alinéa entraîne de plein droit la prorogation du délai prévu à l'alinéa ci-dessus pendant trente jours à compter de la date de la remise effective de ces documents ».

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Issu de l'ordonnance n° 2005-648 du 6 juin 2005, art. L. 112-2-1 C. assur. (transposition de la directive n° 2002-65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE). En son IV, le texte décrit le contenu de l'information en renvoyant à l'art. L. 132-5-1, ce qui s'ajoute au III du texte, notamment le 5° pour le droit de renonciation. En son II, 2°, le texte prévoit le délai (30 jours) et le point de départ du droit de renonciation : « a) Soit à compter du jour où l'intéressé est informé que le contrat à distance a été conclu; b) Soit à compter du jour où l'intéressé reçoit les conditions contractuelles et les informations, conformément à l'article L. 121-28, si cette dernière date est postérieure à celle mentionnée au a ». Pas de prorogation prévue, ni d'exigence de bonne foi pour la conditionner. Comp. le renvoi à l'art. L. 132-5-2 pour des opérations de prévoyance collective et d'assurance, à adhésion facultative, C. assur., art. L. 441-3, II.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Issu de la loi n° 2008-3 du 3 janv. 2008, art. L. 112-9 C. assur.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Issu de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, art. L. 112-10 C. assur.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> D. Noguéro, Le consommateur d'assurance, Colloque de Niort, 2005, éd. Droit In Situ, 2006.

 $<sup>^7</sup>$  Pour des dispositions relativement équivalentes, art. L. 223-8 C. mutualité et art. L. 932-15 C. sécu. sociale.

<sup>8</sup> Art. L. 132-5-2 C. assur. abrogé au 1<sup>er</sup> janv. 1986 par la loi n° 85-608 du 11 juin 1985. Réintroduit à partir du 1<sup>er</sup> mars 2006.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Dispositif propre à la personne physique, pas morale. V. civ.  $2^c$ , 9 juill.  $2009: n^\circ$  08-16.280. Implic.: civ.  $2^c$ , 4 févr.  $2010: n^\circ$ s 08-21.367 et 09-10.311; RGDA 2010, p. 409,  $1^{rc}$  esp., note J. Bigot; JCP G 2010, 428, obs. J. Kullmann (moyen unique; souscriptions en sept. 1997 et avr. 2000). Civ.  $2^c$ , 19 mai 2016:  $n^\circ$  15-12.768 ( $1^{cr}$  moyen).

En ce sens, également, l'alinéa 2 de l'article L. 132-5-2 du même code disposait :

« Le défaut de remise contre récépissé des documents énumérés au deuxième alinéa de l'article L. 132-5-1 entraîne de plein droit la prorogation du délai prévu au premier alinéa ci-dessus pendant sept jours à compter de la date de la remise effective de ces documents ».

Ces dispositions légales ont souvent évolué<sup>10</sup> avec aussi l'intervention du droit communautaire<sup>11</sup>. Toutefois, la prorogation du délai de renonciation a toujours été maintenue en droit français. Au regard du contexte économique et financier, est apparu un contentieux fameux sur l'exercice de ce droit de renonciation à la charnière du nouveau millénaire. Dans le cadre imparti, on ne saurait s'étendre sur les nombreux contours de cette jurisprudence abondamment commentée, qui a suscité la critique virulente et permanente de nombreux auteurs<sup>12</sup>, et des assureurs, et inspiré des réactions législatives<sup>13</sup>.

On s'attardera surtout ici sur la dernière évolution en date, qui conduit à une légère modification de l'article L. 132-5-2, par la suppression de quelques mots (« entraîne *de plein droit* ») et surtout l'ajout d'autres vocables importants, modification censée contrecarrer la jurisprudence de la Cour de cassation jusque-là indifférente à la bonne ou mauvaise foi du souscripteur afin d'exercer

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Pour l'art. L. 132-5-1 C. assur.: loi n° 85-608 du 11 juin 1985; loi n° 92-655 du 16 juill. 1992; loi n° 94-5 du 4 janv. 1994; loi n° 2003-706 du 1<sup>et</sup> août 2003; loi n° 2003-775 du 21 août 2003; décret n° 2004-346 du 21 avr. 2004; loi n° 2005-1564 du 15 déc. 2005 dite DDAC. Pour l'art. L.7132-5-2 C. assur.: loi n° 85-608 du 11 juin 1985; loi n° 2005-1564 du 15 déc. 2005 dite DDAC; ordonnance n° 2010-76 du 21 janv. 2010; loi n° 2013-672 du 26 juill. 2013; ordonnance n° 2014-696 du 26 juin 2014; loi n° 2014-1662 du 30 déc. 2014.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Directive n° 79-267 du 5 mars 1979, 1<sup>re</sup> directive, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe sur la vie et son exercice. Directive n° 90-619 du 8 nov. 1990, 2e directive, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 79-267 CEE (art. 15). Directive n° 92-96 du 10 nov. 1992, 3e directive, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, et modifiant les directives 79-267 CEE et 90-619 CEE (annexe III, A, a.13). Directive n° 2002-65/CE du 23 sept. 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs (harmonisation maximale). Directive n° 2002/ 83/CE du 5 nov. 2002 du Parlement européen et du Conseil concernant l'assurance directe sur la vie (art. 35). Directive n° 2009/138/CE du 25 nov. 2009 du Parlement européen et du Conseil sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice, dite solvabilité II (art. 186). 12 Une « doctrine déchaînée contre la Cour de cassation », car « tout est parti d'une erreur juridique monstrueuse », selon J. Kullmann, lors de la Conférence-débat, AIDA, 26 janv. 2015. V. not. M. Belmont et H. Lacombes, « Le droit du renard », RGDA 2003, p. 413.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Dans le présent cadre, on ne peut que renvoyer à la riche littérature juridique sur le sujet. V. not. L. Mayaux, « Renonciation et prorogation en assurance-vie : le couple diabolique », in *Les grandes questions du droit des assurances*, LGDJ, Lextensoéditions, 2011, p. 221.

son droit discrétionnaire de renonciation grâce à une prorogation de son délai. Cette jurisprudence a depuis évolué, en mai 2016, par une série de quatre décisions de censure (au moins partielle), comme on le verra. L'amendement sénatorial a intégré la loi. Par une disposition (art. 5) de la loi n° 2004-166 du 30 décembre 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, dite loi DDADUE<sup>14</sup>, l'alinéa 4 connaît une nouvelle rédaction entrée en vigueur le 1er janvier 2015 :

« Le défaut de remise des documents et informations prévus au présent article entraîne, pour les souscripteurs de bonne foi, la prorogation du délai de renonciation prévu à l'article L. 132-5-1 jusqu'au trentième jour calendaire révolu suivant la date de remise effective de ces documents, dans la limite de huit ans à compter de la date où le souscripteur est informé que le contrat est conclu (on souligne) »<sup>15</sup>.

Sur le processus législatif qui a abouti à cette exigence, chacun est libre de son appréciation. Certains y verront une concession aux assureurs adeptes du *lobbying*, dans un contexte où, par ailleurs, il fallait songer à promouvoir les contrats « euro-croissance »<sup>16</sup>, dans un but de financement de l'économie atone, partant s'attacher l'investissement collaboratif des acteurs du marché. Prenons ce qui est, ce qui pourrait donc passer pour un cadeau entre les réveillons.

Avec l'affichage de la bonne foi, principe qui irrigue habituellement le contrat d'assurance comme le droit commun des obligations, ce serait un exercice abusif du droit de renonciation qui connaîtrait enfin son épilogue, les assureurs étant délivrés du piège dans lequel ils étaient enfermés par suite d'une négligence. Il est vrai qu'il ne faut pas méconnaître la force du symbole. La discipline restaurée pourrait résulter de la crainte née de la parole du

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Discussion et adoption, après engagement de la procédure accélérée, le 18 septembre 2014 à l'Assemblée nationale, le 16 octobre 2014 au Sénat ; et après la commission mixte paritaire, le 17 décembre 2014.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Retour à la bonne foi! La réforme de l'article L. 132-5-2 du Code des assurances par la loi du 30 décembre 2014, Conférence-débat, AIDA, 26 janv. 2015. L. Mayaux, «Assurance vie – Renonciation et prorogation. Le législateur met fin au « couple diabolique », *L'Argus de l'assurance*, n° 7398, 27 févr. 2015, p. 40. Ph. Pierre, «La modification du régime de la renonciation du preneur d'assurance sur la vie (L. n° 2014-1662, 30 déc. 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière) », *RCA* avr. 2015, Étude n° 4 - L. Perdrix, «La bonne foi s'impose dans la prorogation de la faculté de renonciation à un contrat d'assurance-vie », *AJ Contrats d'Affaires*, Conc., Distr., avr. 2015, p. 167. E. Seifert, «Assurance sur la vie et information précontractuelle », *RCA* oct. 2015, Formule 9.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Amendement présenté par MM. Germain et Chiron, ce dernier insistant sur cet aspect. Compte rendu de séance, déb. Sénat, 16 oct. 2014. Même chose pour Harlem Désir, Secrétaire d'État. V. Ph. Pierre, « La modification du régime de la renonciation du preneur d'assurance sur la vie », préc. : « le soutien de la réforme à la diffusion économique des nouveaux fonds de placement du type « Eurocroissance » – mis en exergue lors des débats parlementaires – nous paraît à tout le moins mesuré ».

législateur<sup>17</sup>. Il peut certes en aller ainsi un temps, plus ou moins long. Puis, il faudra se pencher concrètement sur la disposition afin de connaître exactement les modalités de sa mise en œuvre et son efficience. Il en va d'autant plus ainsi que la Cour de cassation a nettement modifié son approche après une décennie en sens opposé<sup>18</sup>.

L'idée est celle d'une espèce de retour aux sources par l'introduction de la référence à la bonne foi, pour mettre fin à la dérive constatée – pourtant tolérée par les juges jusqu'à une époque récente – quant à l'utilisation dévoyée du droit de renonciation. Il conviendrait de dissiper le trompe-l'œil d'un prétendu défaut d'information idoine qui serait sanctionné à tort. Après avoir essayé, en amont, de régler cette difficulté, en jouant sur les modalités de la délivrance de l'information, il serait proposé d'intervenir en aval, sur la mise en œuvre du droit de repentir, spécialement son délai. Dans cette optique, on peut se demander si la foi dans la bonne loi (I), qui est désormais affichée, dont l'efficacité reste néanmoins à démontrer, n'occulte pas la foi dans une autre voie (II), qui serait à explorer.

#### I. La foi dans la bonne loi.

La loi DDADUE de 2014 est nouvelle. Est-elle bonne ? Comme toute loi nouvelle, elle est censée être meilleure pour régler une difficulté récurrente depuis des années. Il faut donc savoir à quels contrats elle s'applique et également comment elle est susceptible d'influencer la mise en œuvre du droit de renonciation. Envisageons successivement l'application dans le temps de la loi nouvelle (A) et le temps de l'application de la loi actuelle (B).

# A. L'application dans le temps de la loi nouvelle.

Le nouveau dispositif fait suite à une solution prétorienne antérieure (1) qui a suscité la critique (2), ce qui conduit à s'interroger sur la date d'entrée en vigueur de l'exigence de la bonne foi (3) désormais consacrée.

<sup>17</sup> Comp. Ph. Pierre, « La modification du régime de la renonciation du preneur d'assurance sur la vie », préc. : déniant la nature interprétative de la loi, l'auteur considère que « la loi du 30 décembre 2014 ne devrait guère modifier le paysage actuel et constituera au mieux une précaution contre l'impulsivité des plaideurs ».

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Civ. 2e, 19 mai 2016: *Bull. civ.* II, n° 15-12.767 (souscriptions en juin 2008). Civ. 2e, 19 mai 2016: n° 15-18.691 (adhésion en juill. 2007). Civ. 2e, 19 mai 2016: n° 15-12.768, préc. (souscriptions en sept. 2007). Civ. 2e, 19 mai 2016: n° 15-18.690 (adhésion en mai 2007).

# 1. La solution prétorienne antérieure.

Peser la contribution de la loi de 2014 oblige à présenter la jurisprudence contre laquelle il s'agit de réagir. On retrouve les deux arrêts initiateurs qui, plus largement, ont posé le cadre de l'analyse des dispositions légales, avant l'intervention de la loi du 15 décembre 2005 dite DDAC.

Par deux décisions du 7 mars 2006, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a écarté l'obstacle qu'aurait pu constituer la bonne foi défaillante. Dans la première affaire, dans laquelle le pourvoi s'appuyait ouvertement sur l'article 1134, alinéa 3, du code civil (ancien à compter du 1er octobre 2016)<sup>19</sup>, la Cour décide

« qu'il résulte de l'article L. 132-5-1 du Code des assurances, d'ordre public, et conforme à la directive 2002/83/CEE du 5 novembre 2002, que l'exercice de la faculté de renonciation prorogée, ouverte de plein droit pour sanctionner le défaut de remise à l'assuré des documents et informations énumérés par ce texte est discrétionnaire pour l'assuré dont la bonne foi n'est pas requise »<sup>20</sup>.

Dans la seconde affaire, la critique et l'attendu de principe sont identiques<sup>21</sup>.

La solution a été reproduite, avec la précision parfois que « la recherche invoquée est inopérante »<sup>22</sup>. Dans cette analyse, la bonne foi n'est donc pas requise, réponse faite à l'argumentation selon laquelle il faudrait tenir compte de la mauvaise foi et d'un exercice abusif de la prérogative ouverte<sup>23</sup>. Avec cette

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

 $<sup>^{20}</sup>$  Civ. 2°, 7 mars 2006 : Bull. civ. II, n° 63, p. 57, n° 05-10.366 ; JCP G 2006, I, 135, n° 10 et s., obs. L. Mayaux ; RGDA 2006, p. 481, 2° esp., note J. Kullmann ; D. 2008, Pan., p. 126, obs. H. Groutel (3° moyen ; souscriptions en avr. et mai 2000).

 $<sup>^{21}</sup>$  Civ.  $2^{\rm c}$ , 7 mars 2006 : Bull. civ. II, n° 63, p. 57, n° 05-12.338 ; RGDA 2006, p. 481, 1 re esp., note J. Kullmann ; RCA 2006, n° 208, note G. Courtieu ; LPA, 16 juin 2006, n° 120, p. 10, note S. Prigent ; JCP G 2006, II, 10056, 1 re esp., note F. Descorps-Declère ; JCP G 2006, I, 135, n° 10 s., obs. L. Mayaux ; D. 2008, Pan., p. 126, obs. H. Groutel (5 e moyen ; souscription en nov. 1999).  $^{22}$  Civ. 2 e, 5 oct. 2006 : n° 05-16.329 (3 e moyen ; souscription en mai 2000).

 $<sup>^{23}</sup>$  Civ.  $2^{\rm e},$  10 juill. 2008 : Bull.~civ. II, n° 177, n° 07-12.072 ; JCP~N~2008, 1318, note S. Hovasse ; RCA~2008, n° 304 et n° 305 ; N. Leblond, «L'obligation d'information de l'assureur vie : une obligation générale et non négociable », RCA~2008, Étude 11 ; RGDA~2008, p. 997,  $1^{\rm re}$  esp., note L. Mayaux (5° moyen ; adhésion à l'assurance de groupe en sept. 2000). Civ.  $2^{\rm e},$  10 juill. 2008 : n° 07-12.071 ; RGDA~2008, p. 997,  $3^{\rm e}$  esp., note L. Mayaux (4° moyen ; adhésion en sept. 2000). Civ.  $2^{\rm e},$  9 juill. 2009 : Bull.~civ. I, n° 189, n° 08-18.730 ; RCA~2009, n° 335 ; LPA, 9 juin 2010, n° 114, p. 15, note D. Archer (2nd moyen ; souscriptions en 2000). Civ.  $2^{\rm e},$  25 févr. 2010 : Bull.~civ. II, n° 43, n° 09-11.352 (souscriptions en janv. 2000). Civ.  $2^{\rm e},$  28 avr. 2011 : n° 10-16.184 (souscription en févr. 2000 ; souscripteur averti).

affirmation, la Haute Cour se dispense d'examiner ce que pourrait être la mauvaise foi défendue par les pourvois.

La stratégie a consisté aussi à tenir pour acquise l'indifférence de principe à la bonne foi pour se situer sur le seul terrain de l'exercice abusif de la prérogative dont la finalité était exposée, en vain : « la bonne foi n'est pas requise »²⁴. En ce sens, il a été jugé que « l'exercice de ce droit de renonciation, qui est un droit discrétionnaire et d'ordre public, ne pouvait être sanctionné sur le terrain de la mauvaise foi »²⁵. S'appuyant sur le formalisme imposé par les textes, la Cour a estimé que le défaut de remise de la note d'information ne peut « être mis en échec par la mauvaise foi du souscripteur ou de l'adhérent assuré »²⁶. La formule varie pour une position répétée en vertu de laquelle, pour ce droit de renonciation de l'assuré, « la bonne foi n'est pas requise »²⁷. En bref, dans son dernier état, avant la loi de 2014, la Cour de cassation maintenait clairement sa solution consistant à refuser d'examiner la bonne ou mauvaise foi du souscripteur renonçant, quelle que soit sa qualité de personne avertie ou profane, pour décider de la prorogation du délai permettant l'exercice de la faculté de renonciation.

La Cour de cassation a mis en avant la justification de l'ordre public<sup>28</sup>. Elle a développé son raisonnement en expliquant une telle règle par l'impératif du marché unique et le développement d'une concurrence accrue pour ces produits pour lesquels la durée d'engagement peut être longue. Pour cette juridiction, « cette sanction est proportionnée aux objectifs poursuivis par cette directive, les assureurs pouvant sans difficulté sauvegarder tant les intérêts des preneurs d'assurance que leurs propres exigences de sécurité juridique en se conformant à leur obligation d'information »<sup>29</sup>. Par la suite, la Cour de Justice

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Civ. 2e, 4 févr. 2010 : n°s 08-21.367 et 09-10.311, préc.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Civ. 2<sup>c</sup>, 15 déc. 2011 : n° 10-24.430 ; RGDA 2012, p. 766, note J. Kullmann (souscriptions en déc. 1999).

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Civ. 2e, 9 févr. 2012 : n° 11-13.707 (souscriptions entre sept. 1995 et janv. 2000).

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 28 juin 2012 : n° 11-18.207 (souscription en nov. 1999).

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Civ. 2e, 10 juill. 2008: n° 07-12.072, préc. (2e moyen): rejetant la critique, « la finalité de la directive 2002/83/CEE, telle qu'elle résulte de son préambule, est de veiller à garantir au preneur d'assurance le plus large accès aux produits d'assurance en lui assurant, pour profiter d'une concurrence accrue dans le cadre d'un marché unique de l'assurance, les informations nécessaires pour choisir le contrat convenant le mieux à ses besoins, ce d'autant que la durée de ses engagements peut être très longue; que, dès lors, pour être proportionnée à cet objectif, la sanction édictée n'a pas à être subordonnée à la démonstration préalable d'un préjudice subi par le preneur d'assurance ». Civ. 2e, 10 juill. 2008: n° 07-12.071, préc. (2e moyen). Civ. 2e, 10 juill. 2008: n° 07-12.070; RGDA 2008, p. 997, 2e esp., note L. Mayaux (2e moyen; adhésion en sept. 2000). Déjà civ. 2e, 7 mars 2006: n° 05-12.338, préc. (1er moyen). Civ. 2e, 7 mars 2006: n° 05-10.366, préc. (1er moyen). Civ. 2e, 5 oct. 2006: n° 05-16.329, préc. (1er moyen).

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 9 juill. 2009 : n° 08-18.730, préc. (2<sup>nd</sup> moyen). Encore civ. 2<sup>e</sup>, 21 mai 2015 : n° 14-18.350 : précisant, « la sanction de la prorogation du délai de renonciation avec annulation rétro-

de l'Union européenne a emboîté le pas d'une telle analyse<sup>30</sup>. Si l'information précontractuelle n'a pas été communiquée comme il se doit, la faculté de renonciation persiste<sup>31</sup>. Il demeure que la position prétorienne a été plus que fraîchement accueillie.

Depuis la loi de 2014, si la conformité à la directive de 2002 a été répétée, la Cour de cassation a censuré la cour d'appel de Paris retenant le « droit discrétionnaire pour l'assuré dont la bonne foi n'est pas requise, qu'il soit averti ou profane »<sup>32</sup>. Pour deux autres affaires, la Cour a censuré la cour d'appel de Versailles ayant considéré que la faculté de renonciation prorogée « est discrétionnaire pour l'assuré dont la bonne foi n'est pas requise quel que soit le moment où il en use » <sup>33</sup>. On reviendra bientôt sur cette analyse suivie postérieurement à la loi.

#### 2. La critique

Elle résulte tant de l'argumentation des assureurs que de la doctrine fortement majoritaire, pour ne pas dire unanime<sup>34</sup>. Elle consiste à dénoncer le détournement du droit de renonciation accordé par la loi. Dans cette perspective, il est clairement mis en avant que le souscripteur n'a en réalité manqué d'aucune information, pour éclairer son consentement, mais que profitant d'une

active du contrat est proportionnée aux objectifs poursuivis par la directive précitée » (adhésion en janv. 2001).

<sup>30</sup> CJUE, 1<sup>re</sup> ch., 19 déc. 2013: Aff. C-209/12, *Walter Endress c/ Allianz Lebensversicherung AG*; RGDA 2014, p. 132, note G. Parléani, La règle selon laquelle le délai de renonciation ne court pas faute d'information précontractuelle expliquée par la Cour de Justice; RCA avr. 2014, Alertes 14. Pour le commentateur, la « ratio legis » « n'est pas la bonne foi entre cocontractants, elle tient dans les nécessités du bon fonctionnement du marché européen de l'assurance », « des considérations de concurrence ». Le droit de renonciation « n'a pas été institué uniquement pour protéger, mais pour permettre à la partie faible de rectifier un choix qui s'était porté vers l'offre d'un opérateur vers une offre concurrente. Ici la protection a une finalité concurrentielle, ou de marché » « parfait ». Le risque de marché incombe dès lors à l'assureur.

<sup>31</sup> Des documents distincts ; sinon la prorogation de plein droit. Ex. civ. 2¢, 7 mars 2006 : n° 05-12.338, préc. (2¢ moyen). Civ. 2¢, 7 mars 2006 : n° 05-10.366, préc. civ. 2¢, 13 juill. 2006 : *Bull. civ.* II, n° 205, p. 196, n° 05-10.958 ; *D.* 2008, Pan., p. 126, obs. H. Groutel (souscription en déc. 1998 ; 1¢ moyen). Civ. 2¢, 19 oct. 2006 : 2 arrêts, n° 05-15.769 et n° 05-15.770 (souscriptions en juill. 2000). Civ. 2¢, 21 déc. 2006 : n° 05-20.752 ; *RGDA* 2007, p. 173, note L. Mayaux ; *RCA* 2006, n° 106 (souscription en févr. 2000). Civ. 2¢, 7 mai 2009 : n° 07-19.890 (souscriptions en mai et juin 2001). Civ. 2¢, 28 mai 2009 : n° 08-15.351 ; *RGDA* 2009, p. 850, note L. Mayaux (adhésion en nov. 1999 ; sur renvoi après cassation, civ. 2¢, 28 juin 2012 : n° 11-18.207). Civ. 2¢, 18 févr. 2010 : n° 09-12.497 (adhésion en févr. 2000). Civ. 2¢, 3 mars 2010 : n° 09-12.175 (souscription en sept. 2000).

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Civ. 2e, 19 mai 2016 : n° 15-12.767, préc. civ. 2e, 19 mai 2016 : n° 15-12.768, préc.

 $<sup>^{33}</sup>$  Civ.  $2^{\rm e},$  19 mai 2016 : n° 15-18.690, préc. et n° 15-18.691, préc. (moyen relevé d'office ; restitutions de 40 000 et de 45 000 euros).

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> J. Kullmann, « L'assuré est en droit d'être de la plus extrême mauvaise foi : l'arrêt qui ne passe pas », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Bigot*, LGDJ Lextensoéditions, 2010, p. 215, spéc. p. 238 s. (les références citées).

pratique des distributeurs de ces produits (les conditions générales valant note d'information), jugée, en définitive, contraire à la lettre de la loi (exigence de deux documents distincts), il a exploité cette faille pour échapper à la perte subie de son capital initialement placé sur des supports subissant les fluctuations boursières (on a affaire à des contrats dits multi-supports). En cette occurrence, la valeur des supports devient inférieure au montant des primes versées. La meilleure démonstration de cette exploitation éhontée d'une négligence est que le souscripteur a réalisé des opérations sur son contrat (rachat partiel ; arbitrage de supports ; avance...), ce qui atteste de sa maîtrise en ce domaine. En bref, le souscripteur, pourtant concrètement informé, voudrait faire supporter sa perte financière, liée au type d'engagement pris (à la fonction d'épargne), par son assureur, partant à la communauté des assurés<sup>35</sup>. Il est souvent souligné le profil de l'investisseur avisé de la plupart de ces souscripteurs exerçant tardivement leur droit de renonciation, pour effacer leur perte<sup>36</sup>. La jurisprudence innovante de mai 2016 s'inscrit dans cette logique<sup>37</sup>.

Pour lever le voile de l'hypocrisie parfois entretenue, il faut effectivement admettre que nombre de ces souscripteurs qui renoncent ont une connaissance précise des mécanismes du contrat conclu. Et, parfaitement avisés, aidés par des professionnels du droit, ils ne font que se servir du droit de renonciation pour revenir à zéro lorsque le placement a mal tourné pour eux. Dynamique pour les gains ; sécurisé pour les pertes. De même, parmi ceux qui ont pu être séduits par ces produits d'assurance-vie, en y plaçant l'essentiel de leurs économies, par exemple en vue de financer leur retraite, il ne faudrait pas négliger les personnes qui ont fait (trop) confiance à ceux qui les commercialisaient, qui négligeaient à l'occasion d'insister dans leur argumentaire sur les risques éventuellement encourus pour mieux vanter les profits attendus, surtout dans une période où les placements étaient plus ascensionnels, vers les cimes du profit, que dans les abysses du décrochage boursier. Il n'y a pas que des méchants et des gentils de chaque côté, comme dans le pays de Candy. La morale peut être heurtée, dans un sens ou dans l'autre, mais il faut se borner à regarder du côté du droit applicable au moment de la survenance du litige.

Pour lutter contre l'exercice du droit de renonciation au délai prorogé, chacun a essayé de déterminer sa finalité, du moins de lui en prêter une. On admettra que l'entreprise n'est guère aisée. Il a été défendu, sans succès, que le

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> J. Kullmann, « L'assuré est en droit d'être de la plus extrême mauvaise foi : l'arrêt qui ne passe pas », préc., p. 242 : soucieux de la mutualité des assurés, l'auteur manifeste le refus de « résignation » pour l'abandon du « principe universel de la bonne foi », face au « caractère outrancier du régime » issu des arrêts de 2006, avec un plaidoyer pour un retour au « bon sens ».

 $<sup>^{36}</sup>$  Ces « dévoiements » dénoncés, « droit du renard », J. Bigot (dir.), Ph. Baillot, J. Kullmann, L. Mayaux, *Traité de droit des assurances*, t. 4 *Les assurances de personnes*, LGDJ,  $1^{\rm re}$  éd., 2007,  $n^{\rm o}$  267.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Civ. 2e, 19 mai 2016: n° 15-12.767, préc. civ. 2e, 19 mai 2016: n° 15-12.768, préc. V. *infra* l'analyse.

délai pendant lequel on permet au souscripteur ou à l'adhérent de sortir unilatéralement du contrat est un « bref délai de réflexion », non une « peine privée »<sup>38</sup>, qui n'a plus de sens après qu'il s'est écoulé des mois voire des années avant l'exercice du droit de renonciation<sup>39</sup>.

À la suite de nombreuses analyses doctrinales à ce sujet, le projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, rendu public le 25 février 2015<sup>40</sup>, distingue nettement le délai de réflexion du droit de renonciation, en son article 1123. Le premier alinéa montre que le délai de réflexion empêche de consentir efficacement au contrat avant son expiration. Avant le consentement déclic du oui, de la signature, il convient de patienter. L'alinéa 2 permet, lui, de constater que le contrat est formé mais qu'il est néanmoins permis de revenir seul sur l'engagement, malgré sa force obligatoire<sup>41</sup>:

« lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de rétractation, il est permis au destinataire de l'offre de rétracter son consentement au contrat jusqu'à l'expiration de ce délai, sans avoir de motif à fournir ».

Indépendamment de la question de l'opportunité d'un tel texte en droit commun, alors qu'une telle prérogative, d'inspiration consumériste, existe et est réglementée par des droits spéciaux, on ne peut que relever la différence réflexion/renonciation quant à la formation de l'accord. Dans cette veine, avec l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, entrant en vigueur le 1er octobre 2016, il est prévu à l'article 1122 :

« La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement ».

La référence à la dispense de motif à donner est gommée.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> En annexe, avec la violation arguée de l'art. 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'art. 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel (respect des biens), à défaut de pouvoir modérateur du juge (sur l'abus ou la mauvaise foi) : civ. 2<sup>e</sup>, 16 mai 2016 : n° 15-18.690, préc. et n° 15-18.691, préc.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 10 juill. 2008 : n° 07-12.072, préc. (5<sup>e</sup> moyen).

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Loi d'habilitation n° 2015-177 du 16 févr. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

 $<sup>^{41}</sup>$  Au 1er oct. 2016, C. civ., art. 1103 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

La critique a aussi consisté à décrire la nature du droit de renonciation qui, par dérogation à l'effet obligatoire du contrat dès sa conclusion<sup>42</sup>, permet au consommateur, pendant une durée brève, de rétracter son consentement<sup>43</sup>. Sur la finalité, il a été avancé qu'elle est « la protection du souscripteur contre un engagement inconsidéré, pris sans que son consentement ait été suffisamment éclairé »<sup>44</sup>. L'objectif fondamental du texte étant affiché, il était défendu qu'il

« n'est pas normal que l'exercice ou la faculté de renonciation destiné à protéger le consentement initial du consommateur puisse lui servir à annihiler les effets ultérieurs mais normaux de l'exécution du contrat »<sup>45</sup>.

Autrement dit, dans une telle optique, c'est au stade de la période suivant immédiatement la conclusion de l'accord, dans un délai plus ou moins bref (souvent en jours), qu'une telle prérogative exorbitante est normalement prévue et, le cas échéant, à exercer. En user des années après la conclusion du contrat contredit son but qui est de permettre à son titulaire de se retirer assez vite d'un engagement irréfléchi ou jugé inadapté (irraisonné ou pas d'ailleurs), en définitive. Le droit de repentir ne serait pas un droit de rupture sans limite de temps, pour obéir à sa propre logique de revenir sur un consentement existant et intègre bien que manifesté précipitamment.

Mécontents de l'évolution de leur capital/épargne, et reprochant à l'assureur de n'avoir pas respecté son obligation précontractuelle d'information au moment de la souscription du contrat, en vertu du vecteur décrit par les textes, les souscripteurs ne pourraient étirer excessivement dans le temps le droit de renoncer, sauf à dénaturer la fonction de celui-ci. Dans cet ordre d'idées, le contrat devrait être purgé du droit de renonciation au bout d'un certain délai. Le droit de renonciation est alors un instrument d'appoint permettant de favoriser un consentement éclairé<sup>46</sup>, sans menacer trop longtemps la stabilité du contrat. Et si le contenu de l'information a été délivré, par un moyen ou un autre, indépendamment du support, il devient incohérent d'autoriser la sortie de la police par son anéantissement rétroactif<sup>47</sup>.

 $<sup>^{42}</sup>$  Le contrat formé, existe bien. Implic. civ. 2e, 20 nov. 2014 : n° 13-25.979 ; RCA 2015, n° 70 (adhésions en déc. 1992, avec résiliation en 1995 sur le fondement de l'art. L. 132-20 C. assur.).

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 7 mars 2006 : n° 05-10.366, préc. (2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> moyens rejetés).

 $<sup>^{44}</sup>$  Civ. 2e, 7 mars 2006 : n° 05-12.338, préc. (5e moyen rejeté).

 $<sup>^{45}</sup>$  Civ.  $2^{\rm e}, 5$  oct.  $2006: n^{\rm o}$  05-16.329, préc. (3° moyen rejeté).

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 9 févr. 2012 : n° 11-13.707, préc. (2<sup>e</sup> branche du moyen rejeté).

 $<sup>^{47}</sup>$  Sur cet effet de l'exercice d'un droit de renonciation, civ.  $3^{\rm c}$ , 13 févr. 2008 : Bull. civ. III, n° 29, n° 06-20.334 ; RTD civ. 2008, p. 293, obs. B. Fages. Implic. le débat pour l'assurance-vie : com. 12 janv. 2010 : n° 08-17.956 ; JCP G 2011, 398, n° 4, obs. J. Kullmann (1er moyen). Civ. 2e, 6 mai 2010 : n°s 08-70.009 et 09-65.902 (compensation). V. l'analyse en caducité, V. Christianos, « Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs », D. 1993, Chron., p. 30.

Pour compléter l'explication, il peut encore être indiqué que le souscripteur ne subit pas de préjudice par le défaut d'information grâce au document distinct de la note parce qu'il en dispose par ailleurs<sup>48</sup>. Ce souscripteur n'a que la volonté d'éviter les fluctuations négatives du marché, c'est-à-dire une perte pécuniaire sur le placement opéré.

Par comparaison, en admettant l'abus en 2016, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a néanmoins approuvé la cour d'appel, pour refuser de poser une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union européenne, d'avoir « exactement déduit que l'article L. 132-5-2, alinéa 2, du code des assurances était conforme au droit de l'Union »<sup>49</sup>. Pour ce faire, elle a écarté l'objection selon laquelle le manquement de l'assureur, purement formel, était véniel. La Cour a aussi refusé « de subordonner la sanction à la démonstration préalable d'un préjudice subi par le preneur d'assurance ».

Toutefois, l'addition de ces explications paraît être une approche réductrice du rôle que le législateur a décidé de donner au droit de renonciation en assurance-vie. Certes, a été accordée une faculté de se retirer de la police conclue à partir d'un moment désigné. Le délai préfix, en jours calendaires<sup>50</sup>, court, en règle, à compter du jour où le souscripteur ou l'adhérent est informé que le contrat est conclu (alors l'information précontractuelle doit avoir été remise auparavant), ayant donc connaissance de l'acceptation de l'assureur<sup>51</sup>. Par exception, grâce à la prorogation du délai pour exercer ce droit, c'est encore trente jours à partir de la remise effective des documents d'information, si elle est postérieure à l'information sur la conclusion de la police. Avec la règle de principe, on retrouve la fonction décrite d'une prérogative exceptionnelle devant être exercée assez rapidement après la mise en place du contrat. Est en vue le consentement éclairé et réfléchi sur le risque de l'opération, non précipité.

 $<sup>^{48}</sup>$  Comp. sur le terrain de la responsabilité pour faute, pour un intermédiaire, civ.  $2^{\rm e},$  11 juin 2015 : n° 14-18.382 ; RGDA 2015, p. 420, note D. Langé.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Civ. 2<sup>c</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.767, préc. (1<sup>cr</sup> moyen). Le pourvoi avançait que « l'appréciation du caractère proportionné d'une sanction s'effectue de façon nécessairement concrète, en mettant en balance, d'un côté, le degré d'atteinte aux règles protégées, la nature de ces règles, d'un autre côté, le préjudice subi par la "victime" supposée du manquement ». V. l'annexe qui livre la position des juges du fond, notamment quant à l'information pour la comparaison des offres et l'incidence sur la libre prestation de service. *Idem* civ. 2<sup>c</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.768, préc. (1<sup>cr</sup> moyen ; dont 2<sup>nde</sup> branche irrecevable ; et annexe).

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Art. L. 132-5-1, al. 1, *in fine* C. assur. : « Ce délai expire le dernier jour à vingt-quatre heures. S'il expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il n'est pas prorogé ».

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Depuis 1981 jusqu'à la loi DDAC du 15 déc. 2005, c'était « à compter du premier versement » (art. L. 132-5-1, al. 1<sup>cr</sup>, C. assur.).

Mais il y a plus que ce seul objectif. Même si cela peut paraître original, le législateur français a estimé que le droit de renonciation pouvait servir afin de sanctionner le manquement à l'obligation d'information prévue par loi, ce qui relève habituellement, en droit commun<sup>52</sup>, de la responsabilité civile voire de la nullité de l'accord<sup>53</sup>. Il a instauré la prorogation du délai pour renoncer<sup>54</sup>. On est au-delà de la seule protection du consentement, au sens de son intégrité, même si cette protection largement entendue n'est peut-être pas tout à fait absente, du moins au regard de l'effet du manquement de l'assureur quant au choix de placement effectué<sup>55</sup>. Pour nous, il ne saurait être affirmé que la prorogation de la faculté de renonciation qui bénéficie au seul souscripteur ou adhérent est sans lien avec une finalité protectrice de celui-ci, à un titre ou un autre. Il peut s'agir de le protéger contre un engagement irréfléchi au regard de l'offre du marché des services financiers.

Existe « la faculté de renonciation ouverte de plein droit au preneur par l'alinéa 2 de l'article L. 132-5-1 du Code des assurances, pour sanctionner le défaut de remise par l'assureur des documents et informations énumérés par ce texte »<sup>56</sup>. Les directives sont silencieuses à ce sujet. La critique sur la conformité de la sanction au droit de l'Union européenne, par référence à la transposition de directive, a échoué<sup>57</sup>. Malgré les objections soulevées, la compatibilité avec le droit communautaire a été admise par la Cour de cassation dès les arrêts initiateurs de 2006<sup>58</sup>. Invoquant la jurisprudence de la Cour de Justice, la Cour de cassation a même décidé que le droit communautaire

« s'oppose à ce qu'une législation nationale ne reconnaisse au preneur d'assurance un droit de renonciation que pour une durée limitée à compter du versement de la première prime (aujourd'hui la connaissance

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> Au 1<sup>er</sup> oct. 2016, C. civ., art. 1112-1, al. 6 : « Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ».

 $<sup>^{53}</sup>$  Comp. pour une réticence dolosive, avec un défaut de remise des documents contractuels, civ.  $^{1re}$ ,  $^{1er}$  févr.  $^{2000}$ :  $^{\circ}$  97-16.773.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Sur cette spécificité française, et le défaut de directive d'harmonisation maximale, laissant une marge d'initiative aux États, J. Bigot (dir.), Ph. Baillot, J. Kullmann, L. Mayaux, *Traité de droit des assurances*, t. 4 *Les assurances de personnes*, op. cit., n° 271.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 21 mai 2015 : n° 14-18.350, préc. : le délai pour se rétracter « permet de s'assurer que le preneur dispose de toutes les informations nécessaires pour opérer un choix éclairé entre différentes propositions d'assurance et de sanctionner de manière effective, proportionnée et dissuasive le défaut d'information préalable, ce qui relève de la compétence des États membres en application » du droit communautaire.

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 7 mars 2006 : n° 05-10.366, préc. (2<sup>e</sup> moyen).

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Récapitulatif, H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance*, Litec, 1<sup>re</sup> éd., 2008, n° 2146, p. 1442, note 376.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 7 mars 2006 : n° 05-12.338, préc. (1<sup>er</sup> moyen). Civ. 2<sup>e</sup>, 7 mars 2006 : n° 05-10.366, préc. (1<sup>er</sup> moyen). Encore civ. 2<sup>e</sup>, 5 oct. 2006 : n° 05-16.329, préc. (1<sup>er</sup> moyen).

de la conclusion du contrat), lorsque celui-ci n'a pas été informé de son droit de renonciation, *faisant ainsi un lien* entre l'information précontractuelle incombant à l'assureur et l'exercice par le preneur d'assurance de son droit de renonciation (on souligne) »<sup>59</sup>.

Pas davantage il ne fait obstacle à ce « que le non-respect de cette obligation soit sanctionné par le maintien du droit de renonciation prévu au profit de l'assuré par l'article L. 132-5-1 du code des assurances », étant entendu

« que le délai prévu par ce texte, dans sa rédaction applicable, n'est pas illimité puisqu'il a pour point de départ la remise par l'assureur des documents visés et prend fin trente jours après cette remise effective ».

À été également perdu le combat sur le fondement de différents principes et règles comme les exigences de proportionnalité et d'individualisation des peines, ou le principe de stabilité des contrats et de la liberté contractuelle. Les États membres sont tenus de prendre les mesures propres à garantir l'efficacité des règles issues du droit communautaire. En réponse à une demande de question prioritaire de constitutionnalité, la Cour de cassation a précisé, dans cette ligne, que

« le dispositif ainsi mis en œuvre, destiné à garantir le plus large accès aux produits d'assurance en permettant au souscripteur, pour profiter d'une concurrence accrue dans le cadre d'un marché unique de l'assurance, d'obtenir les informations nécessaires pour choisir le contrat convenant le mieux à ses besoins, répond à un objectif de protection du consommateur (on souligne) »<sup>60</sup>.

La libre concurrence est souvent imbriquée avec la protection du consommateur<sup>61</sup>. La prorogation du délai est adoubée en constitutionnalité.

Même si la Cour de cassation a fini par accueillir l'abus en 2016, en rejetant le moyen de l'assureur non fondé sur ce point, elle a tout de même retenu la proportionnalité qui permet de proroger le délai de renonciation, serait-ce de plusieurs années :

« qu'après avoir à bon droit énoncé que lorsqu'une réglementation communautaire ne comporte aucune disposition spécifique prévoyant une sanction en cas de violation, ou renvoie sur ce point aux réglementations

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 21 mai 2015 : n° 14-18.350, préc. (pas de question préjudicielle à transmettre à la CJUE). <sup>60</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 13 janv. 2011 : n° 10-16.184 ; *RCA* 2011, n° 123 : « la restitution par l'assureur de l'intégralité des sommes versées par le souscripteur ayant usé de son droit de renonciation présente un caractère effectif, proportionné et dissuasif, sans porter atteinte aux dispositions constitutionnelles invoquées ».

<sup>61</sup> CJUE, 1<sup>rc</sup> ch., 19 déc. 2013 : Aff. C-209/12, Walter Endress c/ Allianz Lebensversicherung AG, préc. Adde M.-S. Payet, Droit de la concurrence et droit de la consommation, op. cit.

nationales, ce qui est le cas de l'article 36 de la directive 2002/83 CE et de son annexe III, il incombe aux États membres de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'effectivité du droit communautaire dans les conditions de fond et de procédure conférant à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif, l'arrêt retient que la sanction prévue à l'article L. 132-5-2 du code des assurances est proportionnée à l'objectif de la directive vie rappelé au considérant n° 52 qui est de faire profiter le consommateur de la diversité des contrats et d'une concurrence accrue, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que le manquement est purement formel ou tient au contenu de l'information qui doit être fournie, ni de subordonner la sanction à la démonstration préalable d'un préjudice subi par le preneur d'assurance (on souligne) »6².

Dès lors que les modalités de la transmission de l'information légale ne sont pas respectées, le souscripteur est censé – peut-être artificiellement, parfois, dans les faits – ne pas être régulièrement éclairé, notamment sur son droit de repentir. Le défaut d'information comme celle incomplète ou partielle, et celle incorrectement délivrée du point de vue de la forme, équivaut à un manquement. Du moins, l'assuré est en droit de se prévaloir du droit de se rétracter dans un délai identique de trente jours mais avec une computation particulière. Le délai de trente jours n'a pu expirer du fait de la méconnaissance par le professionnel de son devoir d'information.

Aussi, est pratiquement allongé le temps de sa faculté de quitter le contrat : le délai du droit de renonciation est prorogé, selon les termes de la loi. Il n'est pas question de nullité de la police, qui suppose la démonstration positive d'un consentement altéré<sup>63</sup>. On aboutit concrètement à un ajournement du point de départ du délai de rétractation de trente jours. Ce point de départ reculé allonge, en fait, dans le temps, la faculté de se retirer du contrat. Tant que la remise effective de l'information idoine n'est pas faite<sup>64</sup>, la faculté

60

<sup>62</sup> Civ. 2e, 19 mai 2016: n° 15-12.767, préc. (1er moyen). V. la riche argumentation du pourvoi. Idem civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.768, préc. (1<sup>er</sup> moyen) : en débutant par « l'arrêt retient que [...] » et inchangé jusqu'à dissuasif. Puis « n° 52, à savoir de faire profiter au consommateur [...] ». 63 Civ. 2e, 3 juin 2004: Bull. civ. I, n° 262, p. 222, n° 03-12.619 (souscription en avr. 1992; abus de faiblesse et dol soutenus). Civ. 2e, 8 mars 2006 : n° 05-10.324 ; RCA 2006, n° 209 (adhésion en nov. 2000). Civ. 2e, 17 avr. 2008 : n° 07-15.687 ; RGDA 2008, p. 721, note L. Mayaux (adhésion). Civ. 2c, 15 mai 2008: n° 07-11.049 (adhésions en sept. et nov. 1999, et févr. 2000; assurés profanes, « non la nullité ou la résiliation »). Civ. 2e, 2 avr. 2009 : n° 08-13.956 (adhésions en févr. et juill. 2000 ; « non la nullité ou la résiliation »). Comp. sur le terrain procédural, pour des demandes tendant aux mêmes fins, avec un fondement juridique différent (art. 565 CPC), civ. 2e, 8 oct. 2009 : n° 08-20.207 (souscriptions en janv. et févr. 2000 ; 1er moyen) : les souscripteurs « limitent leurs demandes à leurs prétentions indemnitaires initiales, leur faculté de renonciation étant présentée comme un moyen tendant aux mêmes fins » (action en responsabilité pour manquement au devoir d'information et de conseil, et perte de chance) que leur action en nullité du contrat ». <sup>64</sup> Toutes les versions de l'art. L. 132-5-2 C. assur. prévoient que le défaut de remise d'information entraîne de plein droit la prorogation du délai de renonciation.

de se rétracter persiste. Elle existe dès avant, à l'article L. 132-5-1 — même si les documents d'information ne sont pas encore remis —, donc pendant plus de trente jours alors (si cette remise tarde), et elle est maintenue dans le temps, en vertu de l'article L. 132-5-2, alinéa 4, dans la limite de trente jours à compter de la remise de l'information.

Certains pourront trouver que le formalisme imposé (des documents distincts) est aveugle ou obsessionnel, ne tenant pas compte de l'information réellement transmise et à disposition, qui a pu attirer l'attention de son destinataire. Il leur a été répondu sèchement qu'il était facile de s'y conformer pour éviter de subir une renonciation<sup>65</sup>, y compris par la Cour de Justice de l'Union européenne<sup>66</sup>. Dès 2006, la Cour de cassation considérait qu'il est retenu

« exactement que par les dispositions du texte précité, le législateur a entendu contraindre l'assureur à délivrer au souscripteur une information suffisante et choisi d'assortir cette obligation d'une sanction automatique, dont l'application ne peut donc être modulée en fonction des circonstances de l'espèce »<sup>67</sup>.

Et en rejetant la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité, la deuxième chambre civile a affirmé

« que le législateur a pu sans méconnaître l'étendue de ses pouvoirs renvoyer au pouvoir réglementaire le soin de préciser les détails des modalités suffisamment définies par lui ; que si le défaut de remise des documents et informations entraîne de plein droit la prorogation du délai de rétractation, l'assureur peut à tout moment faire courir ce délai en respectant ses obligations »<sup>68</sup>.

Cette motivation n'est pas reprise en 2016 bien que la prorogation du fait du manquement soit admise dans le principe<sup>69</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>65</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 9 juill. 2009 : n° 08-18.730, préc. : « les assureurs pouvant sans difficulté sauvegarder tant les intérêts des preneurs d'assurance que leurs propres exigences de sécurité juridique en se conformant à leur obligation d'information » (2<sup>nd</sup> moyen). V. *infra* les nuances à apporter quant au contenu de l'information.

<sup>66</sup> CJUE, 1<sup>re</sup> ch., 19 déc. 2013 : Aff. C-209/12, Walter Endress c/ Allianz Lebensversicherung AG, préc. : motif 30, points 45 et 46 des conclusions de Mme l'avocat général E. Sharpston, « l'assureur ne saurait valablement invoquer des motifs de sécurité juridique pour remédier à une situation causée par son propre défaut de se conformer à l'exigence, découlant du droit de l'Union, de communiquer une liste définie d'informations », dont celle sur le droit de renonciation.

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> Civ. 2°, <sup>7</sup> mars 2006 : n° 05-10.366, préc. (3° moyen). Civ. 2°, <sup>7</sup> mars 2006 : n° 05-12.338, préc. (5° moyen). V. la motivation d'appel semblable censurée, civ. 2°, <sup>19</sup> mai 2016 : n° 15-18.690, préc. et n° 15-18.691, préc. (moyen relevé d'office).

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 13 janv. 2011 : n° 10-16.184, préc.

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.767, préc. (1<sup>er</sup> moyen). Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.768, préc. (1<sup>er</sup> moyen).

On sait que la faculté de renonciation est qualifiée de discrétionnaire au sens où le souscripteur n'a pas à livrer son ou ses motifs afin de l'exercer. Le législateur a consacré ultérieurement cela, notamment pour l'assurance à distance où il est possible de « renoncer, sans avoir à justifier de motif ni à supporter de pénalités »70. Ce droit a également été qualifié de discrétionnaire en cas de prorogation du délai de renonciation, avant la loi de 2014. Le fait qu'il n'y a pas de contrôle de la motivation a probablement un lien avec le fondement de ce droit. On peut y voir une forme de protection du consentement du souscripteur ou de l'adhérent, ce qui permet de revenir sur le choix initial en raison de l'absence d'information, voire un simple droit au caprice<sup>71</sup>, y compris malgré un consentement éclairé! Là où le droit au caprice devient périlleux c'est lorsqu'il concerne un contrat devenu adulte par le temps écoulé. Observons à ce sujet que lors de son revirement de jurisprudence en 2016, la deuxième chambre civile a considéré que la faculté prorogée de renonciation pour absence de respect, par l'assureur, du formalisme informatif, « revêt un caractère discrétionnaire pour le preneur d'assurance », en l'assortissant désormais d'une limite<sup>72</sup>.

Lorsque le législateur décide d'imposer un formalisme de l'information, pour la protection d'un cocontractant, à sa discrétion, il n'est pas rare que celuici soit à strictement respecter, jusqu'à l'absurde diraient certains<sup>73</sup>. Si un assouplissement est introduit, qui consiste pour le juge à vérifier que l'information a bien été délivrée sous un autre mode que celui dicté, et comprise, cela revient, à terme – certes avec les difficultés de preuve à satisfaire –, à se dispenser de respecter le formalisme pourtant originellement voulu.

Si la Direction des Assurances de l'époque a pu admettre la pratique instaurée<sup>74</sup>, comme l'article L. 112-2, alinéa 2, du code des assurances prévoyant explicitement un équivalent pour des contrats autres que d'assurance-vie, le droit positif n'était pas en ce sens. Il faut parfois se méfier des circulaires, avis ou recommandation d'interprétation, voire d'un consensus des praticiens. En

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> C. assur., art. L. 112-2-1, II, 1°. V. aussi, art. L. 112-9, I, al. 1<sup>cr</sup>. Sans frais, ni pénalités, seulement, pour l'art. L. 112-10, al. 1<sup>cr</sup>.

 $<sup>^{71}</sup>$  J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4 *Les obligations*, PUF, coll. « Thémis », 21° éd., 1998, n° 114, p. 221 : « le repentir, le regret sont des états d'âme ». L'auteur semble repousser le contrôle.

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.767, préc. (2<sup>e</sup> moyen, 1<sup>re</sup> branche). *Idem* civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.768, préc. (2<sup>e</sup> moyen, 1<sup>re</sup> branche). Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-18.690, préc. et n° 15-18.691, préc. (moyen relevé d'office). V. *infra* l'analyse.

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> Comp. D. Noguéro, « Provocation à la réforme de la prescription biennale au sujet de l'article R. 112-1 du code des assurances (Au-delà d'un nouvel arrêt de la Cour de cassation) », avr. 2016 (article en ligne www.davidnoguero.com).

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> J. Bigot (dir.), Ph. Baillot, J. Kullmann, L. Mayaux, *Traité de droit des assurances*, t. 4 *Les assurances de personnes, op. cit.*, n° 261, p. 204. Sur l'application pratique des accords, notamment les associations de consommateurs, H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance, op. cit.*, n° 2146, p. 1441, note 373.

dehors de l'autorégulation, le droit dur rappelle sans douce ouate sa rigidité à ceux qui le négligent.

C'est pourquoi, libre de ses choix, seul le législateur a pu, sinon l'entériner telle quelle, du moins donner effet, d'une certaine manière, à la pratique des assureurs, en autorisant comme équivalent l'encadré pour valoir note d'information, comme on le verra plus avant. Tout en aménageant les modes de l'information, il a toutefois conservé le point de départ décalé du délai pour renoncer en cas de défaut d'information. Il demeure que lorsque la note d'information était exigée distinctement, on ne pouvait s'en dispenser même en communiquant l'information attendue par un autre support, souvent plus large quant au contenu de l'information délivrée. Qui peut le plus, par l'exhaustivité, ne peut pas le moins, par la simplicité synthétique! À côté de l'information détaillée des conditions générales, la note d'information est une synthèse éclairante attendue. Claire et intelligible, la note doit contenir les dispositions essentielles du contrat et les conditions d'exercice de la faculté de renonciation. C'est le vœu et l'esprit de la loi que de communiquer cette information sous forme simplifiée.

# 3. La date d'entrée en vigueur de l'exigence de bonne foi.

Lorsque la loi nouvelle ne comprend pas de dispositions transitoires, les principes classiques de l'application de la loi dans le temps ont vocation à jouer, avec la prohibition de principe de la rétroactivité (article 2 du code civil à valeur législative, s'imposant au juge), et la règle de l'application immédiate de la loi nouvelle. Pour le contrat, c'est la survie de la loi ancienne.

La loi du 30 décembre 2014, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2015, ne comprend pas de disposition expressément rétroactive, qui resterait, en toute hypothèse, sous le strict contrôle du juge, avec le double tamis de constitutionnalité et de conventionalité<sup>75</sup>. On ne trouve pas trace d'une prescription formelle de rétroactivité<sup>76</sup>.

Pas davantage, à notre sens, on ne peut considérer qu'il s'agit d'une loi interprétative, faisant corps avec la loi interprétée – rétroagissant en principe à la date d'entrée en vigueur de la loi interprétée –, venant clarifier le sens d'une loi antérieure qui aurait été obscure ou ambiguë, sans créer de droits nouveaux.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> Sur ces questions, Ph. Malinvaud, « L'étrange montée du contrôle du juge sur les lois rétroactives », in *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir,* Dalloz, 2004, p. 671; A. Marais, « Le temps, la loi et la jurisprudence : le bon, la brute et le truand », in *Mélanges en l'honneur de M.-S. Payet,* Dalloz, 2011, p. 383.

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> Ce n'est, par exemple, pas une loi de validation venant régulariser, de manière rétroactive, des actes annulés ou qui pourraient l'être par un juge.

Généralement, une telle loi substitue à l'interprétation prétorienne d'un texte celle faite par le législateur.

La presse spécialisée a mis en avant un jugement du Tribunal de grande instance de Tours, du 18 février 2016<sup>77</sup>, dont il faut s'empresser de souligner qu'il a été frappé d'appel, ce qui pouvait légitimement faire penser à un destin fort incertain, la solution étant ouvertement contraire à celle jusque-là adoptée de la Cour de cassation. Le Tribunal a en effet retenu que l'usage d'un droit, même discrétionnaire, peut dégénérer en abus lorsqu'il est démontré que son exercice répond à un objectif purement malicieux ou étranger à sa finalité. Comment caractériser un tel abus ? C'est le cas, notamment, lorsque le souscripteur tire un avantage indu du contrat. Il faut établir, par un faisceau d'indices, le fait que le souscripteur ne pouvait pas se prévaloir de son ignorance du contrat d'assurance vie, malgré le non-respect du formalisme informatif. Toutefois, à cette occasion, le Tribunal a écarté le caractère interprétatif de la loi de 2014.

Pour deux souscriptions des époux en 2008, ayant adressé leurs lettres en octobre 2010, la cour d'appel de Paris, par arrêt du 16 septembre 2014 – étapes antérieures à la loi de décembre 2014 –, avait appliqué la solution traditionnelle, avant d'être censurée par la Cour de cassation admettant pour la première fois, dans le principe, avec une décision ayant les honneurs du *Bulletin*, que l'exercice de la faculté prorogée de renonciation, ouverte, pouvait dégénérer en abus<sup>78</sup>. Nous allons y revenir bientôt. Il demeure que la deuxième chambre civile a simplement évoqué la rédaction alors applicable des textes, sans la moindre allusion dans ses motifs à la loi de 2014. Ce silence est encore gardé, même s'il en est allé un peu différemment de la chronologie pour deux des trois autres espèces du même jour, non publiées au *Bulletin*. En effet, si l'adhésion comme la renonciation étaient bien antérieures à la loi de 2014, la cour d'appel de Versailles s'est prononcée à chaque fois le 26 mars 2015, en répétant la solution habituelle, date à laquelle elle connaissait pourtant l'intervention législative<sup>79</sup>. Cela confirmait donc la coupure dans le temps des règles applicables.

<sup>77</sup> Souscription en 2006, renonciation en 2012.

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> Civ. 2<sup>c</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.767, préc. (2<sup>c</sup> moyen, 1<sup>rc</sup> branche). *Idem* civ. 2<sup>c</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.768, préc. (2<sup>c</sup> moyen, 1<sup>rc</sup> branche) : cour d'appel de Paris, 16 sept. 2014 (confirmation), souscription en sept. 2007, lettre en sept. 2010.

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-18.690, préc. : adhésion en mai 2007, renonciation en avr. 2011. Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-18.691, préc. : adhésion en juill. 2007, renonciation en mai 2011.

Le rapporteur au Sénat a évoqué le fameux vide juridique pour justifier la modification du texte existant<sup>80</sup>. À l'opposé, tout en réservant l'hypothèse inverse, un auteur a suggéré que la loi de 2014 pourrait être interprétative parce qu'elle

« n'innove pas (car, d'une part, la bonne foi est une notion de toutes les époques et qui transcende toutes les matières <sup>81</sup>, et, d'autre part, la suppression de la référence à une prorogation de "plein droit" est plus formelle que réelle) »<sup>82</sup>.

Nous ne partageons pas cette analyse, préférant celle du professeur Pierre dans sa conclusion : « la conversion d'un droit discrétionnaire en un droit contrôlé marque, intrinsèquement, une rupture incompatible avec le seul éclair-cissement de la disposition concernée » et « la volonté interprétative du législateur ne doit jamais faire le moindre doute » sachant que « les débats parlementaires militent ici en sens opposé »<sup>83</sup>.

La loi de 2014 ne se borne pas à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite aurait rendu susceptible de controverses, selon la formule classique. À l'inverse, elle ajoute une condition qui ne figurait aucunement dans les versions antérieures – serait-elle une règle par ailleurs fréquemment constatée dans notre corpus juridique<sup>84</sup> –, cela pour venir remettre en cause une jurisprudence nettement en sens opposé, qui faisait le droit positif jusque-là.

Lors de son revirement en 2016, la Cour de cassation n'a pas motivé ses décisions en se plaçant sur le terrain de la loi interprétative. Dans le sillon de sa nouvelle méthode de décisions à la motivation enrichie et innovante<sup>85</sup>, avec ici une application plus sommaire, la Cour a affirmé « que ne saurait être maintenue la jurisprudence initiée par les arrêts du 7 mars 2006 (2e civ., 7 mars 2006, pourvois n° 05-10.366 et 05-12.338, *Bull.* II, n° 63) »<sup>86</sup>. Ainsi, elle a justifié

<sup>80</sup> Richard Yung, Compte rendu de séance, déb. Sénat, 16 oct. 2014: « Cet amendement vise en quelque sorte à combler un vide juridique qui permet de détourner la législation, si bien que, loin de servir à protéger les souscripteurs de bonne foi qui auraient été mal informés, elle est plutôt utilisée par des professionnels qui suivent l'évolution des contrats d'assurance et décident d'acheter ou de vendre au bon moment ».

<sup>&</sup>lt;sup>81</sup> Militant, dans cette optique, J. Kullmann, «L'assuré est en droit d'être de la plus extrême mauvaise foi : l'arrêt qui ne passe pas », préc.

<sup>82</sup> L. Mayaux, « Le législateur met fin au "couple diabolique" », préc., p. 41.

<sup>83</sup> Ph. Pierre, « La modification du régime de la renonciation du preneur d'assurance sur la vie », préc.
84 J. Kullmann, « L'assuré est en droit d'être de la plus extrême mauvaise foi : l'arrêt qui ne passe pas », préc.

<sup>&</sup>lt;sup>85</sup> Com. 22 mars 2016 : *Bull. civ.* IV, n° 14-14.218 (action en nullité relative pour défaut de cause et prescription quinquennale). Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2016 : *Bull. civ.* I, n° 15-10.552.

<sup>86</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.767, préc. (2<sup>e</sup> moyen, 1<sup>re</sup> branche). *Idem* civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.768, préc. (2<sup>e</sup> moyen, 1<sup>re</sup> branche). Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-18.690, préc. et n° 15-18.691, préc. (moyen relevé d'office). V. *infra* l'analyse.

l'introduction du contrôle de l'abus, en lien avec la distinction de la bonne ou mauvaise foi.

La loi de 2014 oblige, en pratique, à recourir au juge pour déterminer si le délai peut ou non être prorogé, malgré le défaut constaté de remise de l'information documentaire – alors que c'était automatique auparavant, sans être soumis au contrôle de l'exigence de bonne foi –, afin de permettre l'exercice du droit de renonciation. À n'en pas douter, le contentieux sera alimenté par ce genre de contestation.

Avec certitude, la loi de 2014 ne saurait revenir rétroactivement sur les renonciations qui ont pu être faites avant son entrée en vigueur, dans les conditions posées par le droit alors applicable. Sous réserve, c'est probablement ce qu'a voulu exprimer maladroitement le représentant du Gouvernement lors des débats parlementaires, avec peut-être une confusion au sujet de la survie de la loi ancienne et de l'effet immédiat : « Je veux insister sur le fait qu'une telle disposition n'aura pas de portée rétroactive et ne concernera donc pas les contrats déjà signés »<sup>87</sup>.

Par comparaison, on rappellera l'absence de rétroactivité de la disposition de 2005 relative au délai maximum de huit ans, à compter de la date où le souscripteur est informé que le contrat est conclu, malgré le défaut d'information, pour exercer le droit de renonciation.

Avec la même évidence, la loi de 2014 s'appliquera aux contrats conclus après son entrée en vigueur pour lesquels les souscripteurs décideraient d'exercer leur droit de renonciation avec la prorogation du délai. La bonne ou mauvaise foi fréquemment discutée sera alors à examiner.

L'hésitation commence pour l'hypothèse suivante : la renonciation est exercée après le 1<sup>er</sup> janvier 2015, mais le contrat d'assurance-vie a été conclu avant cette date. La difficulté est à tempérer, pour les enjeux pratiques, depuis la nouvelle solution jurisprudentielle de 2016 sur l'abus<sup>88</sup> qui permet d'harponner des renonciations antérieures à l'entrée en vigueur de la loi.

<sup>87</sup> Harlem Désir, Secrétaire d'État, compte rendu de séance, déb. Sénat, 16 oct. 2014.

<sup>&</sup>lt;sup>88</sup> Civ. 2<sup>c</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.767, préc. (2<sup>c</sup> moyen). Civ. 2<sup>c</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.768, préc. (2<sup>c</sup> moyen). Civ. 2<sup>c</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-18.690, préc. et n° 15-18.691, préc. (moyen relevé d'office).

Par comparaison, pour le délai maximum de huit ans imposé par la loi DDAC, il a été prévu que la loi nouvelle ne s'applique qu'aux contrats conclus après son entrée en vigueur. En effet, en son article 19, alinéa 4, il est indiqué que

« les dispositions des articles 489 et 5 de la présente loi entrent en vigueur le premier jour du troisième mois suivant sa publication et ne s'appliquent qu'aux contrats conclus à partir de cette date ».

On mettra de côté l'idée de la reconduction tacite de la police qui, suivant l'analyse jurisprudentielle – souvent critiquée en doctrine –, conduit à une nouvelle convention<sup>90</sup> si bien que des dispositions légales ou réglementaires entrées en vigueur avant la reconduction tacite, pourraient s'appliquer au nouveau contrat, à savoir celui reconduit<sup>91</sup>. Elle n'est le plus souvent pas adaptée au contrat d'assurance-vie généralement d'une durée plus longue qu'un contrat d'assurance dans d'autres domaines, avec un dénouement du contrat selon un événement précisé (décès et/ou vie à tel terme), qui met fin à la faculté de renonciation <sup>92</sup>. Principalement, la reconduction tacite d'un contrat à l'échéance n'ouvre pas droit à un nouveau délai de renonciation<sup>93</sup> qui serait attachée au « nouveau » contrat, si bien que la loi nouvelle qui serait intervenue avant le renouvellement n'a pas d'incidence. La disposition n'est applicable que lorsque le souscripteur découvre son assureur et sa police, nouveaux. Il s'agit de protéger la volonté initiale, pas celle de la tacite reconduction ou exprimée par un avenant.

En évoquant l'application immédiate de la loi nouvelle, il a pu être défendu que « la nouvelle condition de bonne foi s'apprécie au moment de l'exercice de la faculté »; on ne saurait y voir une rétroactivité (sinon celle naturelle d'une loi interprétative), « au motif que la faculté de renonciation se rattacherait au processus de conclusion du contrat »<sup>94</sup>.

Une loi nouvelle s'applique dès son entrée en vigueur aux conditions de validité d'une situation juridique légale ou contractuelle à venir. Pareillement, elle s'applique aux effets à venir, non encore produits, des situations légales

<sup>89</sup> Art. L. 132-5-1 et L. 132-5-2 C. assur.

<sup>90</sup> En ce sens, art. 1215, al. 2, du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Puis la réforme du 10 févr. 2016, C. civ., art. 1214, al. 2 : « Le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée » ; et art. 1215 : « Lorsqu'à l'expiration du terme d'un contrat conclu à durée déterminée, les contractants continuent d'en exécuter les obligations, il y a tacite reconduction. Celle-ci produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat ».

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 2 déc. 2003 : n° 00-19.561. Civ. 2<sup>e</sup>, 10 juin 2004 : n° 03-13.495. Civ. 2<sup>e</sup>, 5 juill. 2006 : *Bull. civ.* I, n° 180, p. 173, n° 04-10.273 ; *RCA* 2006, n° 277, note H. Groutel.

<sup>&</sup>lt;sup>92</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 févr. 2014 : n° 13-50.031. V. l'analyse *infra*.

<sup>&</sup>lt;sup>93</sup> En ce sens, J. Bigot (dir.), Ph. Baillot, J. Kullmann, L. Mayaux, *Traité de droit des assurances*, t. 4 Les assurances de personnes, op. cit., n° 230.

<sup>94</sup> L. Mayaux, « Le législateur met fin au "couple diabolique" », préc., p. 41.

antérieurement constituées. Par exception à l'application immédiate de la loi nouvelle, en matière contractuelle, on retient la survie de la loi ancienne, dans le sens où celle-ci s'applique aux effets futurs des situations contractuelles par souci de ne pas ruiner les prévisions des parties, partant la sécurité juridique. Le législateur peut néanmoins déroger à cette survie, de façon expresse.

C'est parfois le juge qui s'accorde cette possibilité de faire application immédiate de la loi nouvelle aux effets futurs d'un contrat. Le critère n'en est pas toujours évident. Peuvent être évoqués le caractère d'ordre public (à lui seul insuffisant) particulièrement impérieux de la loi nouvelle (exigence cumulative), ou le fait que le contenu du contrat obéit fortement à la loi impérative si bien que le rapprochement avec une situation légale s'impose. Dans cette dernière conception, le contenu du contrat est fixé de manière très impérative. Le contrat échappe aux parties sous cet aspect. On se rapproche d'un statut légal auquel il convient de se soumettre.

À une occasion, en outre, la Cour de cassation a semblé poser une autre limite : la loi nouvelle qui n'institue qu'une « simple formalité » s'appliquerait aux contrats en cours<sup>95</sup>. Il s'agissait d'une lettre recommandée désormais imposée par la loi nouvelle, plutôt qu'une lettre simple, pour l'exclusion de l'adhérent de l'assurance de groupe emprunteur au motif du non-paiement de la prime. La solution était là, de surcroît, protectrice de l'assuré.

Cette dernière hypothèse est ici à écarter, comme celle de l'ordre public impérieux, dont les caractères ne paraissent pas réunis avec la loi de 2014. On a signalé que la jurisprudence a rappelé aux assureurs que la sécurité juridique dont ils se prévalaient ne saurait occulter leur manquement premier au devoir d'information<sup>96</sup>.

Il nous semble que le droit de renoncer comme la possibilité de la prorogation de son délai, a plutôt sa source dans la loi d'ordre public<sup>97</sup> que dans le contrat d'assurance, même si la conclusion de celui-ci permet d'offrir cette prérogative. Et ce droit, dans ses modalités, se trouve affecté par la loi nouvelle qui, *a priori*, pour nous, doit avoir un effet immédiat, même si le contrat a été

96 Comp. CJCE, 13 déc. 2001 : Aff. C-481/99, G. et H. Heininger / Bayerische Hypo-und Vereinsbank AG, pour un démarchage à domicile et la conclusion d'un prêt immobilier. Un commerçant est tenu d'informer par écrit le consommateur de son droit de révoquer le contrat dans un délai d'au moins sept jours à partir de la date de réception de l'information. Mais, s'il ne se conforme pas à son obligation d'information du consommateur, il y a encore plus de raisons de protéger ce dernier. Aussi, une limitation du délai du droit de révocation par une législation nationale, allemande ici (un an à compter de la conclusion du contrat), est incompatible avec le droit communautaire. V. supra les références citées, dont civ. 2e, 21 mai 2015 : n° 14-18.350, préc.

<sup>95</sup> Civ. 1re, 18 déc. 2001 : Bull. civ. I, n° 319, p. 203, n° 98-22.573.

conclu antérieurement à son entrée en vigueur. Les effets (la prorogation du délai pour la renonciation) de la situation juridique (conclusion effective d'une police d'assurance) dans laquelle se trouve le souscripteur ne sont pas définitivement réalisés. Ils dépendent d'une appréciation qui doit être faite au regard de la condition ajoutée par la loi.

D'autres pourraient librement défendre une analyse inverse. Par exemple, il s'agirait d'insister sur le fait que le manquement de l'assureur (le défaut de remise de l'information précontractuelle) est bien antérieur à la loi nouvelle, et a fait naître d'emblée la prorogation du délai pour renoncer au contrat, qui a joué de plein droit, sans exigence autre, avant la loi de 2014. Aussi, l'introduction de cette condition de bonne foi viendrait contredire la survie de la loi ancienne, au détriment d'une solution jusque-là favorable à tel ou tel souscripteur concerné.

Dans cet esprit, il pourrait aussi être défendu que la nature du droit de rétractation est de conduire à une formation progressive du contrat, en suspens jusqu'à l'expiration de la faculté d'y renoncer<sup>98</sup>. La rétractation serait à rattacher au stade de la formation du contrat, soumis à la loi ancienne, et non à ses effets. La loi nouvelle serait impuissante à appréhender une renonciation manifestée même après son entrée en vigueur. Outre que le rattachement à la formation nous paraît artificiel (ce n'est pas un délai de réflexion), nous pensons que le droit de rétractation ne saurait remettre en cause la conclusion du contrat effective d'emblée. Celle-ci est acquise<sup>99</sup>. Sans attendre l'expiration du délai de rétractation, le contrat d'assurance-vie accorde la couverture du risque et le souscripteur peut en retirer les utilités, même s'il reste possible de l'anéantir unilatéralement dans le cadre fixé. Comme analysé plus haut, on revient par cette prérogative exceptionnelle sur un contrat déjà formé<sup>100</sup>.

Passons du côté de la jurisprudence. Sauf à cantonner pour l'avenir le revirement, en indiquant sa date d'entrée en vigueur, faculté exceptionnellement mise en œuvre par la Haute juridiction, on sait que la modification de la jurisprudence par rapport à son état antérieur s'applique nécessairement pour le passé. Le revirement est « par nature » rétroactif (une application aux faits

<sup>98</sup> Comp. civ. 2°, 20 nov. 2014 : n° 13-25.979, préc. : argument du pourvoi rejeté, « l'inexécution de cette obligation d'information précontractuelle paralyse la formation du contrat, le souscripteur ne se liant définitivement que s'il a été mis en mesure d'exercer valablement son droit de repentir, le délai de renonciation se trouvant dès lors prorogé jusqu'à l'accomplissement par l'assureur de ses propres obligations ».

<sup>&</sup>lt;sup>99</sup> Repoussant de façon décisive la thèse de la formation progressive, comme celle d'une condition suspensive ou résolutoire, purement potestative, M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 210 s.

<sup>&</sup>lt;sup>100</sup> Implic., évoquant l'effet rétroactif de la renonciation, civ. 2°, 21 mai 2015 : n° 14-18.350, préc. Hors de l'assurance, sur cette analyse, civ. 1<sup>re</sup>, 10 juin 1992 : *Bull. civ.* I, n° 178, p. 121, n° 90-17.267 (art. 3 de la loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972).

antérieurs de la décision), certes enfermé dans l'effet relatif de l'autorité de la chose jugée, sauf à franchir la barrière de l'arrêt de règlement dressée par l'article 5 du code civil, en érigeant une norme de portée générale. En théorie, rien n'interdit à la Cour de cassation d'opérer un revirement de jurisprudence pour exiger dorénavant la bonne foi afin de prétendre à la prorogation du délai du droit de renonciation pour défaut d'information.

Chacun est libre de souhaiter une telle évolution, même avec insistance.

Cette « loi nouvelle peut servir de source d'inspiration au juge pour changer sa propre interprétation de la loi ancienne. Au fond, la Cour de cassation a deux manières de procéder : ou bien elle reconnaît ses torts et change sa jurisprudence, ou bien elle s'abrite derrière le paravent de la loi nouvelle, ce qui sauve les apparences. Mais, en toute hypothèse et sauf à entrer dans un splendide isolement en étant la seule source du droit à avaliser la mauvaise foi, il lui sera difficile de maintenir sa position pour le passé »<sup>101</sup>.

Pour nous, bien que la prudence s'impose dans la prédiction, le revirement sur ce terrain nous paraissait assez improbable au regard de l'inflexibilité d'acier manifestée depuis une décennie. Même espéré, il apparaîtra pour beaucoup comme une surprise surtout par comparaison à la sévérité de la jurisprudence rendue encore courant 2015. Par rapprochement, on signalera la fermeté de la chambre mixte de la Haute Cour à propos du support de la déclaration du risque dans des hypothèses pratiques où, pourtant, la mauvaise foi du souscripteur est patente.

Depuis notre sentiment de 2015, la Cour de cassation s'est exprimée pour ne plus maintenir sa jurisprudence initiée en 2006<sup>102</sup>. Il s'agit bel et bien d'un revirement clairement affiché pour deux renonciations opérées en 2010. Dès lors, comme on va le détailler bientôt, avec la nouvelle position prétorienne sur l'abus, on n'est guère éloigné, concrètement, de l'apport législatif de 2014, si bien que le débat perd de son acuité sur le point de savoir si des situations passées pourront ou non être appréhendées. En effet, pour une souscription antérieure à la loi, avec une renonciation exercée après son entrée en vigueur, le contrôle de la prérogative du souscripteur est assurément instauré.

Cette jurisprudence de 2016 est-elle inattaquable? Il faudra peut-être attendre qu'interrogés par des preneurs/plaideurs les juges européens se prononcent sur cette rétroactivité de fait de la loi que la jurisprudence met en

-

<sup>101</sup> L. Mayaux, « Le législateur met fin au "couple diabolique" », préc., p. 41.

<sup>&</sup>lt;sup>102</sup> Civ. 2°, 19 mai 2016: n° 15-12.767, préc. (2° moyen, 1<sup>re</sup> branche). Civ. 2°, 19 mai 2016: n° 15-12.768, préc. (2° moyen, 1<sup>re</sup> branche). Civ. 2°, 19 mai 2016: n° 15-18.690, préc. et n° 15-18.691, préc. (2° moyen relevé d'office).

œuvre<sup>103</sup>. La source prétorienne s'inspire manifestement du critère légal de la bonne foi. Au contentieux, on peut craindre une tentative, au moins, d'un nouvel épisode!

Par parenthèse, la Cour européenne des droits de l'homme a plutôt une philosophie individualiste des conflits de lois dans le temps. Soucieuse du respect de la liberté individuelle, elle semble plus souvent privilégier la défense des droits subjectifs. Dans l'ordre du droit objectif, la loi nouvelle censée réaliser un progrès ne doit pas négliger les droits des individus. Face au principe de prééminence du droit et à la notion de procès équitable, n'est guère appréciée, pour le moins, l'ingérence du législateur s'immisçant dans l'administration de la justice, pour influer sur le dénouement d'un litige, en tentant notamment de briser une jurisprudence, avec une loi déclarée applicable aux instances en cours<sup>104</sup>.

Dans l'optique de la sécurité juridique, on peut au moins douter d'un bon accueil de l'ingérence d'imitation du juge national, venant détruire les espérances légitimes des justiciables à voir leur créance se concrétiser, sauf à reconnaître un impérieux motif d'intérêt général et une atteinte proportionnée. En s'inspirant de ce contrôle, nous pensions que la Cour de cassation pouvait hésiter à s'engager dans la voie du revirement (y compris celui pour l'avenir), même si la sécurité juridique ne peut fonder un droit acquis à une jurisprudence figée ni à l'interprétation pétrifiée d'une loi. Mais, probablement sensible aux critiques répétées, et à l'inflexion législative, la Cour a visiblement décidé de franchir le pas.

La question du conflit de lois dans le temps réglée, selon la proposition faite ci-dessus, il reste encore à connaître le jeu du mécanisme selon l'exigence nouvelle.

# B. Le temps de l'application de la loi actuelle.

Si, pour prétendre à un changement du droit positif, il est aisé de se réfugier derrière le principe proclamé de la bonne foi (1), ne doit pas être occultée la délicate question des critères d'application (2). Du beau principe à la mise en œuvre concrète, il y a peut-être loin de la coupe aux lèvres quant à l'efficacité du nouveau dispositif.

<sup>&</sup>lt;sup>103</sup> Comp. le contraste avec Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2016 : n° 15-10.552, préc.

<sup>104</sup> Comp. impérieux motifs pour l'ONIAM et le bénéfice des contrats d'assurance souscrits par les structures, civ. 1re, 17 févr. 2016: Bull. civ. I, n° 15-12.805; RCA 2016, n° 149, 1re esp., note H. Groutel; Gaz. Pal. 2016, note D. Noguéro, à paraître.

# 1. Le principe proclamé de la bonne foi

Le rapporteur du texte à l'Assemblée nationale a ouvertement précisé l'objectif poursuivi.

« Il s'agit d'éviter le détournement de la procédure de renonciation par des souscripteurs de mauvaise foi, souvent de gros investisseurs avertis et qualifiés qui bénéficient de l'aide d'avocats spécialisés, pour faire annuler leurs pertes éventuelles. La notion de « bonne foi », notion classique de notre droit civil, sera un outil à la disposition des magistrats pour apprécier concrètement les litiges »<sup>105</sup>.

La doctrine a pu plaider pour un contrôle de l'abus de droit rejoignant la mauvaise foi 106. On sait qu'est dépassée depuis longtemps l'objection classique de Planiol selon laquelle le droit cesse là où l'abus commence. Il en déduisait qu'il ne pouvait y avoir usage abusif d'un droit quelconque, pour la raison estimée irréfutable qu'un seul et même acte ne peut être, tout à la fois, conforme au droit et contraire au droit. L'abus existe incontestablement en jurisprudence depuis le XIXe siècle.

Allusion est donc faite au classicisme du droit civil. L'article 1134, alinéa 3, du code civil énonce que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi ». La jurisprudence a aussi inclus la phase précontractuelle. Dans cette ligne, à la suite de différentes initiatives dans le même esprit, le projet de réforme du droit des contrats contient un article 1103 selon lequel « les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi », sans pour autant donner une définition de celle-ci, après cette affirmation de principe. Par suite de la réforme de 2016, l'article 1104, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil énonce : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ». En son alinéa 2, il ajoute simplement « Cette disposition est d'ordre public »<sup>107</sup>.

Il existe différentes manifestations de l'exigence de bonne foi, spécialement lorsqu'un cocontractant exerce unilatéralement une prérogative, qui influence la dissolution du contrat. Ainsi, traditionnellement, l'application de la clause résolutoire reste subordonnée à la bonne foi de celui qui s'en prévaut, si bien que la mauvaise foi paralyse son jeu<sup>108</sup>. Le juge refuse alors de constater la

. .

<sup>&</sup>lt;sup>105</sup> C. Caresche, Compte rendu des séances, déb. AN, 16 déc. 2014.

<sup>106</sup> J. Bigot (dir.), Ph. Baillot, J. Kullmann, L. Mayaux, Traité de droit des assurances, t. 4 Les assurances de personnes, op. cit., n° 270.

<sup>&</sup>lt;sup>107</sup> Encore, art. 1112, alinéa 1<sup>cr</sup>: « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ».

<sup>108</sup> Ex. civ. 3<sup>c</sup>, 4 mars 2009: n° 08-11.090. Civ. 3<sup>c</sup>, 25 nov. 2009: *Bull. civ.* III, n° 262, n° 08-21.384. Civ. 3<sup>c</sup>, 10 nov. 2010: *Bull. civ.* III, n° 199, n° 09-15.937. Déjà civ. 1<sup>re</sup>, 14 mars 1956: *Bull. civ.* I, n° 133, p. 107. Com. 7 janv. 1963: *Bull. civ.* IV, n° 16, n° 59-11.236. Civ. 3<sup>c</sup>, 25 janv. 1983:

rupture du contrat. Pareillement, « la faculté de se dédire ayant été exercée de mauvaise foi, ce dédit ne pouvait produire aucun effet juridique »<sup>109</sup>. Est repoussée la critique suivant laquelle « la faculté de dédit étant prévue au contrat, son exercice ne pouvait faire l'objet d'un contrôle ou d'une appréciation par les juges ». Il convient évidemment de démontrer une telle mauvaise foi pour bloquer le dédit<sup>110</sup>.

Des limites existent cependant à l'accueil d'un contrôle de la bonne ou mauvaise foi. En jurisprudence, il a pu être décidé, au visa de l'article 1134, alinéas 1er et 3, du code civil, que

« si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une *prérogative* contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la *substance* même des droits et obligations légalement convenus entre les parties (on souligne la distinction faite) »<sup>111</sup>.

La solution de principe, discutée en doctrine sous différents angles, a été littéralement répétée<sup>112</sup>. Les droits nés du contrat doivent être respectés nonobstant la mauvaise foi du créancier, sans préjudice d'un engagement éventuel de responsabilité avec l'octroi de dommages-intérêts<sup>113</sup>. À l'inverse, dans cette logique, les prérogatives, d'essence unilatérale, obéissent au contrôle et sont sanctionnées en cas d'usage déloyal. Elles sont alors seules neutralisées<sup>114</sup>.

Pour faire un rapprochement avec l'abus<sup>115</sup>, le projet de réforme du droit des contrats traite de la limitation de certaines prérogatives unilatérales, quant à la durée du contrat, à l'article 1212, alinéa 2, qui dispose : « La responsabilité du contractant qui met fin unilatéralement au contrat ne peut être engagée qu'en cas d'abus »<sup>116</sup>. Avec la réforme de 2016, l'article 1211 ne comprend plus un tel alinéa.

Bull. civ. III, n° 21, n° 81-12.647. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 févr. 1999 : Bull. civ. I, n° 52, p. 35, n° 96-21.997. V. sur la résolution, C. civ., art. 1224 et suiv. après la réforme de 2016.

<sup>&</sup>lt;sup>109</sup> Civ. 3e, 11 mai 1976: Bull. civ. III, n° 199, p. 155, n° 75-10.854.

<sup>&</sup>lt;sup>110</sup> Preuve non rapportée, civ. 3<sup>e</sup>, 15 févr. 2000 : n° 97-18.860.

<sup>&</sup>lt;sup>111</sup> Com. 10 juill. 2007 : *Bull. civ.* IV, n° 188, n° 06-14.768 ; *Grands arrêts*, t. 2, Dalloz, 13c éd., 2015, n° 164, p. 163 (les références citées) ; *RTD civ.* 2007, p. 773, obs. crit. B. Fages.

<sup>&</sup>lt;sup>112</sup> Civ. 3°, 9 déc. 2009 : *Bull. civ.* III, n° 275, n° 04-19.923. Civ. 3°, 26 mars 2013 : n° 12-14.870 ; *RTD civ.* 2013, p. 606, obs. H. Barbier.

<sup>&</sup>lt;sup>113</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 21 mars 2012 : *Bull. civ.* III, n° 49, n° 11-14.174.

<sup>&</sup>lt;sup>114</sup> Ce qui peut déplaire aux partisans du solidarisme contractuel qui voudraient accorder davantage de pouvoirs au juge sur le contrat.

<sup>&</sup>lt;sup>115</sup> Adde Ph. Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie, thèse Aix-en-Provence, LGDJ, coll. bib. dr. privé, t. 337, 2000, préf. R. Bout.

<sup>&</sup>lt;sup>116</sup> Déjà com. 15 déc. 1969: Bull. civ. IV, n° 384, n° 68-13.376. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 févr. 1985: Bull. civ. I, n° 54, p. 52, n° 83-15.895 (2<sup>nd</sup> moyen, visa de l'art. 1134, al. 2, C. civ.). Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 1996: Bull. civ. I, n° 246, p. 174, n° 95-17.339 (visa de l'art. 1134, al. 2, C. civ.).

En doctrine, il n'est pas rare de croiser l'affirmation suivant laquelle le contrat d'assurance est un contrat d'extrême bonne foi, après Picard et Besson. La sanction de la fausse déclaration du risque, aux articles L. 113-8 et L. 113-9 du code des assurances, distingue selon la bonne ou mauvaise foi du souscripteur, afin de faire varier la sanction. Il est vrai que la jurisprudence sur le support de la déclaration du risque, après un arrêt remarqué de chambre mixte de février 2014, a semblé reléguer au second plan l'appréciation de la bonne ou mauvaise foi (du moins, à un second temps), en s'intéressant prioritairement au formulaire de déclaration, à la forme de celle-ci<sup>117</sup>. Il demeure que la Cour de cassation a jugé que

« l'obligation de répondre avec loyauté et sincérité aux questions posées par l'assureur à l'occasion de l'adhésion à une assurance relève de l'obligation de bonne foi qui s'impose en matière contractuelle, et que nul ne saurait voir sa responsabilité engagée pour n'avoir pas rappelé ce principe, ou les conséquences de sa transgression, à une autre partie »<sup>118</sup>.

Revenons à l'assurance-vie. La nouvelle solution prétorienne de 2016 s'inscrit dans la quête de la bonne ou mauvaise foi au travers de l'abus. En effet, la Cour de cassation abandonne ouvertement sa position de 2006

« qui, n'opérant pas de distinction fondée sur la bonne ou la mauvaise foi du preneur d'assurance, ne permet pas de sanctionner un exercice de cette renonciation étranger à sa finalité et incompatible avec le principe de loyauté qui s'impose aux contractants »<sup>119</sup>.

Quid du législateur ? L'article L. 132-5-2, alinéa 4, du code des assurances énonce désormais que « le défaut de remise des documents et informations prévus au présent article entraîne, pour les souscripteurs de bonne foi, la prorogation du délai de renonciation ». On ne s'attardera pas sur le fait que, littéralement, la loi évoque seulement le souscripteur et non l'adhérent. Il ne faut guère s'en étonner tant la loi d'assurance est souvent bâtie sur le modèle de la souscription individuelle 120. Il est aussi vrai qu'il advient qu'elle puisse faire

<sup>118</sup> Civ. 1<sup>rc</sup>, 28 mars 2000: *Bull. civ.* I, n° 101, p. 67, n° 97-18.737; *RTD civ.* 2000, p. 565, obs. J. Mestre et B. Fages; *D.* 2000, p. 574, note B. Beignier; *RGDA* 2000, p. 488, note L. Mayaux; *RCA* 2000, n° 244, note H. Groutel. Sur ce principe, civ. 1<sup>rc</sup>, 30 oct. 2007: n° 05-16.789; *RCA* 2008, n° 33. Civ. 1<sup>rc</sup>, 31 oct. 2012: *Bull. civ.* I, n° 222, n° 11-15.529.

<sup>&</sup>lt;sup>117</sup> Des évolutions depuis, D. Noguéro, «Renaissance de la liberté de la preuve de la fausse déclaration du risque », *Gaz. Pal.* 2016, à paraître.

<sup>&</sup>lt;sup>119</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.767, préc. (2<sup>e</sup> moyen, 1<sup>re</sup> branche). *Idem* civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.768, préc. (2<sup>e</sup> moyen, 1<sup>re</sup> branche). Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-18.690, préc. et n° 15-18.691, préc. (moyen relevé d'office).

<sup>&</sup>lt;sup>120</sup> Une définition donnée à l'art. L. 129-1 C. assur., mais un renvoi pour le régime des assurances collectives de dommages, après la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 dite *Hamon*. Le changement

allusion à l'assuré en traitant, en réalité, du souscripteur<sup>121</sup>. Il ne faut donc pas y attacher une importance particulière pour traiter différemment l'adhérent, qui reste la personne physique visée par la loi, à l'instar du souscripteur, dans le contrat face à face. « Pour les assurances de groupe sur la vie mentionnés à l'article L. 141-1 comportant des valeurs de rachat ou de transfert, lorsque le lien qui unit l'adhérent au souscripteur ne rend pas obligatoire l'adhésion au contrat » – une adhésion facultative donc –, l'article L. 132-5-3, alinéa 1<sup>er</sup>, *in fine*, dispose que « la faculté de renonciation s'exerce conformément aux articles L. 132-5-1 et L. 132-5-2 »<sup>122</sup>.

En cas de bonne foi, le souscripteur peut exercer son droit de renonciation et bénéficier, pour ce faire, de la prorogation du délai pour s'exécuter. Ainsi, à défaut de remise de l'information documentaire, le point de départ pour les trente jours sera toujours décalé, sans besoin de recourir au juge pour qu'il se prononce sur cet aspect. Strictement, la prorogation aura donc lieu de plein droit, semble-t-il. Il en ira ainsi, du moins, en l'absence de contestation qui oblige, elle, à recourir au juge, serait-ce pour faire admettre la bonne foi discutée.

En revanche, cette automaticité (conditionnelle) disparaît si une contestation naît sur la bonne foi du souscripteur. En pratique, l'effet de plein droit est douteux. La mauvaise foi, établie, a pour effet de paralyser la prorogation du délai du droit de renonciation. On parvient ainsi à la perte de la faculté de renoncer. Le contrat ne saurait alors être anéanti si trente jours sont révolus depuis l'information sur la conclusion de la police. Avant l'écoulement de ce délai, il n'y a pas à vérifier la bonne ou mauvaise foi de celui qui renonce en vertu de l'article L. 132-5-1 du code des assurances. La loi nouvelle ne prévoit la bonne foi que pour la prorogation du délai. On s'aperçoit du fait que la prorogation du droit de renonciation est conditionnée par l'exigence nouvelle posée à l'article suivant, l'article L. 132-5-2. Sinon en droit (à la lettre), du moins en fait, c'est le droit de renonciation lui-même, comme sanction du manquement à l'information documentaire, qui est conditionné autrement que par la forme de l'envoi d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception

de vocabulaire pour les assurances de groupe, avec des règles spécifiques néanmoins, après la loi n° 2014-856 du 31 juill. 2014, art. L. 145-1 et suiv. C. assur.

<sup>121</sup> Ex. en énumérant ses obligations, à l'art. L. 113-2 C. assur.!

<sup>&</sup>lt;sup>122</sup> Issu de la loi n° 2005-1564 du 15 déc. 2005 (art. 10), en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2006. Ex. civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016: n° 15-18.690, préc. et n° 15-18.691, préc. Auparavant, pour une interprétation extensive à l'assurance de groupe, civ. 2<sup>e</sup>, 10 juill. 2008: n° 07-12.072, préc. (1<sup>er</sup> moyen): « les dispositions de l'article L. 132-5-1 du code des assurances, dans leur rédaction alors en vigueur, s'appliquent à tout contrat d'assurance sur la vie, y compris aux contrat d'assurance de groupe ». Civ. 2<sup>e</sup>, 10 juill. 2008: n° 07-12.070, préc. (1<sup>er</sup> moyen). Civ. 2<sup>e</sup>, 10 juill. 2008: n° 07-12.071, préc. (1<sup>er</sup> moyen). Civ. 2<sup>e</sup>, 28 mai 2009: n° 08-15.351, préc. (implic.). Civ. 2<sup>e</sup>, 9 juill. 2009: n° 08-18.730, préc. (implic.). Civ. 2<sup>e</sup>, 12 sept. 2013: n° 12-21.290 (implic.; adhésion en mars 2000).

dans le délai de trente jours. La bonne foi est érigée en condition supplémentaire de la prorogation du temps d'exercice du droit de renonciation.

Peut-on craindre une exception de mauvaise foi systématiquement arguée? La tentation sera grande pour l'assureur, surtout lorsqu'il n'aura pas d'autres moyens d'échapper à la mise en œuvre du droit de renonciation. Et le débat engagé ne sera pas forcément assimilé à une critiquable résistance abusive. Par comparaison, avant l'application formelle de la loi de 2014, le revirement évoqué de 2016 confirme qu'une telle appréciation conduit à la voie judiciaire.

En cas de mauvaise foi opposée, le juge sera saisi. En droit, à partir de l'ancien article 2268, devenu l'article 2274 du code civil, on estime que la bonne foi est présumée. Il appartient donc à celui qui se prévaut de la mauvaise foi, de l'établir (la charge), en apportant la preuve contraire à la présomption simple, par tous moyens.

En droit des assurances, la règle classique est généralement appliquée. Par exemple, la sanction pour fausse déclaration du risque suppose pour l'assureur de rapporter la preuve de la mauvaise foi du souscripteur. Et l'article L. 113-9 du code des assurances prévoit d'autres sanctions pour « l'assuré dont la mauvaise foi n'est pas établie », le doute sur celle-ci profitant au souscripteur<sup>123</sup>. Toutefois, on peut remarquer qu'en assurance maritime, avec l'article L. 172-2, alinéa 2, du code des assurances, ce n'est que si « l'assuré rapporte la preuve de sa bonne foi » qu'il échappe à la nullité pour profiter de la règle proportionnelle. Le même régime est transposé à l'aggravation du risque par l'article L. 172-3, alinéa 1<sup>er</sup>. Plus nuancé, pour l'assurance aérienne, l'article L. 175-14, alinéa 3, énonce que « la preuve de la mauvaise foi de l'assuré incombe à l'assureur. D'un commun accord entre les parties contractantes, il peut être dérogé à cette règle »<sup>124</sup>. Pour l'assurance spatiale, il est renvoyé à ces règles par l'article L. 176-1 du même code.

Le souscripteur pouvant prétendre à un droit de renonciation, à la prorogation du délai pour l'exercer le cas échéant, est présumé de bonne foi. Dès lors, la charge de la preuve de la mauvaise foi incombe à l'assureur<sup>125</sup>. Le représentant du Gouvernement a rappelé cette solution certaine lors des débats :

« Cet amendement prévoit un encadrement *a minima* de l'usage de la prorogation du délai prévu pour l'exercice du droit de renonciation. Dans la mesure où, en droit français, la bonne foi se présume – c'est

12

<sup>&</sup>lt;sup>123</sup> Comp. pour les opérations collectives à adhésion facultative, art. L. 145-5 C. assur., depuis la loi n° 2014-856 du 31 juill. 2014, en vigueur au 2 août 2014.

<sup>124</sup> L'art. L. 175-15, al. 2, C. assur. prévoit la bonne foi pour l'aggravation du risque.

<sup>&</sup>lt;sup>125</sup> En ce sens, L. Mayaux, « Le législateur met fin au "couple diabolique" », préc., p. 40. Ph. Pierre, « La modification du régime de la renonciation du preneur d'assurance sur la vie », préc.

l'article 2274 de notre Code civil -, il appartiendra à l'assureur qui contesterait l'exercice par un assuré du droit de renonciation dans un délai prorogé de démontrer la mauvaise foi »126.

Par comparaison, l'assureur qui se plaindrait, sur le fondement de la solution prétorienne de 2016, d'un exercice abusif de la faculté prorogée de renonciation, devrait en supporter la démonstration<sup>127</sup>.

La bonne foi a donc été introduite par la loi du 30 décembre 2014 au stade de l'exécution du droit de renonciation. C'est lorsque le souscripteur ou l'adhérent souhaite exercer son droit de renonciation, en sollicitant la prorogation du délai, qu'il faut se placer pour apprécier sa bonne ou mauvaise foi. Avec la précision de ce moment, on s'interroge déjà sur l'application de la nouvelle règle. Par parenthèse, quant à l'appréciation de cette bonne ou mauvaise foi, il faudra peser, à l'avenir, la contamination possible du cadre fixé par la jurisprudence du 19 mai 2016.

#### 2. Les critères d'application.

#### a. La réflexion.

La loi de 2014 ne donne aucune indication à ce sujet, se bornant à exiger la bonne foi, qui « a suscité, en raison de son imprécision, de multiples interrogations »128. Pour l'heure, en présence de la loi muette, on ne dispose pas de jurisprudence relative au texte modifié, publiée ou commentée, permettant de s'interroger sur les contours ou la substance de la mauvaise foi, qui est l'attitude contraire à la bonne foi. On en est réduit à spéculer sur ce qu'elle pourrait être pour le juge, et sur sa façon de la caractériser. Cependant, le revirement de 2016 peut aider à guider l'analyse<sup>129</sup>.

Une fois qu'il est affirmé que la bonne foi est le concept par lequel la règle morale pénètre les obligations civiles, il reste à déterminer comment sans trop riper. La bonne foi est généralement vue comme une croyance erronée<sup>130</sup>, de façon légitime (une attitude intellectuelle), ou une norme de comportement

<sup>126</sup> Harlem Désir, Secrétaire d'État, compte rendu de séance, déb. Sénat, 16 oct. 2014.

<sup>&</sup>lt;sup>127</sup> Implic. civ. 2e, 19 mai 2016: n° 15-12.767, préc. (2e moyen, 2e branche). *Idem* civ. 2e, 19 mai 2016 : n° 15-12.768, préc. (2° moyen, 2° branche). <sup>128</sup> F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 439.

<sup>&</sup>lt;sup>129</sup> Civ. 2e, 19 mai 2016: n° 15-12.767, préc. (1er et 2e moyens). Civ. 2e, 19 mai 2016: n° 15-12.768, préc. (1er et 2e moyens). Civ. 2e, 19 mai 2016 : n° 15-18.690, préc. et n° 15-18.691, préc. (moyen relevé d'office)

<sup>130</sup> Ex. paiement libératoire pour l'assureur de bonne foi, art. L. 132-25 C. assur. Nullité écartée en cas de défaut d'agrément de l'entreprise, grâce à la bonne foi des assurés, souscripteurs ou bénéficiaires ignorants, art. L. 310-2, III C. assur., et encore art. L. 310-27. V. aussi le mandat apparent.

honnête<sup>131</sup>, à coloration morale donc. Avec la référence à la confiance ou à la loyauté aussi, elle est donc un standard assez flexible ou malléable. Au travers des projets de réforme du droit des obligations et du contrat, les auteurs ont pu insister, par exemple, sur l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (déclarations ou comportements dans la cohérence), afin de ne pas décevoir l'attente raisonnable du partenaire. L'idée de collaboration ou de coopération des cocontractants, dans le but de faire produire son plein effet au contrat, a pu être développée, surtout lorsque les parties ont des intérêts convergents sinon communs.

Pour l'assurance-vie, il semble qu'une autre logique soit à l'œuvre, étant donné que les intérêts du souscripteur et ceux de l'assureur sont contraires, particulièrement antagonistes, surtout lorsque le premier veut exercer sa faculté de renoncer à laquelle le second s'oppose fermement. L'exigence de bonne foi pour la prorogation du temps afin de renoncer conduit à examiner le comportement du titulaire de cette prérogative unilatérale accordée par la loi d'ordre public.

Ce n'est guère comparable à l'analyse menée lorsqu'il s'agit d'examiner la bonne ou mauvaise foi du candidat à l'assurance dans la formation du contrat<sup>132</sup>, qui ne répond pas ou le fait inexactement, parfois sciemment, avec la sanction de la nullité. Il en va de même pour la caractérisation de la faute intentionnelle ou dolosive au stade de l'exécution du contrat d'assurance, où l'on reproche à l'assuré d'avoir voulu le dommage tel qu'il s'est réalisé, voire pour laquelle l'on se contente d'un comportement délibéré, dans le cadre d'une exclusion légale<sup>133</sup>. Pareillement, on détecte la mauvaise foi avec la sanction des assurances cumulatives « quand plusieurs assurances contre un même risque sont contractées de manière dolosive ou frauduleuse », selon l'alinéa 3 de l'article L. 121-4, qui renvoie expressément à l'article L. 121-3 pour la surassurance (nullité et dommages et intérêts). On a pu parler à ce propos d'approche comparative décevante s'agissant du code des assurances et de la mauvaise foi<sup>134</sup>.

En sélectionnant la bonne foi, le législateur en a fait une condition supplémentaire pour obtenir la prorogation du délai pour renoncer au contrat. Avec son revers, la mauvaise foi, la loi dresse, en définitive, un obstacle pour donner effet à la renonciation.

<sup>&</sup>lt;sup>131</sup> Qui impose le devoir de loyauté dans les différentes phases du contrat, notamment pour l'exécution fidèle de l'engagement ou ne pas rendre l'exécution impossible ou plus difficile (donc la faciliter), ou, dans la continuité, celui de coopération, ou de collaboration. V. P. Sargos, « L'obligation de loyauté de l'assureur et de l'assuré », *RGDA* 1997, p. 988.

<sup>&</sup>lt;sup>132</sup> Ou en cas d'aggravation du risque en cours de contrat.

<sup>&</sup>lt;sup>133</sup> Par ex. sur les contours de la notion, M. Bacache, D. Noguéro, L. Grynbaum et Ph. Pierre, obs. Droit des assurances, D. 2015, Pan., p. 1231, spéc. p. 1235 s.

<sup>&</sup>lt;sup>134</sup> L. Mayaux, Conférence-débat, AIDA, 26 janv. 2015.

On peut penser que, comme à l'accoutumée, les juges du fond auront un pouvoir souverain d'appréciation pour retenir ou écarter la mauvaise foi, avec des variations suivant les espèces. Cette appréciation devra néanmoins être motivée, ce que la Cour de cassation ne manquera pas de contrôler, au minimum. Il faudra voir si elle décidera d'ériger une grille de critères afin d'appréhender la bonne foi du souscripteur ou de l'adhérent, cadre de l'appréciation souveraine.

Les auteurs ont évoqué des pistes pour appréhender cette nouvelle disposition. Il a été affirmé que « la prorogation du délai est pour sa part finalisée », apparaissant « de plus en plus comme instituée pour la protection d'un souscripteur effectivement sous-informé »<sup>135</sup>. Il est évoqué une approche rationnelle de la bonne foi, en lien avec la finalité du délai de renonciation et sa prorogation<sup>136</sup>. Dans cette optique, il faut se prémunir contre un « consentement précipité », une « souscription d'impulsion », d'où une « période de rattrapage » pour revenir sur le consentement, courte car c'est un retour sur la force obligatoire du contrat, la rupture d'un lien (et pas le retour d'un bien).

### Pour le professeur Mayaux, la mauvaise foi

« réside dans l'usage abusif de la prorogation du délai prévue par la loi, ce qui conduit à une appréciation à la date d'exercice de la faculté de renonciation. Est de mauvaise foi le souscripteur qui, tout en étant informé du contenu du contrat dès l'origine (car il était un épargnant averti et bien conseillé), a fait dépendre sa renonciation des résultats financiers de celui-ci. Or, le délai de prorogation n'est pas fait pour protéger du contrat (entendu comme un bien dont la valeur peut diminuer), mais pour protéger contre un consentement irréfléchi. Pour les gros épargnants, supposés bien informés, la mauvaise foi (qui, en l'occurrence, se confond avec l'abus de droit) se lira ainsi dans les cours de la Bourse! »<sup>137</sup>

C'est, au moins en partie, un examen du motif de la renonciation qui semble ainsi suggéré, sur fond de faute lucrative<sup>138</sup>, c'est-à-dire la condamnation d'un esprit de lucre honni<sup>139</sup>.

<sup>135</sup> L. Mayaux, « Le législateur met fin au "couple diabolique" », préc., p. 41.

<sup>136</sup> L. Mayaux, Conférence-débat, AIDA, 26 janv. 2015.

<sup>&</sup>lt;sup>137</sup> L. Mayaux, « Le législateur met fin au "couple diabolique" », préc., p. 41; « Renonciation et prorogation en assurance-vie : le couple diabolique », préc., p. 226-227, 234-235, not.

<sup>&</sup>lt;sup>138</sup> Comp. sur la mauvaise foi, civ. 2<sup>e</sup>, 5 oct. 2006 : n° 05-16.329, préc. (3<sup>e</sup> moyen rejeté) : « permettre surtout l'utilisation de cette législation en méconnaissance de son objectif fondamental dans le seul but de reporter artificiellement sur le partenaire contractuel une perte financière bien plus tardive sans aucun rapport avec cette réglementation car liée à des événements extérieurs. À l'évidence, il n'est pas normal que l'exercice ou la faculté de renonciation destiné à protéger le consentement initial du consommateur puisse lui servir à annihiler les effets ultérieurs mais normaux de l'exécution du contrat ».

Pour certains, à la suite de la théorie de Josserand des années 1930 sur la fonction sociale des droits, il fallait s'inscrire dans une perspective des « droits fonctions »<sup>140</sup>, donc au-delà du critère de la seule intention de nuire retenue par Ripert<sup>141</sup>. Le professeur Pierre estime au regard du droit antérieur que

« l'abus et la mauvaise foi avaient ici partie liée, car c'est de l'intention dolosive du souscripteur qu'aurait pu surgir la dégénérescence de son droit, l'indifférence à la première conduisant dès lors à la désaffection de la seconde » 142.

Il constate que la loi de 2014 « rompt aujourd'hui avec cette double négation ». Le professeur Pierre ajoute qu'à

« la lecture des travaux préparatoires, cette preuve de la mauvaise foi pourrait donc s'inférer de l'exploitation délibérée d'une faute vénielle de l'assureur par de gros investisseurs dûment conseillés, dans le seul but de neutraliser des pertes financières pourtant envisagées *ab initio*. Au-delà de ce cas de figure, et quels que soient les protagonistes de l'affaire ou le montant des placements, il importera avant tout de déterminer en quoi la défaillance dans l'information délivrée a ou non troublé la faculté de renoncer du souscripteur. Ce qui, par inversion du prisme, revient à s'interroger sur l'état de sa volonté de s'engager contractuellement »<sup>143</sup>.

L'auteur fait le parallèle avec la sanction du défaut d'information, subordonnée à l'incidence sur le consentement du cocontractant.

Lorsqu'on y réfléchit de plus près, on devine la difficulté de la mise en œuvre de la condition de bonne foi. Essayons toutefois de nous poser des questions. Celles-ci sont nées avant les arrêts de 2016, qui viennent confirmer les intuitions des uns et des autres.

Au travers de la réflexion sur le contenu tangible de la mauvaise foi, on perçoit le rapprochement avec l'abus de droit, qui est un correctif général de l'exercice des prérogatives, dans la casuistique de ses applications, traduisant le caractère fonctionnel de la notion. On use de voies légales mais avec déloyauté.

1

<sup>139</sup> J. Kullmann, « L'assuré est en droit d'être de la plus extrême mauvaise foi : l'arrêt qui ne passe pas », préc., p. 236 s., p. 239 s. : l'auteur y voit la finalité des renonciations effectivement exercées par les souscripteurs de mauvaise foi, abusant de leur prérogative.

 <sup>140</sup> H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre et M. Asselain, Traité du contrat d'assurance, op. cit., n° 2146, p. 1442.
 141 Comp. com. 3 juin 1997: Bull. civ. IV, n° 171, p. 152, n° 95-12.402 (2nd moyen): au visa des art. 1134 et 1184 du Code civil, « l'abus dans la résiliation d'une convention ne résulte pas exclusivement dans la volonté de nuire de celui qui résilie ». Cassation de l'arrêt d'appel ayant estimé insuffisants des motifs erronés ou fallacieux pour des résiliations de mandats.

 $<sup>^{142}</sup>$  Ph. Pierre, « La modification du régime de la renonciation du preneur d'assurance sur la vie », préc.

<sup>143</sup> *Ibid*.

Si l'abus est habituellement sanctionné par des dommages et intérêts, il peut également être retenue une inefficacité de l'acte abusif, déjà proposée par Saleilles<sup>144</sup>. On a constaté ci-dessus la neutralisation de prérogatives unilatérales pour la dissolution du contrat. L'idée est de supprimer le dommage, voire de l'empêcher de naître, si possible, d'où une paralysie de la prérogative<sup>145</sup>.

Jusqu'en 2016, la Cour de cassation a rappelé que le droit de renonciation (avec la prorogation) était un droit discrétionnaire. Autrement dit, il n'y a pas à fournir un motif pour exercer un tel droit 146. De plus, en certaines hypothèses, cet exercice en toute liberté ne saurait être susceptible d'abus et générateur de responsabilité. Aussi, il ne pourrait être un droit judiciairement contrôlé. Cette vision du droit discrétionnaire absolu est aujourd'hui souvent dépassée<sup>147</sup>. Outre le recul observé du droit discrétionnaire en droit commun, il est fréquemment indiqué qu'un droit discrétionnaire pourrait être soumis à un contrôle juridictionnel<sup>148</sup>.

<sup>144</sup> P. Ancel et C. Didry, « L'abus de droit : une notion sans histoire ? L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XX° siècle », L'abus de droit, comparaisons franco-suisses, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2001, p. 51. On peut songer à la jurisprudence qui ordonne la reprise et le maintien d'une relation contractuelle dans l'hypothèse où un des cocontractants y a mis un terme de manière irrégulière ou abusive.

<sup>145</sup> Comp. la résiliation de l'art. L. 113-12 C. assur., admise alors en assurance emprunteur, et le refus du prêteur de donner son accord à la résiliation demandée et à la substitution d'un nouveau contrat au contrat initial, non motivé, partant abusif, et sans effet, Douai, 17 sept. 2015 : n° 13/ 07023. Résiliation refusée depuis, civ. 1re, 9 mars 2016 : Bull. civ. I, n°s 15-18.899 et 15-19.652 ; RGDA 2016, p. 186, note L. Mayaux; Contrats, conc. cons. 2016, no 131, note S. Bernheim-Desvaux; RDI 2016, p. 274, obs. J. Salvandy; D. 2016, Pan., p. 1161, spéc. 1173, obs. L. Grynbaum; LPA 2016, note D. Noguéro, à paraître.

<sup>&</sup>lt;sup>146</sup> Comp. art. L. 113-12-1 C. assur. V. infra sur cette disposition.

<sup>147</sup> A. Rouast, « Droits discrétionnaires et droits contrôlés », RTD civ. 1944, p. 1. A. Bénabent, « Le discrétionnaire », in Études offertes au professeur Ph. Malinvaux, Litec, 2007, p. 11. J. Kullmann, « L'assuré est en droit d'être de la plus extrême mauvaise foi : l'arrêt qui ne passe pas », préc., p. 222 s.: les nombreuses illustrations transdisciplinaires. L. Mayaux, « Renonciation et prorogation en assurance-vie : le couple diabolique », préc., p. 225 s.

<sup>&</sup>lt;sup>148</sup> Pour la révocation ad nutum du courtier, droit discrétionnaire, sous la réserve de l'abus, civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 1967 : Bull. civ. I, n° 163, n° 64-13.075 (1er moyen). Civ. 1re, 7 juill. 1987 : Bull. civ. I, n° 217, p. 160, n° 85-14.605 (1er moyen). Civ. 1re, 20 mars 1989: n° 86-15.114. Civ. 1re, 18 déc. 2014: n° 14-15.241. Sur le refus discrétionnaire d'agrément du successeur de l'agent général d'assurance, et la limite de l'abus, soc. 13 juin 1963 : Bull. civ. IV, n° 494, p. 405. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 oct. 1967 : Bull. civ. I, n° 271, n° 65-11.719. V. la discrimination sur l'âge écartée, civ. 1<sup>re</sup>, 14 avr. 2016 : Bull. civ. I, n° 14-29.981.

Se dessine alors le chemin vers l'abus du droit qui suppose l'utilisation d'un droit subjectif régulier<sup>149</sup>. En assurance-vie, les plaideurs n'ont pas manqué de défendre cette vision jugée plus raisonnable de la prérogative discrétionnaire, admise, permettant de renoncer. Il a été soutenu, sans succès, avant la loi de 2014, que

« le caractère discrétionnaire de la faculté de renonciation instaurée par l'article L. 132-5-1 du code des assurances a pour seule signification de dispenser l'assuré d'avoir à motiver son exercice et n'interdit pas au juge de sanctionner, le cas échéant, l'exercice abusif de ce droit »<sup>150</sup>.

C'était une façon d'appréhender la mauvaise foi, par le biais de l'abus<sup>151</sup>. Avant la loi nouvelle, tout en empêchant de neutraliser le droit de renonciation au regard de la bonne ou mauvaise foi, la Cour de cassation avait pu laisser entendre à certains (sans lendemain néanmoins, jusqu'en 2016), un rapprochement avec l'abus de droit : « l'assureur ne démontre pas en quoi l'usage d'une sanction automatique a pu dégénérer en abus de droit »<sup>152</sup>. Elle affirmait surtout qu'il n'était pas caractérisé dans l'espèce considérée.

La mauvaise foi transite à l'occasion par le filtre de l'abus de droit 153, qui permet de soutenir que les prérogatives dont une personne est titulaire ne sont pas illimitées. La théorie de l'abus de droit a mis en avant un critère psychologique consistant à examiner l'intention de nuire du titulaire du droit lorsqu'il l'exerce. Une autre approche doctrinale a défendu l'exercice antisocial du droit pour retenir l'abus. Il est parfois délicat de déterminer la finalité d'un droit, brèche par laquelle peut s'introduire la morale, à l'occasion, sous la vitrine de la normalité. Cela revient à déceler la limite posée à l'exercice du droit, qui ne doit

<sup>&</sup>lt;sup>149</sup> Comp. CJCE, 3 sept. 2009 : Aff. C 489/07, *Pia Messner c.*/ *Firma Stefan Krüger*: la Cour précise les conditions d'exercice du droit de rétractation prévu par la directive 97/7/CE en matière de contrats à distance conclus avec les consommateurs et notamment les situations particulières ouvrant restrictivement le droit à une indemnité compensatoire équitable pour l'utilisation « excessive » du bien acquis avant l'exercice de la rétractation, c'est-à-dire d'une manière incompatible avec les principes de droit civil, tels que la bonne foi ou l'enrichissement sans cause.

 $<sup>^{150}</sup>$  Civ. 2e, 10 juill. 2008 : n° 07-12.072, préc. (5e moyen). V. aussi civ. 2e, 10 juill. 2008 : n° 07-12.071, préc. (4e moyen). Civ. 2e, 9 juill. 2009 : n° 08-18.730, préc. (2nd moyen).

<sup>&</sup>lt;sup>151</sup> Encore civ. 2<sup>e</sup>, 25 févr. 2010 : n° 09-11.352, préc. : « nul ne peut se contredire au détriment d'autrui », donc « l'assuré ne peut, sauf à se contredire et commettre ainsi un abus de droit, exercer cette faculté de renonciation, fût-elle discrétionnaire, après le délai initial de 30 jours, dès lors qu'il a été complètement informé de cette faculté par l'assureur à l'occasion de la transmission d'une note d'information matériellement rattachée à la proposition d'assurance et de la remise des conditions générales » (1<sup>er</sup> moyen rejeté).

<sup>&</sup>lt;sup>152</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 28 avr. 2011 : n° 10-16.184, préc.

<sup>&</sup>lt;sup>153</sup> En ce sens, J. Kullmann, « L'assuré est en droit d'être de la plus extrême mauvaise foi : l'arrêt qui ne passe pas », préc., p. 220-221, 228, 234, 237. L. Mayaux, « Renonciation et prorogation en assurance-vie : le couple diabolique », préc., p. 225.

pas être anormal, par ses éléments ou ses résultats, ce qui permet de critiquer ou d'interdire une conduite.

Il faut s'interroger alors sur la destination normale du droit. Est-ce toujours évident? On en doute, surtout pour un dispositif protecteur de la partie jugée faible, dans un contexte d'accès à la concurrence des services, à partir d'un formalisme imposé. La quête des intentions est, elle aussi, délicate. L'absence de mobile ou d'intérêt légitime est difficilement adaptée à la situation du souscripteur renonçant. Il advient que les juges, dans une démarche plus objective, mettent en avant que l'exercice du droit est dépourvu d'utilité pour son titulaire, et qu'il est dommageable pour autrui. Le titulaire de la prérogative agit à l'intérieur de son droit, mais de manière contestable, parce que préjudiciable à autrui. Les assureurs ont lourdement insisté sur le fait qu'ils devaient essuyer les pertes de leurs cocontractants pour le moins indélicats. Ils pourraient faire valoir que l'exercice de la renonciation est abusif parce qu'il dépasse ce qui est légitimement attendu d'un souscripteur raisonnable. Le cocontractant détourne manifestement sa prérogative, de façon disproportionnée par rapport à l'objectif initial de protection, qui se traduit par la sanction du défaut d'information.

Lorsque le souscripteur ou l'adhérent exerce sa faculté de renonciation, en demandant le bénéfice de la prorogation du délai, on peut difficilement y voir une volonté de nuire, nous semble-t-il. Ou alors il faudrait considérer qu'il a l'intention malveillante ou malicieuse de faire supporter les pertes qu'il a subies à quelqu'un d'autre, et que cela suffit, en soi, à caractériser cette volonté de nuire. Le contrat-échange conduit néanmoins à préférer la perte de son partenaire plutôt que la sienne, sauf à défendre une fraternité si altruiste qu'elle amènerait à s'oublier soi-même<sup>154</sup>! Un illustre auteur a souligné, à propos de la notion de bonne foi, que « chacun des contractants cherche à atteindre des fins propres, et qu'un conflit est latent sous la coopération », « restreinte et non exempte d'arrière-pensées »155. La prérogative octroyée au sujet a nécessairement une dominante d'égoïsme. Du coup, ne pourrait-on objecter au contraire, en défense, que le souscripteur cherche simplement à défendre ses intérêts pécuniaires, et qu'il se plaint dans ce but du non-respect par l'assureur de ses obligations légales, ce dernier étant donc en faute, sinon, par hypothèse, le délai de trente jours est déjà écoulé sans rémission? À emprunter néanmoins cette voie de l'imputation des pertes, il conviendrait de se reporter à l'information distribuée et à son influence sur le consentement de l'assuré, pour savoir s'il a délibérément opté pour le risque du placement (la baisse comprise), de façon éclairée. Serait-ce oublier le formalisme, en définitive ? On y reviendra plus avant.

 $<sup>^{154}</sup>$  Adde sur les comportements et l'altruisme, J. Tirole, Économie du bien commun, PUF, 2016, spéc. p. 165 s.

<sup>155</sup> J. Carbonnier, Droit civil, t. 4 Les obligations, op. cit., n° 114, p. 219.

Vouloir effacer ses pertes, en obtenant la restitution de l'intégralité des sommes versées, par le contractant, comme le prévoit la loi, est-ce suffisant, en soi, pour caractériser la mauvaise foi ? Après tout, il n'y a pas un défaut d'intérêt pour soi-même à agir de la sorte, bien au contraire. Sur le terrain de l'intention de nuire pour l'abus, on vérifie généralement la conjonction d'une absence d'utilité pour le créancier et d'un préjudice pour le débiteur. On voit que c'est assez inadapté ici. Quelles que soient ses compétences, tout contractant renonçant, en sollicitant pour ce faire la prorogation, ne cherche-t-il pas à effacer ses pertes plus ou moins lourdes ? C'est un des motifs de l'exercice de cette faculté prorogée dans le temps. Ce n'est que s'il constate que son placement est à la baisse que la question se pose en pratique. En effet, pour un placement à la hausse, la prorogation du délai pour renoncer ne sera pas sollicitée. Aussi, accueillir, sans nuance, cette volonté d'effacer des pertes comme le critérium absolu de la mauvaise foi ne pourrait qu'aboutir à supprimer toute possibilité d'une prorogation du délai pour renoncer. Malgré la lettre du texte modifié, laissant croire le contraire, l'insertion de la bonne foi sonnerait le glas de la prorogation.

Dans ces circonstances, il apparaît que l'évolution des marchés financiers pendant le temps où il est demandé de reconnaître que la faculté de renonciation n'a pas expiré, parce qu'elle doit être prorogée, n'est pas un critère unique décisif pour retenir la mauvaise foi du souscripteur. Il convient toutefois de ne pas négliger l'hypothèse d'une certaine approximation judiciaire, dans tel ou tel cas, qui ferait que le juge serait tenté, au moins inconsciemment, ou officieusement, d'en tenir compte. Autre chose est de savoir s'il faut s'en contenter d'un point de vue juridique.

On peut dépasser la seule volonté de nuire, critère subjectif. On en vient alors au détournement du droit de sa finalité, à la déviation par rapport à une fonction sociale ou à une fin sociale qu'il reste à fixer.

Avant la loi de 2014, la jurisprudence a pu estimer que le souscripteur n'avait pas besoin de justifier d'un préjudice pour exercer le droit de renonciation, à l'inverse d'une action en responsabilité civile<sup>156</sup>. À dire vrai, si la mauvaise foi correspond à une demande de prorogation en l'absence de préjudice du souscripteur, cela permet médiatement de revenir sur les exigences de forme pour l'information. Dès lors qu'il a été renseigné par un autre support que celui désigné par la loi, ou/et par ses propres compétences, voire l'assistance d'un

 $<sup>^{156}</sup>$  Civ.  $2^{\rm e}$ , 7 mars 2006: n° 05-12.338, préc. (5e moyen). Civ.  $2^{\rm e}$ , 7 mars 2006: n° 05-10.366, préc. (3e moyen implic.). Civ.  $2^{\rm e}$ , 10 juill. 2008: n° 07-12.072, préc. (5e moyen). Civ.  $2^{\rm e}$ , 10 juill. 2008: n° 07-12.070, préc. : « la sanction édictée n'a pas à être subordonnée à la démonstration préalable d'un préjudice subi par le preneur d'assurance » (2e moyen). Idem civ.  $2^{\rm e}$ , 10 juill. 2008: n° 07-12.071, préc. (2e moyen). Encore civ.  $2^{\rm e}$ , 19 mai 2016: n° 15-12.767, préc. (1er moyen). Civ.  $2^{\rm e}$ , 19 mai 2016: n° 15-12.768, préc. (1er moyen, 1re branche).

tiers, le souscripteur ne pourrait plus prétendre à la prorogation. La prorogation serait alors réservée à celui qui, avant d'avoir reçu les documents idoines, ne pouvait qu'ignorer qu'il pouvait renoncer ou mal maîtriser la complexité du produit.

## b. L'inspiration

Depuis notre réflexion de 2015 ci-dessus exposée, quel est l'apport de la jurisprudence de 2016<sup>157</sup> pour cerner cette condition de la prorogation du délai pour renoncer? La riche motivation de la décision publiée est à restituer pour pleinement saisir la démarche. Les trois autres décisions inédites s'en inspirent fortement. La Cour de cassation se situe sur le terrain de l'abus désormais à scruter<sup>158</sup>, d'où la cassation à un premier titre, entérinant la critique du moyen<sup>159</sup>:

« si la faculté prorogée de renonciation prévue par le second de ces textes en l'absence de respect, par l'assureur, du formalisme informatif qu'il édicte, revêt un caractère discrétionnaire pour le preneur d'assurance, son exercice peut dégénérer en abus »<sup>160</sup>.

Dans le prolongement, abandonnant sa précédente jurisprudence, elle met expressément en avant la nécessité de principe de distinguer suivant la bonne ou mauvaise foi du preneur au nom du principe de loyauté, ce que n'a pas fait, à tort, la cour d'appel qui, pourtant, ne faisait ainsi que se plier à la position de la hiérarchie judiciaire vieille de dix ans. Les trois autres arrêts adoptent la même motivation sur ce point.

Surtout, dans la seconde branche du deuxième moyen, que le premier moyen éclaire utilement, la Cour donne la clé de l'analyse à mener, toujours au visa des articles L. 132-5-1 et L. 132-5-2 dans leur rédaction applicable au litige certes<sup>161</sup>. Pour deux des trois autres arrêts, le visa diffère sans incidence sur le fond de la solution – « Vu les articles L. 132-5-1, L. 132-5-2 et L. 132-5-3 du code des assurances, dans leur rédaction applicable au litige » –, simplement car il s'agit d'un contrat d'assurance sur la vie collectif<sup>162</sup>. Toutefois, cette approche

<sup>&</sup>lt;sup>157</sup> Civ. 2e, 19 mai 2016 : n° 15-12.767, préc. (2e moyen).

<sup>158</sup> Aussi, TGI Tours, 18 févr. 2016, préc.

<sup>&</sup>lt;sup>159</sup> L'annexe nous indique que pour l'assureur « l'abus d'un droit résulte de son utilisation dans un cas certes, techniquement, prévu par la loi, donc dans un cas dans lequel la naissance du droit n'est pas contestable, mais pour une finalité contraire à celle que la loi assigne au droit en question ; que le juge appelé à déceler l'existence d'un abus de droit, ne peut donc se réfugier derrière la circonstance que les conditions de la naissance du droit sont réunies, pour en déduire qu'il n'y aurait pas d'abus ». *Idem* civ. 2e, 19 mai 2016 : n° 15-12.768, préc. (annexe).

<sup>&</sup>lt;sup>160</sup> Idem civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016: n° 15-12.768, préc. (2<sup>e</sup> moyen, 1<sup>re</sup> branche). Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016: n° 15-18.690, préc. et n° 15-18.691, préc. (moyen relevé d'office).

 $<sup>^{161}</sup>$  L'annexe nous apprend que le 2e moyen invoquait encore la violation de l'art. 1382 C. civ., futur art. 1240. *Idem* civ. 2e, 19 mai 2016 : n° 15-12.768, préc. (même visa et annexe).

<sup>&</sup>lt;sup>162</sup> Civ. 2e, 19 mai 2016 : n° 15-18.690, préc. et n° 15-18.691, préc. (moyen relevé d'office).

pourrait être transposée à la nouvelle version des dispositions légales. La cassation à ce second titre est fort intéressante parce qu'elle livre la façon de caractériser l'exercice abusif. La cour d'appel avait pris soin, surabondamment, de répondre sur cet aspect (« en tout état de cause ») <sup>163</sup>. En l'espèce, sur le terrain probatoire, la cour d'appel estimait que l'assureur était défaillant pour établir le détournement de finalité du droit <sup>164</sup>:

« l'assureur ne démontre pas que l'usage par M. et Mme X... de la faculté de renonciation qui leur est ouverte du fait même des manquements de l'assureur, qui ne leur a pas remis les documents et informations prévus par des dispositions d'ordre public, constitue un détournement de la finalité de la règle de droit issue du code des assurances, *même s'ils peuvent ainsi échapper* aux conséquences des fluctuations du marché financier (on souligne) »<sup>165</sup>.

Comme on l'a expliqué ci-dessus, le seul motif d'échapper aux pertes, à lui seul, nous paraît impuissant à faire dégénérer en abus l'exercice de la prérogative étendue dans le temps.

Du coup, il convient de s'intéresser au contexte particulier qui montre que l'abus ne pourra pas être systématiquement retenu. La mauvaise foi ou la déloyauté, si l'on préfère, est à établir. Pour la Cour de cassation, les juges du fond auraient dû procéder à une recherche plus poussée à partir des éléments de fait à disposition (manque de base légale « en se déterminant ainsi, par voie de simple affirmation »)<sup>166</sup>. Dès lors, la cour d'appel « n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle »,

« en se bornant à constater que les conditions d'exercice du droit de renonciation étaient réunies, sans rechercher, au regard de la situation concrète de M. et Mme X..., de leur qualité d'assurés avertis ou profanes et des informations dont ils disposaient réellement, quelle était la finalité de l'exercice de leur droit de renonciation et s'il n'en résultait pas l'existence d'un abus de droit (on souligne) »<sup>167</sup>.

Si, dans les affaires, les juges du fond relèveront souverainement les données du cas, la Cour suprême manifeste incontestablement son intention de contrôler, classiquement, la qualification qui sera adoptée du point de vue de l'abus.

<sup>164</sup> Au fond, cela ressemblait plus à une apparence concédée de défaut de preuve, eu égard au rejet de principe de l'abus par les juges du second degré.

<sup>167</sup> *Idem* mais au singulier pour un seul souscripteur, civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.768, préc. (2<sup>e</sup> moyen, 2<sup>nde</sup> branche).

\_

<sup>&</sup>lt;sup>163</sup> *Idem* civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016: n° 15-12.768, préc. (2<sup>e</sup> moyen, 2<sup>nde</sup> branche).

 $<sup>^{165}</sup>$  Idem mais au singulier pour un seul souscripteur, civ. 2°, 19 mai 2016 : n° 15-12.768, préc. (2° moyen,  $2^{\rm nde}$  branche).

<sup>&</sup>lt;sup>166</sup> Idem civ. 2e, 19 mai 2016: n° 15-12.768, préc. (2e moyen, 2nde branche).

Les directives sont la qualité du souscripteur, en fonction de son profil lié à sa compétence, et, en lien, les informations dont il pouvait disposer « réellement », adverbe qui signifie indépendamment du support ou vecteur utilisé, donc même sans document distinct ou non-respect de l'encadré. Sur ce point, dans le premier moyen, l'assureur défendait « que le manquement visé était purement formel, puisqu'il s'agissait d'une absence de parfaite adéquation entre l'encadré et l'arrêté régissant ledit encadré »<sup>168</sup>. Il était ajouté que le créancier de l'information « est parfaitement informé par ailleurs », même si c'était pour soutenir sans succès « qu'une sanction n'est ainsi pas proportionnée si, pour un manquement véniel à une obligation d'information purement formelle, aucun préjudice n'est constaté dans le chef du créancier de ladite information ». De plus, l'assureur soutenait « qu'au cas présent, la personne se plaignant d'un manquement à l'obligation d'information était directeur financier du fonds d'investissement Wendel, auteur d'un montage défiscalisant dit « d'intéressement » du premier cercle des dirigeants dudit fonds ». Il était donc un preneur particulièrement avisé, exceptionnellement même (également, par capillarité, son épouse ?)169. En revanche, rien n'est indiqué, dans les motifs, s'agissant du profil de la souscriptrice<sup>170</sup>. Dans une autre affaire, la personne était « chargée des investissements du fonds » et il avait également souscrit en sa qualité de gérant pour une société souscriptrice assistée « par la société JP Morgan agissant en qualité de conseiller en investissements financiers »<sup>171</sup>.

Nous pouvons relever que l'arrêt indique en outre que sur le contrat libellé en unités de compte le même capital initial de 1 503 057,25 euros était investi par chacun des époux (sommes conséquentes) – qui n'étaient donc pas des petits épargnants –, auprès d'une société de droit luxembourgeois (Fortis Luxembourg vie puis Cardif Lux Vie) – signe exotique de maîtrise des investissements –, avant des rachats partiels à hauteur de 344 500 euros chacun (connaissance des mécanismes par cet acte d'exécution), puis la renonciation et

<sup>&</sup>lt;sup>168</sup> *Idem* civ. 2e, 19 mai 2016 : n° 15-12.768, préc. (1er moyen).

<sup>&</sup>lt;sup>169</sup> En présence de membres de couple aux compétences inégales, faudra-t-il s'inspirer de la jurisprudence sur les cautions personnellement averties ou pas, pour l'obligation de mise en garde ? Ex. com. 3 mai 2006: *Bull. civ.* IV, n° 103, n° 04-19.315. Com. 3 févr. 2009: n° 07-19.778. Com. 10 mars 2009: n° 08-10.721. Com. 22 nov. 2011: n° 10-25.920. Com. 2 oct. 2012: *Bull. civ.* IV, n° 174, n° 11-28.331. Com. 22 janv. 2013: n° 11-24.610. Com. 22 sept. 2015: n° 14-15.164. Oui, *a priori*.

<sup>170</sup> Dans l'annexe, l'assureur soutient que « l'utilisation par les époux X..., hautement avisés, de la faculté de renonciation était abusive, en l'absence totale de préjudice de défaut d'information subi par eux, et en présence du but clair poursuivi par les dirigeants de Wendel, d'échapper à la baisse du cours de bourse de leur société » ; « ils ne l'ont fait que dans un but financier et spéculatif ». Semblable, civ. 2°, 19 mai 2016 : n° 15-12.768, préc. (annexe).

<sup>&</sup>lt;sup>171</sup> *Idem* pour le reste, civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.768, préc. (1<sup>er</sup> moyen).

la demande de restitution par le « paiement des titres apportés à l'origine »<sup>172</sup>. Dans une autre affaire, auprès du même assureur luxembourgeois, pour le même type de contrat libellé en unités de compte, le souscripteur « a investi un capital initial de plusieurs millions d'euros et effectué divers rachats partiels »<sup>173</sup>, si bien qu'il avait un profil identique à son congénère. La Cour ajoute qu'il avait la qualité de gérant de la société qui « a également souscrit auprès de l'assureur un contrat de capitalisation ». Il était incontestablement avisé.

Les deux autres affaires diffèrent quelque peu dans le sens où leur motivation n'est pas aussi explicite, se bornant à censurer la cour d'appel retenant « une sanction automatique, dont l'application ne pouvait être modulée *en fonction des circonstances de l'espèce* (on souligne) »<sup>174</sup>. Les arrêts ne reprennent pas littéralement la distinction averti/profane, bien qu'une conclusion identique, sur le fond, doive, selon nous, s'imposer. L'annexe ne donne pas d'indication précise sur le profil de chacun des adhérents qu'il appartiendra à la cour de renvoi de cerner.

À notre sens<sup>175</sup>, la qualité de souscripteur averti ne fait pas, à elle seule, présumer que l'information a été délivrée par l'assureur par un autre biais et qu'elle a été parfaitement comprise. Elle permet simplement de caractériser la maîtrise de l'information qui aurait été obtenue par une autre voie que celle du formalisme protecteur du profane, point qui reste à prouver par l'assureur. Seul le souscripteur averti, ayant pu accéder à l'information (conditions cumulatives), malgré l'absence de formalisme idoine, sera privé de la « faculté prorogée de renonciation », parce que l'exercice abusif sera constitué si jamais son but a été d'échapper aux pertes de son placement provenant des fluctuations du marché. La cour d'appel de Lyon, de renvoi centralisé<sup>176</sup>, devra donc examiner la situation personnelle de chacun des époux (des souscripteurs et adhérents pour les autres cas) afin de déterminer si l'un et/ou l'autre est un assuré averti (mauvaise foi) ou profane (bonne foi) et s'il a pu accéder à l'information précontractuelle par un autre vecteur (avisé) que celui résultant du formalisme légal. La preuve complémentaire du but d'échapper à la perte financière ne devrait pas causer grande difficulté puisque c'est ce qui anime systématiquement celui qui renonce

<sup>15</sup> 

<sup>&</sup>lt;sup>172</sup> V. le 3º moyen intéressant en annexe sur la critique au regard de la libre prestation de service de la « restitution » en numéraires, par équivalent, somme égale à la contrevaleur monétaire des titres à la date de l'apport. Comp. pour une réponse de principe, sur la validité du contrat d'assurance-vie souscrit auprès d'un assureur de droit luxembourgeois, ce qui permet l'apport de titres sur des fonds dédiés fermés, civ. 2º, 19 mai 2016 : *Bull. civ.* II, n° 15-13.606.

<sup>&</sup>lt;sup>173</sup> Idem civ. 2e, 19 mai 2016: n° 15-12.768, préc. (2e moyen).

<sup>&</sup>lt;sup>174</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-18.690, préc. et n° 15-18.691, préc. (moyen relevé d'office).

<sup>&</sup>lt;sup>175</sup> Argument, la conjonction de coordination « et » dans l'attendu.

<sup>&</sup>lt;sup>176</sup> Aussi civ. 2°, 19 mai 2016 : n° 15-12.768, préc. Civ. 2°, 19 mai 2016 : n° 15-18.690, préc. et n° 15-18.691, préc.

grâce à la prorogation du délai. Neutre en lui-même, ce but devient critiquable exclusivement parce que le souscripteur est averti et informé. C'est la traduction du détournement de la finalité de la prérogative, peut-on croire. La distinction d'un assuré de bonne ou de mauvaise foi devient dès lors primordiale. En l'occurrence, la réponse pourrait varier en fonction du conjoint concerné.

Cette jurisprudence sera vraisemblablement une source d'inspiration pour l'application du nouveau texte si notre analyse à chaud des critères fixés par la Haute Cour s'avère pertinente.

Il y aura peut-être deux conceptions du droit de renonciation sur le fondement du texte de 2014. Dans la continuité du processus de formation de l'accord, la première, effectuée dans le délai de trente jours, à compter de l'information sur la conclusion du contrat, dispensée de l'exigence de bonne foi, consacre un droit discrétionnaire à la rupture, qui paraît bien absolu<sup>177</sup>. Elle suppose que l'information a correctement été délivrée par l'assureur. Sauf cas particulièrement exceptionnel – un krach boursier dans le mois –, elle n'entraîne aucun risque, quant à l'imputation des pertes, résultant des supports choisis et de l'évolution de la Bourse, eu égard au temps assez bref accordé pour revenir sur l'engagement pris. Les directives communautaires prévoyant une fourchette de temps entre quatorze et trente jours, le droit français a clairement sélectionné le délai le plus protecteur.

La seconde conception conduit à sonder le profil du souscripteur ou de l'adhérent, comme pour l'abus en application de la jurisprudence de 2016. S'il n'a pas manqué de l'information, utile pour l'éclairer quant à son engagement dans le contrat, y compris à défaut de transmission des documents dont le formalisme est réglementé (là est l'apport du droit nouveau), il est fait obstacle à son droit de renonciation, dont le délai pour l'exercice ne saurait être prorogé<sup>178</sup>. Par conséquent, le caractère discrétionnaire de la faculté de renoncer est supprimé, selon nous. Il faut envisager le motif de son vœu de bénéficier de la

<sup>177</sup> En ce sens, L. Mayaux, « Renonciation et prorogation en assurance-vie : le couple diabolique », préc., p. 225, 227. Comp. J. Kullmann, « L'assuré est en droit d'être de la plus extrême mauvaise foi : l'arrêt qui ne passe pas », préc., p. 232 : l'auteur critique la distinction entre la source conventionnelle et celle légale de la rétractation pour l'assurance-vie, cette dernière permettant d'écarter le contrôle de l'abus. V. à l'inverse, pour le droit de rétractation en droit de la consommation, sans abus, D. Roets, « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », D. 1997, chron., p. 92.

<sup>178</sup> Dans cette optique, la troisième branche du moyen rejeté, civ. 2e, 9 févr. 2012 : n° 11-13.707, préc. : « l'exercice par l'assuré de son choix d'investir la totalité des capitaux sur des unités de comptes différentes et particulièrement dynamiques et d'effectuer de nombreux arbitrages conformément aux stipulations du paragraphe "Changement de profil de gestion" du contrat d'assurance, suppose une parfaite connaissance du mécanisme de ces contrats et du fonctionnement de l'investissement en unités de compte », incompatible avec les « prérogatives contractuelles dont l'exercice est soumis à l'exigence de bonne foi ».

prorogation pour résilier<sup>179</sup>. S'il repose sur le défaut d'information (la substance, pas la forme), le droit de renoncer existe toujours, peut-on penser, même si son placement a subi une baisse. S'il repose sur une autre raison, détachée de la finalité protectrice, le droit de renoncer a disparu parce qu'expiré définitivement.

Mais alors, l'exigence de bonne foi, à supposer qu'elle soit entendue de cette manière, dissimule mal que le législateur s'attaque, en réalité, au formalisme qu'il a institué par ailleurs.

#### II. La foi dans une autre voie.

L'information distribuée au souscripteur ou à l'adhérent est la clé pour la mise en œuvre du droit de renonciation. On distinguera, en premier lieu, l'information exigée pour écarter le droit de renonciation tardif (A), et, en second lieu, le choix de l'information différenciée (B), qui demeure une proposition.

## A. L'information exigée pour écarter le droit de renonciation tardif.

Tardif, le droit de renonciation l'est si la prorogation de son délai est accordée en considération d'une défaillance dans le formalisme de l'information. Les retardataires ont été regardés comme d'odieux contractants, profitant des failles du système d'information, avec la complicité de la Haute juridiction jusqu'en 2016. La loi DDAC de 2005 a eu pour objectif d'apporter des réponses aux craintes des assureurs. Quel que soit son mérite, ou son insuffisance, elle ne pouvait cependant pas revenir sur le passé. Même si la jurisprudence antérieure à 2016 est critiquée, il faut tenir compte, sans caricature, des solutions qu'elle a apportées, au fil du temps, à cet épineux problème, en parallèle des interventions législatives. On traitera, de première part, du passage des documents distincts à l'encadré (1), de deuxième part, du modèle de lettre (3) pour renoncer, de troisième part, du butoir de huit ans (3), et de dernière part, de vraies limites prétoriennes (4) avant les arrêts du 19 mai 2016 du changement révolutionnaire de cap.

### 1. Le passage des documents distincts à l'encadré.

Ici, il est vain de revenir sur l'exigence ferme de deux documents distincts, la note d'information autonome, distincte des conditions générales pour le souscripteur. Pour l'adhérent, l'article L. 132-5-3, alinéa 1er, du code des assurances énonce que la « notice remise par le souscripteur inclut, outre les

<sup>179</sup> Comp. depuis la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 (art. 59) dite *Hamon* (art. L. 113-12-1 C. assur.), l'obligation de motivation de l'assureur pour exercer la résiliation unilatérale du contrat le liant à une personne physique en dehors de son activité professionnelle. Auparavant, un droit sans abus pour la résiliation à l'échéance, civ. 1<sup>re</sup>, 7 juill. 1992 : n° 90-21.188 ; *RGAT* 1992, p. 892, note J. Kullmann.

informations mentionnées au deuxième alinéa de l'article L. 141-4, celles contenues dans la note mentionnée » pour la souscription individuelle.

Par parenthèse, lors du revirement sur l'abus en 2016, dans deux affaires d'adhésion d'une personne physique à un contrat d'assurance sur la vie de la société Inora Life, la Cour de cassation a tout de même précisé, par un même attendu, que la cour d'appel a

« exactement retenu (ou justement déduit) que l'assureur n'avait pas remis une note d'information distincte des conditions générales et que l'encadré prévu par l'article L. 132-5-2 du code des assurances ne figurant pas en tête de document, il (ou l'assureur) n'avait pas respecté ses obligations découlant de ce texte »<sup>180</sup>.

En l'occurrence, la cour d'appel a constaté,

« d'une part, que le contrat remis à l'assuré consistait en une plaquette comportant vingt-trois pages, dans laquelle figuraient les conditions générales du contrat (pages 1 à 9) et la note d'information (pages 12 à 23), d'autre part que l'encadré intitulé "dispositions essentielles" figurait en page 10 de ce document ».

Le système de la liasse unique peut être sauvé seulement si l'encadré régulier figure en tête, non pas noyé dans le document, où il ne peut remplir son office d'attirer l'attention.

C'est cette exigence de documents distincts qui a permis à nombre de personnes physiques d'exercer le droit de renonciation après prorogation du délai. Encore fallait-il, pour le plaideur, avoir mis en avant ce manquement devant les juges du fond, sauf à être irrecevable devant la Cour de cassation<sup>181</sup>. De même, sauf à enfreindre le principe du contradictoire (article 16 du code de procédure civile visé), en omettant d'inviter les parties à présenter leurs observations, le juge ne peut relever « d'office le moyen tiré d'un défaut d'information sur la sanction de l'article L. 132-5-1 du code des assurances »<sup>182</sup>. Ces solutions procédurales sont protectrices de l'assureur. L'article L. 132-5-2, alinéa 1<sup>er</sup>, du code des assurances prévoit toujours, aujourd'hui, que l'assureur peut remettre cette note réglementée dans le contenu, quant à l'information à délivrer, contre récépissé.

<sup>&</sup>lt;sup>180</sup> Civ. 2e, 16 mai 2016 : n° 15-18.690, préc. et n° 15-18.691, préc. (1er moyen). On ne peut qu'inviter à se reporter à la riche argumentation des pourvois, en quatre branches.

<sup>&</sup>lt;sup>181</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 2 avr. 2009 : n° 08-13.285 (adhésion en nov. 1999 ; 1<sup>er</sup> moyen).

<sup>&</sup>lt;sup>182</sup> Civ. 2°, 22 janv. 2009 : n° 07-21.794 (souscription en janv. 1996) : censure de l'arrêt retenant que « l'information donnée est donc incomplète puisqu'elle ne mentionne que l'existence de la faculté de renonciation et non pas que le délai de renonciation est prorogé de plein droit lorsque l'obligation d'information pesant sur l'assureur n'est pas satisfaite ».

Depuis la loi DDAC, la même disposition, inchangée sur ce point, énonce comme tempérament (« toutefois ») que

« la proposition d'assurance ou le projet de contrat vaut note d'information, pour les contrats d'assurance ou de capitalisation comportant une valeur de rachat ou de transfert, lorsqu'un encadré, inséré en début de proposition d'assurance ou de projet de contrat, indique en caractères très apparents la nature du contrat (on souligne) ».

Là encore, le contenu et la forme de l'encadré sont réglementés. Il faut les suivre sans variante<sup>183</sup>. « Un arrêté du ministre chargé de l'économie, pris après avis de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, fixe le format de cet encadré ainsi que, de façon limitative, son contenu »<sup>184</sup>. Pour les contrats d'assurance de groupe vie, à adhésion facultative, il faut se reporter à l'article L. 132-5-3, alinéa 1<sup>er</sup>, du code des assurances, créé par la loi de 2005, en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2006 : « [...] L'encadré mentionné au premier alinéa de l'article L. 132-5-2 est inséré en début de notice. [...] » d'information. C'est le même procédé adapté aux documents contractuels autrement dénommés.

A posteriori, la pratique des assureurs, dénoncée par le juge, a été acceptée, grâce à l'autorité de la loi, avec des aménagements, pour satisfaire le but protecteur du dispositif. L'encadré, pour les contrats visés, mis en place après l'entrée en vigueur de la loi, est un équivalent de la note d'information.

Il n'y a pas lieu, ici, de s'attarder sur le contenu précis des informations énumérées. On peut simplement relever l'attention portée aux contrats sensibles aux évolutions des marchés financiers, en considération des supports du placement. L'épargnant doit connaître le risque représenté par les fluctuations. L'article A. 132-8, 2°, b du code des assurances dispose en ce sens que

« pour les contrats dont les droits sont exprimés en unités de compte, il est indiqué en caractères très apparents que les montants investis sur les supports en unités de compte ne sont pas garantis mais sont sujets à des fluctuations à la hausse ou à la baisse dépendant en particulier de l'évolution des marchés financiers »<sup>185</sup>.

Par parenthèse, l'article L. 132-5-2, alinéa 3, traite des valeurs de rachat ou de transfert, avec leur mécanisme de calcul. Le but est d'expliciter du mieux possible leur fonctionnement à l'assuré. Plus largement, pour les contrats comprenant une valeur de rachat, le législateur a imposé la divulgation de

 $<sup>^{183}</sup>$  Implie. civ. 2e, 19 mai 2016 : n° 15-12.767, préc. (1er moyen). Civ. 2e, 19 mai 2016 : n° 15-12.768, préc. (1er moyen).

<sup>&</sup>lt;sup>184</sup> Seule la dénomination de l'autorité de contrôle a changé à plusieurs reprises depuis 2005.

<sup>&</sup>lt;sup>185</sup> Dans sa dernière version résultant de l'arrêté du 28 décembre 2015, en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2016. Depuis, la version en vigueur au 1<sup>er</sup> mai 2006. V. aussi C. assur., art. L. 131-1, al. 2; art. A. 132-5.

l'information sur les fluctuations à la hausse ou à la baisse des placements, mettant sur un même plan optimisme et pessimisme.

L'article A. 132-8, *in limine*, du code des assurances traite de l'encadré en tête de proposition d'assurance, de projet de contrat ou de notice, qui doit entrer dans une page, format imposé avec rigueur : « Sa taille ne dépasse pas une page et il contient, de façon limitative et dans l'ordre précisé ci-dessous, les informations suivantes [...] »<sup>186</sup>. Suit une énumération limitative donc, dans un ordre précis à suivre. Sur le contenu de l'information exigée, on ne peut que renvoyer, pour le détail, à l'article A. 132-8 <sup>187</sup>. La disposition a connu différentes versions au gré des arrêtés successifs.

Le but poursuivi est ouvertement précisé par l'article A. 132-8, 8°, qui exige que l'encadré le rappelle littéralement, d'emblée :

« La mention suivante est insérée immédiatement après l'encadré : "Cet encadré a pour objet d'attirer l'attention du souscripteur (ou de l'adhérent) sur certaines dispositions essentielles de la proposition d'assurance (ou du projet de contrat, ou de la notice). Il est important que le souscripteur (ou l'adhérent) lise intégralement la proposition d'assurance (ou le projet de contrat, ou la notice), et pose toutes les questions qu'il estime nécessaires avant de signer le contrat (ou le bulletin d'adhésion)." »<sup>188</sup>.

La Cour de cassation s'est prononcée sur cet encadré en exigeant une stricte observance des dispositions le régissant. Ainsi, dans une affaire, l'assureur avait remis une note d'information valant conditions générales, en tête de laquelle figurait un encadré contenant les dispositions essentielles du contrat. Près de trois ans et demi après, le souscripteur exerçait son droit de renonciation en indiquant que les mentions de l'encadré n'étaient pas conformes aux dispositions des articles L. 132-5-2 et A. 132-8 du code des assurances. Il est constaté que « l'arrêt (d'appel) retient que, dans l'encadré, les frais de gestion sur le support en euros sont fixés à 0,60 point par an du montant du capital libellé en euros ». Aussi, il est décidé que

« cette formule ne correspond pas aux exigences du texte qui prévoit que les frais doivent être indiqués pour leur montant ou en pourcentage

<sup>&</sup>lt;sup>186</sup> Depuis, la version en vigueur au 1er mai 2006.

<sup>&</sup>lt;sup>187</sup> Dans sa dernière version résultant de l'arrêté du 28 décembre 2015, en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2016. V. aussi C. assur., art. A. 132-4-8.

<sup>&</sup>lt;sup>188</sup> Depuis, la version en vigueur au 1er mai 2006.

maximum et qu'en ce qu'elle n'est pas précise et prête à confusion, elle ne satisfait pas à l'exigence d'information du souscripteur »<sup>189</sup>.

La Cour de cassation fait tantôt montre d'une sévérité qu'on peut qualifier de mauvais aloi. Par exemple, pour une assurance-vie à adhésion facultative, la cour d'appel « après avoir admis qu'un encadré se matérialise par un trait entourant les informations essentielles du contrat, énonce qu'on peut considérer que les informations figurant en première page de la notice sont encadrées, en haut par un titre, sur le côté droit par un grand trait vertical, à gauche par la mention « dispositions essentielles », en bas par un gros trait horizontal ». Cependant, pour la Cour de cassation, « en considérant ainsi que la première page de la notice comporte un encadré, alors qu'elle en est dépourvue, la cour d'appel a dénaturé ce document »<sup>190</sup>, si bien que la prorogation du délai pour renoncer est admise.

Par ce visuel qu'est l'encadré, l'objectif est de capter l'attention du futur contractant. Le document synthétique, qui ne peut être qu'un résumé de ce qui peut être développé par le contrat, ne doit pas décourager le client d'en prendre connaissance et doit lui apporter le cadre minimum de l'opération envisagée, avec ses risques. Y compris par zèle efficace quant à l'objectif d'information, l'assureur ne doit pas faire montre d'imagination, devant plutôt se plier scrupuleusement à la présentation souhaitée.

Le procédé a sa limite. Plus on multiplie les informations essentielles à délivrer, moins le document peut être court. Ou, alors, le résumé, qui est toujours une légère déformation par rapport à l'exhaustivité, devient lui-même schématique à l'excès. Il faut donc veiller à ne pas nourrir inconsidérément le volume d'informations, car sinon le vœu de l'unique page serait une gageure. Comment tout faire entrer en si peu de place dans des caractères lisibles ? C'est une critique habituelle du formalisme. De plus, un tel formalisme suppose un contractant actif avec une certaine initiative. Les armes lui sont fournies, et on suppose qu'il va en user dans son intérêt, comme un opérateur économique rationnel. C'est un présupposé, même théorique. Il n'est pas sûr que ce pari soit toujours gagné dans les faits où la passivité peut dominer malgré l'aide apportée.

<sup>190</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 22 oct. 2015 : n° 14-25.533 ; *RGDA* 2015, p. 574, note A. Pélissier ; *RCA* 2016, n° 24, note H. Groutel (adhésion en févr. 2007 ; le moyen annexé décrit de façon détaillée le document, avec notamment l'ordre des informations, la notice se trouvant avec les conditions générales dans une même liasse).

<sup>&</sup>lt;sup>189</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 21 mai 2015: *Bull. civ.* II, n° 14-18.742; *D.* 2015, AJ, p. 1155; *RGDA* 2015, p. 360, note M. Asselain; *Gaz. Pal.* 31 août-1<sup>er</sup> sept. 2015, n° 243-244, p. 29, note X. Leducq; *RCA* 2015, n° 239 (souscription en oct. 2006).

Avec le formalisme, il faut déjà se reporter au vecteur exigé pour la transmission de l'information. Le respect des formes légales et réglementaires est primordial. Pour l'encadré, il doit obéir aux prescriptions de la loi, *lato sensu*. On ne saurait y supprimer certaines informations ou, au contraire, en ajouter d'autres. Le renard du *Petit Prince* demande à être apprivoisé dans l'enclos adapté, et pas sur n'importe quelle planète. La loi donne un moyen efficace, en amont, pour éviter à l'assureur d'avoir à subir une prorogation du délai de renonciation.

Par parenthèse, signalons que la Cour de Justice a décidé que les États membres ont la faculté d'obliger les entreprises d'assurance-vie à communiquer aux clients des informations autres que celles insérées dans la directive, en l'occurrence celle n° 92/96/CEE (troisième Vie)191 visant à coordonner les dispositions minimales pour que le consommateur recoive une information claire et précise sur les caractéristiques essentielles des produits proposés<sup>192</sup>. La condition est que les informations ajoutées soient nécessaires à la réalisation de l'objectif d'information du preneur. Encore, pour satisfaire le niveau de sécurité juridique voulu, les entreprises doivent pouvoir identifier ces informations supplémentaires avec suffisamment de prévisibilité. En l'occurrence, l'assuré se plaignait de ne pas avoir disposé d'un aperçu complet de certains frais, indications qui ne relevaient pas des informations que la directive imposait aux entreprises de communiquer. C'est au regard de la loi néerlandaise que le manquement était à établir. Il était reproché à l'assureur d'avoir violé les normes ouvertes et/ou non écrites incluant l'obligation de diligence de l'entreprise d'assurance, la bonne foi précontractuelle (renversée ici !) ainsi que la raison et l'équité, des principes généraux donc.

On peut comprendre que la trop grande mobilité sur le contenu de l'information à communiquer est une source de difficulté pour les professionnels qui commercialisent ce genre de services financiers et doivent adapter leur documentation et leur pratique. Aussi, une stabilité peut être demandée au législateur, même si elle n'est pas synonyme de fixité absolue. Il faut être raisonnable dans le changement, qui ne saurait intervenir intempestivement et sans justification fondée et cohérente.

Et, dans ces conditions, si un formalisme clair est imposé, il convient de s'y plier avec discipline, sauf à solliciter qu'il soit amendé par la voie autorisée parce qu'il serait devenu inadapté. Il en va ainsi même si l'on ne partage pas l'optimisme sur la réalisation pratique du but théorique qu'il poursuit. Certains

<sup>&</sup>lt;sup>191</sup> Abrogée et remplacée par celle 2002/83/CE du 5 novembre 2002, elle-même remplacée et abrogée par celle 2009/138/CE du 25 novembre 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>192</sup> CJUE, 29 avr. 2015: C-51/13 Nationale-Nederlanden Levensverzekering Mij NV / Hubertus Wilhelmus Van Leeuwen; RGDA 2015, Veille, p. 277; RCA 2015, Veille n° 23, par C. Coulon.

ont dénoncé le « millefeuille » des dispositions relatives à l'information 193. Pour autant, lorsque le législateur a fait le choix d'une forme, en s'exprimant clairement, la pratique ou la jurisprudence ne devrait pas tenter de contourner celuici, par un moyen ou un autre. Cela suppose, évidemment, que le texte de loi ne prête pas à discussion. Encore, lorsque l'information transmise est incomplète, il n'appartient pas au juge, dans le respect du contradictoire, de relever « d'office le moyen tiré d'un défaut d'information sur la sanction de l'article L. 132-5-1 du code des assurances, sans inviter au préalable les parties à présenter leurs observations »194.

#### 2. Le modèle de lettre.

À ce sujet, un contentieux est né, qui pourrait être évité. Il est relatif au support accueillant le modèle de lettre pour exercer la faculté de renonciation. On discute de la structure matérielle d'accueil de ce qui n'est qu'une inspiration pour manifester l'exercice du droit de renonciation. Le guide fourni est censé faciliter cette prérogative. Il n'a rien d'impératif pour celui qui met en œuvre sa faculté de renoncer.

L'article L. 132-5-2, alinéa 2, du code des assurances prévoit que « la proposition ou le contrat d'assurance ou de capitalisation comprend : 1° Un modèle de lettre destiné à faciliter l'exercice de la faculté de renonciation ; 2° Une mention dont les termes sont fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie, précisant les modalités de renonciation ». Auparavant, l'article L. 132-5-1, alinéa 2, *in limine*, en vigueur jusqu'au 16 décembre 2005, disposait que « la proposition d'assurance ou de contrat doit comprendre un *projet de lettre* destiné à faciliter l'exercice de cette faculté de renonciation (on souligne) »<sup>195</sup>. Jusqu'au 17 juillet 1992, il était prévu, différemment, par cette disposition, que « la proposition d'assurance *ou la police* d'assurance doit comprendre un *modèle de lettre type* destiné à faciliter l'exercice de cette faculté de renonciation (on souligne) »<sup>196</sup>. Par renvoi, pour les assurances de groupe vie à adhésion facultative, l'article L. 132-5-3, alinéa 1<sup>et</sup>, énonce que

« lors de l'adhésion, le souscripteur doit remettre à l'adhérent le modèle de lettre mentionné au troisième alinéa de l'article L. 132-5-2. Il communique à l'adhérent la mention visée au quatrième alinéa du même article

<sup>194</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 22 janv. 2009 : n° 07-21.794 (souscription en janv. 1996 ; visa de l'art. 16 CPC).

<sup>193</sup> M. Belmont et H. Lacombes, « Le droit du renard », préc., p. 421.

<sup>195</sup> Version résultant de la loi n° 92-665 du 16 juill. 1992, en vigueur au 17 juill. 1992. Version inchangée après la loi n° 94-5 du 4 janv. 1994, en vigueur au 1 cr juill. 1994 ; la loi n° 2003-775 du 21 août 2003, en vigueur au 1 cr janv. 2004 ; la loi n° 2003-706 du 1 cr août 2003, mod. Décr. n° 2004-346 du 21 avr. 2004, en vigueur du 22 avr. 2004 au 16 déc. 2005.

 $<sup>^{196}</sup>$  La loi n° 81-5 du 7 janv. 1981, en vigueur au 1<sup>er</sup> juill. 1981, inchangée après la loi n° 85-608 du 11 juin 1985, en vigueur du 1<sup>er</sup> janv. 1986 au 17 juill. 1992.

ainsi que, dans les conditions définies au même article, les valeurs de rachat ou de transfert ».

Selon l'article A. 132-8, « l'encadré mentionné à l'article L. 132-5-2 est placé en tête de proposition d'assurance, de projet de contrat, ou de notice »<sup>197</sup>. En vertu de l'article A. 132-4-2, on sait que « la mention visée aux articles L. 132-5-2 et L. 132-5-3 précède la signature du souscripteur »<sup>198</sup>. Suivent la reproduction des deux mentions, la première s'achevant par la phrase indiquant : « Elle peut être faite suivant le modèle de lettre inclus dans la proposition d'assurance ou le contrat »<sup>199</sup> ; la seconde, par une phrase tenant compte du type de documents qui existent en assurance collective : « Elle peut être faite suivant le modèle de lettre inclus dans la notice ou le bulletin d'adhésion »<sup>200</sup>. Voilà pour les textes qui, là encore, ont évolué dans le temps.

Reproduisant les dispositions relatives à l'encadré, sur le fondement de l'article L. 132-5-2 visé, la Cour de cassation a décidé qu'en

« exigeant la remise d'un modèle de lettre de renonciation avant la conclusion du contrat distinct des conditions générales et de la notice d'information la cour d'appel, [...] a ainsi ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas »<sup>201</sup>.

Était censurée la décision de la cour d'appel selon laquelle les adhérentes « n'ont jamais reçu un modèle de lettre de renonciation, indépendant des conditions générales du contrat et de la notice d'information »,

« ce modèle était simplement inclus en quelques lignes aux articles des conditions générales et notices d'informations intitulés "droit de renonciation", tandis qu'aucun modèle de lettre n'était joint à la proposition de contrat ou aux conditions particulières du contrat elles-mêmes ».

La solution nous apparaît raisonnable, sauf à entrer dans un pointilleux formalisme qui serait plus de l'ordre de la vétille.

<sup>&</sup>lt;sup>197</sup> Dans sa dernière version résultant de l'arrêté du 28 décembre 2015, en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2016. Depuis, la version en vigueur au 1<sup>er</sup> mai 2006.

<sup>&</sup>lt;sup>198</sup> Dans sa dernière version résultant de l'arrêté du 23 avril 2007, en vigueur au 2 mai 2007. Dans les versions antérieures (celle créée par arrêté du 1<sup>er</sup> mars 2006, en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2006, puis la modification par arrêté du 27 juin 2006, en vigueur au 29 juin 2006), la mention visée à l'article L. 132-5-3 précédait la signature du souscripteur.

<sup>199</sup> Version du texte inchangée.

<sup>&</sup>lt;sup>200</sup> Version du texte inchangée.

 $<sup>^{201}</sup>$  Civ. 2e, 12 sept. 2013 : n° 12-22.649 ; RGDA 2014, p. 47, note L. Mayaux (souscriptions en déc. 2006 et janv. 2007).

Cependant, la Cour de cassation a fait montre d'une rigueur certaine à partir de la rédaction d'un texte depuis lors modifié<sup>202</sup>. De considérer que

« selon l'article L. 132-5-1 du code des assurances, dans sa rédaction alors applicable, la proposition d'assurance ou de contrat doit comprendre un projet de lettre destiné à faciliter l'exercice de la faculté de renonciation ; que l'entreprise d'assurance doit, en outre remettre, contre récépissé une note d'information sur les dispositions essentielles du contrat et notamment sur les conditions d'exercice de la faculté de renonciation »<sup>203</sup>.

Les exigences sont cumulatives. De déduire, pour permettre le jeu du droit de renonciation au délai prorogé,

« qu'il en résulte que l'insertion d'un modèle de lettre de renonciation dans les conditions générales du contrat (ou dans la note d'information)<sup>204</sup> ne répond pas aux exigences de ce texte et que l'entreprise d'assurance ne peut régulariser la situation que par la transmission distincte de ce document ».

En l'espèce, il était constaté « l'absence de communication d'un projet de lettre de renonciation dans la proposition d'assurance elle-même et sa simple reproduction dans les conditions générales », si bien que les souscripteurs qui « n'avaient pas reçu une information conforme au texte susvisé, avaient valablement exercé leur faculté de renonciation ». La clause de renvoi aux documents comprenant le modèle, signée, n'est pas jugée efficace<sup>205</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>202</sup> Déjà civ. 2°, 25 févr. 2010 : n° 09-11.352, préc. : « l'arrêt qui constate l'absence de communication d'un projet de lettre de renonciation dans la proposition d'assurance elle-même, en a exactement déduit que M. X..., qui n'avait pas reçu une information conforme au texte susvisé, avait valablement exercé sa faculté de renonciation » (1<sup>er</sup> moyen). Rejet du pourvoi avançant que l'assuré a été « complètement informé de cette faculté par l'assureur à l'occasion de la transmission d'une note d'information matériellement rattachée à la proposition d'assurance et de la remise des conditions générales ». Civ. 2°, 25 févr. 2010 : n° 09-10.638 ; *RGDA* 2010, p. 409, note J. Bigot ; *JCP G* 2010, 428, n° 26, obs. J. Kullmann (adhésions en déc. 1999) : « le projet de lettre de renonciation n'était pas compris dans la proposition d'assurance elle-même », figurant dans la note d'information (3° moyen, 1<sup>re</sup> branche).

 $<sup>^{203}</sup>$  Civ. 2e, 22 mai 2014 : no 13-19.233 ; RCA 2014, no 283, note Ph. Pierre (souscriptions en nov. 2005).

 $<sup>^{204}</sup>$  Précision d'une autre décision du même jour, civ.  $2^{\rm e},$  22 mai 2014 : n° 13-19.237 (souscriptions en mars 2003). Répétée, civ.  $2^{\rm e},$  24 mars 2016 : n° 15-16.693 (adhésions en janv. 1999 ; insertion dans la note d'information).

<sup>&</sup>lt;sup>205</sup> Civ. 2°, 13 déc. 2012 : n° 11-28.134 ; *RGDA* 2013, p. 384, 1<sup>re</sup> esp., note M. Asselain (adhésion en juill. 2010), à défaut de récépissé, sur l'inefficacité de la clause de renvoi sur le bulletin d'adhésion signé de l'adhérente reconnaissant avoir reçu et pris connaissance de la note d'information valant conditions générales de l'adhésion au contrat au verso précisant notamment les conditions d'exercice de la faculté de renonciation et le mécanisme de la détermination de la valeur de rachat du contrat ainsi que les valeurs de rachats garanties.

L'information portant sur l'exercice de la faculté de renonciation existait mais le modèle pour la faciliter devait être inséré au bon emplacement. On peut comprendre l'exaspération face à cet ordre tatillon, car outre le fait que l'information sur la faculté de renonciation a bien été délivrée, ici, le modèle est bien à disposition, en fait, et pas très difficile à trouver si l'on veut vraiment s'en inspirer, même s'il est ailleurs qu'à l'emplacement désigné par les textes qui, euxmêmes, ont évolué pour se prononcer sur cet emplacement! Il en va d'autant plus ainsi que le souscripteur qui renonce peut certes se borner à copier le modèle, mais que le contenu de sa lettre étant libre, il peut s'en évader. Est toutefois sanctionné le « défaut de remise des documents et informations », selon le schéma rigide précisé.

Le principe ainsi dégagé a été répété littéralement par une série d'arrêts de rejet du même jour de la deuxième chambre civile<sup>206</sup>. Quelle que soit l'appréciation que l'on peut porter sur cette solution, il demeure qu'il n'est pas absolument malaisé de satisfaire à l'exigence posée, conforme à la lettre des dispositions, qu'il convient de lire, avec attention, pour adapter la commercialisation des services en cause.

Après la loi du 30 décembre 2014<sup>207</sup>, on peut se demander si le souscripteur qui se plaindrait d'un modèle de lettre de renonciation inséré au mauvais endroit, tout en disposant pleinement de l'information, par ailleurs, ne serait pas jugé de mauvaise foi pour prétendre à la prorogation du délai pour exercer la faculté de renonciation. On le voit, à l'admettre, cela heurte le formalisme posé par ailleurs.

### 3. Le butoir de huit ans

La prorogation du délai pour renoncer n'est pas sans limite de temps<sup>208</sup>. C'est un apport textuel de la loi DDAC du 15 décembre 2005, qui a anticipé sur l'évolution à proposer, en fonction de la position crainte de mars 2006 de la Cour de cassation. Dans les faits, le cantonnement de la prorogation du délai, permettant d'exercer le droit de renonciation, paraît plutôt dérisoire sinon illusoire. En effet, il faut supposer un souscripteur exerçant son droit de renonciation très longtemps après la conclusion du contrat dont il est informé.

 $<sup>^{206}</sup>$  Civ.  $2^{\rm e},$  22 mai 2014 : n° 13-19.231 (souscriptions en nov. 2005). Civ.  $2^{\rm e},$  22 mai 2014 : n° 13-19.235 (souscription en mars 2006). Civ.  $2^{\rm e},$  22 mai 2014 : n° 13-19.236 (souscription en sept. 2005). Civ.  $2^{\rm e},$  22 mai 2014 : n° 13-19.238 (souscription en nov. 2005). Civ.  $2^{\rm e},$  22 mai 2014 : n° 13-19.239 (souscription en nov. 2005).

<sup>&</sup>lt;sup>207</sup> Et peut-être civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.767, préc. Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.768, préc. Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-18.690, préc. et n° 15-18.691, préc. V. *supra* l'analyse.

<sup>&</sup>lt;sup>208</sup> Auparavant, V. J. Bigot (dir.), Ph. Baillot, J. Kullmann, L. Mayaux, *Traité de droit des assurances*, t. 4 *Les assurances de personnes, op. cit.*, n° 266. V. la jurisprudence citée *supra* rejetant les pourvois arguant du délai indéfinie contraire au droit communautaire.

Sans disposer, personnellement, de statistiques fiables et précises, mais à la lecture du contentieux publiés, on peut penser que, la plupart du temps, le souscripteur agit avant l'écoulement des années, dressé comme une barrière infranchissable pour pouvoir renoncer.

Est introduit un butoir, à l'article L. 132-5-2, alinéa 4, du code des assurances, à savoir une limitation dans le temps de la possibilité d'obtenir une prorogation du délai en vue de mettre en œuvre le droit de renonciation<sup>209</sup>. La durée de cinq ans, un temps préconisée, aurait pu être retenue, mais, dans la « négociation » politique, c'est celle de huit ans qui a eu les faveurs, délai courant à compter de la date à laquelle le souscripteur est informé de la conclusion du contrat.

Ce butoir ne vaut que pour les contrats postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi de 2005. Reste donc à purger tous les contrats passés pour lesquels le butoir n'existe pas. Pour eux, si le droit de renonciation n'a pas été exercé avant la loi du 30 décembre 2014, il restera la voie de la condition de bonne foi<sup>210</sup>. À l'avenir, on peut penser, avec prudence, que le contentieux devrait fortement diminuer, sinon se tarir, en raison de la fin de la pratique remise en cause par la jurisprudence (document unique), et de la nouvelle possibilité pour délivrer l'information (encadré), à côté des documents distincts. Il en va d'autant plus ainsi depuis la possibilité d'appréhender les renonciations (ante loi 2014) sous l'angle de l'abus <sup>211</sup>. Le butoir n'aura alors pas servi à grand-chose, sauf à accorder une concession, de pure façade, aux assureurs.

Contrairement à l'image interventionniste du législateur, et à celle plutôt laxiste de la jurisprudence, on peut se demander si les vraies limites apportées à l'exercice du droit de renonciation, même imparfaites<sup>212</sup>, ne sont pas venues du prêteur, avant même la promulgation de la loi du 30 décembre 2014, et évidemment, le revirement du 19 mai 2016.

<sup>&</sup>lt;sup>209</sup> Depuis la loi n° 2005-1564 du 15 déc. 2005, en vigueur au 1<sup>er</sup> janv. 2006. Texte inchangé sur ce point après l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janv. 2010, entrée en vigueur le 23 janv. 2010; la loi n° 2013-672 du 26 juill. 2013, en vigueur au 28 juill. 2013; l'ordonnance n° 2014-696 du 26 juin 2014, en vigueur au 28 juin 2014. Modifié, pour la bonne foi, non le butoir, par la loi n° 2014-1662 du 30 déc. 2014, en vigueur au 1<sup>er</sup> janv. 2015.

<sup>&</sup>lt;sup>210</sup> V. *supra*, le contrat conclu avant le 1<sup>er</sup> janvier 2015, mais dont la prorogation de la faculté de renonciation est recherchée après cette date.

<sup>&</sup>lt;sup>211</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.767, préc. Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.768, préc. Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.690, préc. et n° 15-12.691, préc.

<sup>&</sup>lt;sup>212</sup> L. Mayaux, « Renonciation et prorogation en assurance-vie : le couple diabolique », préc., p. 229 s. : l'auteur souligne que dans la velléité de sortir du piège (« évoluer sans se déjuger »), les juges optent pour des voies qui n'atteignent pas les initiés, se retournant plutôt contre les souscripteurs modestes.

### 4. De vraies limites prétoriennes

On indiquera successivement différentes manifestations de ces limites, avec leurs nuances, plus ou moins fortes. Elles étaient en place dès avant le revirement de 2016 sur l'abus.

## a. Le respect du formalisme

Le premier rappel d'évidence est de se conformer aux exigences du formalisme que le législateur met en place, c'est-à-dire le type de document et le contenu de l'information. L'assureur qui prouve cela<sup>213</sup> est alors à l'abri de la critique<sup>214</sup>.

Dans cette perspective, viole la loi la cour d'appel qui retient que

« le contrat doit mentionner la sanction encourue de plein droit en cas de défaut de remise des documents d'information, c'est-à-dire le mécanisme de prorogation du délai de la faculté de renonciation »<sup>215</sup>.

Par exemple, sur le contenu informatif de la note, pour une souscription en juin 2002, et une note d'information distincte transmise en août 2007, l'arrêt d'appel décidait la non-conformité de celle-ci, pour justifier la prorogation du délai pour renoncer en juillet 2008. Il défendait que cette

« note d'information, si elle est conforme aux dispositions de l'article L. 132-5-2 du code des assurances résultant de la loi du 15 décembre 2005, ne l'est pas à celles de l'article L. 132-5-1 du code des assurances en vigueur au moment de la souscription du contrat dans la mesure notamment où les valeurs de rachat sont données en pourcentage d'unités de compte, dont ni le nombre ni la valeur ne sont précisés, les mentions de l'avertissement sur le risque sont noyées et disséminées sous les mêmes formes dans le reste d'un texte plus détaillé et l'énumération des valeurs de référence et la nature des actifs entrant dans leur composition sont communiquées non dans la note mais dans des annexes ».

Au visa de « l'article 1134 du code civil, ensemble les articles L. 132-5-1, A. 132-4 et A. 132-5 du code des assurances », la Cour de cassation exerce son contrôle. Elle décide d'abord de la dénaturation de la note idoine parce « qu'il résulte de la note d'information délivrée à (l'assuré) le 30 juillet 2007 qu'un tableau figurant en page 3 indiquait le nombre d'unités de compte » ; « la cour

•

<sup>&</sup>lt;sup>213</sup> Sur la charge de la preuve, civ. 2<sup>e</sup>, 10 juill. 2008 : n° 07-12.072, préc. (3<sup>e</sup> moyen). Civ. 2<sup>e</sup>, 10 juill. 2008 : n° 07-12.070, préc. (3<sup>e</sup> moyen).

<sup>&</sup>lt;sup>214</sup> Ex. civ. 2<sup>c</sup>, 12 sept. 2013 : n° 12-21.290, préc. (remise des documents au mandataire habilité). Com. 27 nov. 2012 : n° 11-22.425 ; *RGDA* 2013, p. 384, 2<sup>c</sup> esp., note M. Asselain (souscription en avr. 1998 ; 1<sup>cr</sup> moyen) . Civ. 1<sup>rc</sup>, 29 mai 2013 : n° 12-16.692.

<sup>&</sup>lt;sup>215</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 9 juill. 2009 : n° 08-18.730, préc. (1<sup>er</sup> moyen, 3<sup>e</sup> branche).

d'appel a dénaturé ce document et a violé le premier des textes susvisés ». Ensuite, est retenue une violation de la loi étant donné qu'elle « impos(ait) seulement de faire figurer dans la note d'information le nombre d'unités de compte, et non leur valeur »<sup>216</sup>.

La Cour répond également aux autres branches du moyen, en montrant qu'elle exerce sa vigilance, jusque dans le détail, quant au respect par l'assureur du formalisme légal imposé, tout en redressant les éventuels errements judiciaires consistant à transformer les formes exigées. La cour d'appel dénature la note et viole l'article 1134 du code civil, visé, « en ignorant l'indication en caractères très apparents des mentions exigées à l'article A. 132-5 du code des assurances ». En effet,

« la note d'information précis(ait), en caractères gras, dans un encadré, que la valeur de l'unité de compte variait à chaque date de valorisation et pouvait évoluer à la hausse comme à la baisse, la valeur de l'unité de compte n'étant pas garantie par l'assureur qui ne s'engageait que sur le nombre d'unités de compte et pas sur leur valeur ».

En outre, au visa des articles A. 132-4 et A. 132-5 du code des assurances, violés, il est jugé

« qu'en annexe de la note d'information figurait l'indication des valeurs de référence et la nature des actifs entrant dans leur composition, et qu'il était indiqué en page 4 de la note d'information, in fine, en caractères gras et lettres capitales, que les annexes faisaient partie intégrante de la note d'information ».

L'assureur doit suivre la réglementation qui impose tel contenu à l'information, sans aller au-delà<sup>217</sup>.

### b. La renonciation au droit de renonciation.

Pour éviter de restituer les sommes versées sur le contrat<sup>218</sup>, par l'effet du droit de renonciation exercé, dans le délai de trente jours imposé par la loi, sauf production d'intérêts de plein droit au taux légal majoré, selon l'alinéa 2 de

<sup>217</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 25 févr. 2010 : n° 09-10.638, préc. : « la note d'information avait donné les indications générales exigées par la réglementation » comme le relève souverainement la cour d'appel indiquant que dans la note, il était « mentionné le cadre fiscal du contrat, à savoir le régime fiscal de l'assurance sur la vie » (2e moyen). Et le texte « n'imposait pas qu'il soit fait mention de la sanction découlant du défaut de remise des documents et informations énumérés à cet article, soit la prorogation de plein droit du délai de renonciation au contrat de trente jours, seul le délai de trente jours à compter du premier versement devant être indiqué » (3e moyen, 2<sup>nde</sup> branche).

<sup>&</sup>lt;sup>216</sup> Civ. 2e, 12 juin 2014: n° 13-16.540; RGDA 2014, p. 473, note L. Mayaux (souscription en juin 2002).

<sup>&</sup>lt;sup>218</sup> V. sur la nature de la restitution, en annexe, civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.767, préc. (3<sup>e</sup> moyen).

l'article L. 132-5-1 du code des assurances<sup>219</sup>, il a été tenté de se situer sur le terrain de la renonciation abdicative au droit de renonciation, serait-ce tacitement.

Dans un premier temps, la Cour de cassation a adopté une formule particulièrement stricte, et même excessive, pour refuser une telle renonciation en arguant de l'ordre public empêchant de renoncer<sup>220</sup>. Puis, elle a accepté les principes traditionnels en la matière. En effet,

« une partie peut toujours, après la naissance de son droit, renoncer à l'application d'une loi ; que la renonciation à un droit ne se présume pas ; qu'elle peut avoir lieu de façon expresse ou tacite, mais ne peut résulter dans cette hypothèse, que d'actes non équivoques manifestant la volonté de renoncer »<sup>221</sup>.

On ne fera qu'évoquer la renonciation au droit de renonciation, sans reprendre, ici, l'évolution et l'explication de la jurisprudence sur cette question. Certains comportements, manifestant l'exercice de droits nés du contrat, ont été assimilés à une renonciation implicite, mais non équivoque, au droit de

<sup>&</sup>lt;sup>219</sup> Sur le calcul des intérêts, civ. 2e, 4 févr. 2010 : n°s 08-21.367 et 09-10.311, préc. (3e moyen) : écartant l'art. L. 313-3 du code mon. et fin. V. en cas de prêt pour abonder le contrat d'assurancevie, civ. 2e, 12 mai 2010 : n° 09-14.139 (souscription en avr. 2000) : « ces intérêts étant stipulés comme devant être versés à la personne physique ayant souscrit le contrat, dans l'hypothèse où les fonds avaient été avancés par la même personne physique, ce qui n'était pas le cas en l'espèce » où la somme provenait d'un prêt.

<sup>&</sup>lt;sup>220</sup> Civ. 2e, 7 mars 2006 : n° 05-10.366, préc. (2e moyen) : « la faculté de renonciation ouverte de plein droit au preneur par l'alinéa 2 de l'article L. 132-5-1 du code des assurances, pour sanctionner le défaut de remise par l'assureur des documents et informations énumérés par ce texte, est indépendante de l'exécution du contrat ». Civ. 2e, 7 mars 2006 : n° 05-12.338, préc. (3e moyen, motif de pur droit substitué) : « en vertu de l'article L. 111-2 du code des assurances, ces dispositions sont d'ordre public ; Qu'il s'ensuit que la renonciation au bénéfice des dispositions d'ordre public de l'article L. 132-5-1 n'est pas possible ». Civ. 2, 10 juill. 2008 : n° 07-12.072, préc. : « en vertu de l'article L. 111-2 du code des assurances, ces dispositions sont d'ordre public ; que la renonciation au bénéfice des dispositions d'ordre public de l'article L. 132-5-1 n'est pas possible », et « la renonciation au bénéfice du formalisme protecteur et d'ordre public énoncé à l'article L. 132-5-1 du code des assurances n'est pas possible puisque le droit n'avait pas pris naissance (sic!) au moment où est intervenue la renonciation » (4e moyen). Civ. 2e, 3 sept. 2009 : n° 09-10.475 (souscription en nov. 1999) : « en vertu de l'article L. 111-2 du code des assurances, ces dispositions sont d'ordre public ; que la renonciation au bénéfice des dispositions d'ordre public de l'article L. 132-5-1 du même code n'est pas possible », et « la renonciation au bénéfice du formalisme protecteur et d'ordre public énoncé à l'article L. 132-5-1 du code des assurances n'était pas possible puisque le droit n'avait pas alors pris naissance ». Civ. 2e, 15 déc. 2011 : n° 10-24.430, préc. : « l'exercice par les assurés de leur faculté d'arbitrage au cours de la vie de leurs contrats ne saurait s'analyser ni en une impossibilité juridique ni en une renonciation à se prévaloir de leur faculté de renonciation » ; « au cas particulier la renonciation au bénéfice du formalisme protecteur et d'ordre public énoncé à l'article L. 132-5-1 du même code n'était pas possible, puisque ce droit n'avait pas pris naissance au moment où est intervenue la renonciation », et cette faculté « est totalement indépendante de l'exécution du contrat ». <sup>221</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 9 juill. 2009 : n° 08-18.241 (adhésions en 2000).

renonciation de la part de son titulaire. D'autres comportements n'ont pas eu cet effet.

Parmi les illustrations fournies par la jurisprudence, on retrouve le rachat, avec des distinctions. Le rachat partiel, même effectué après l'exercice de la faculté de renonciation (ou avant et après), avec ou sans réserve, ne peut être interprété comme une volonté tacite dépourvue d'équivoque de renoncer au droit de repentir <sup>222</sup>. En revanche, le rachat total, qu'il soit antérieur ou postérieur à l'exercice de la faculté de renonciation, empêche celui-ci<sup>223</sup>.

En ce sens, il est jugé que « la demande de rachat total d'un contrat d'assurance sur la vie met fin à ce contrat et prive de tout effet la faculté de renonciation exercée postérieurement »<sup>224</sup>. Pareillement, « la demande de rachat total d'un contrat d'assurance sur la vie met fin à ce contrat et prive de tout effet la faculté de renonciation exercée antérieurement »<sup>225</sup>. Précision a été apportée selon laquelle « la demande de rachat total d'un contrat d'assurance sur la vie met fin à ce contrat et ne permet plus à l'assuré d'exercer sa faculté de renonciation »<sup>226</sup>. Le contrat doit être en cours pour que la faculté de renonciation existe. Par la volonté du preneur, tel n'est plus le cas lorsqu'il a été procédé à un

<sup>22</sup> 

<sup>&</sup>lt;sup>222</sup> Civ. 2°, 28 mai 2009 : n° 08-15.351, préc. (rachats partiels avant et après la renonciation). Civ. 2°, 9 juill. 2009 : n° 08-18.241, préc. (rachats partiels postérieurs ; décision didactique). Civ. 2°, 13 janv. 2012 : n° 11-10.908 ; *RGDA* 2012, p. 774, 2° esp., note J. Kullmann (adhésions en juin 2000 ; 1° moyen ; rachat partiel postérieur). Civ. 2°, 28 juin 2012 : n° 11-18.207, préc. (après la renonciation, rachat partiel, « justifié par des raisons financières et familiales », versement complémentaire, « accompagné d'un courrier manifestant clairement l'intention de maintien de la procédure et l'absence de renonciation à la renonciation notifiée », et demande de fin de la garantie décès). Civ. 2°, 6 févr. 2014 : n° 13-10.406 ; *RGDA* 2014, p. 232, note L. Mayaux (souscription en juin 2006 ; rachats partiels avant et après la renonciation). Civ. 2°, 19 mai 2016 : n° 15-12.767, préc., et n° 15-12.768, préc. (rachats partiels avant la renonciation).

<sup>&</sup>lt;sup>223</sup> Implic. civ. 2<sup>e</sup>, 21 déc. 2006 : n° 05-20.752, préc. (rachat total avant la renonciation).

<sup>&</sup>lt;sup>224</sup> Civ. 2°, 19 févr. 2009: *Bull. civ.* II, n° 50, n° 08-12.280; *RCA* 2009, n° 115, 1<sup>re</sup> esp., note G. Courtieu; *RGDA* 2009, p. 544, note J. Kullmann; *JCP G* 2009, I, 133, n° 27, obs. L. Mayaux; *LPA*, 30 juin 2009, n° 129, p. 17, note S. Gossou; *RD banc. et fin.*, mai-juin 2009, n° 96, 2° esp., note J. Djoudi (souscription en sept. 2009). Civ. 2°, 19 févr. 2009: n° 08-13.566; *RCA* 2009, n° 115, 2° esp., note G. Courtieu (souscriptions en 2000 et 2001; attendu identique). Civ. 2°, 14 janv. 2010: n° 08-13.566 (souscriptions en 2000 et 2001; attendu identique).

<sup>&</sup>lt;sup>225</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 14 janv. 2010 : n° 09-12.575. Déjà, même attendu de principe, civ. 2<sup>e</sup>, 22 oct. 2009 : Bull. civ. II, n° 248, n° 08-20903 ; RCA 2010, n° 27 ; RGDA 2010, p. 121, 2<sup>e</sup> esp., note L. Mayaux (adhésions en déc. 1999, janv. et févr. 2000) : « nonobstant les réserves devenues inopérantes, émises à l'occasion de leurs demandes de rachat ».

 $<sup>^{226}</sup>$  Civ.  $2^{\rm e},~15$  déc. 2011: n° 10-27.703 ; RGDA~2012, p. 774,  $1^{\rm re}$  esp., note J. Kullmann (souscription en janv. 2000 ; sur fond de manquement au devoir de conseil pour un montage financier hasardeux, avec un prêt in fine).

rachat total. Le rachat définitif a « pour effet de clôturer le contrat qui n'exist(e) donc plus à compter de cette date »<sup>227</sup>.

Dans un cas où l'assuré avait excédé les avances permises au regard de la valeur de rachat du contrat autorisé, l'assureur lui demandait de régulariser la situation sous peine de subir un rachat, d'office, ce qui conduisit le souscripteur à exercer sa faculté de renonciation, pourtant paralysée<sup>228</sup>. En effet,

« la demande de rachat total d'un contrat d'assurance sur la vie, qu'elle émane de l'assuré, ou de l'assureur l'ayant mis vainement en demeure de régulariser sous délai la situation de ce contrat au regard de ses conditions de fonctionnement, met fin à celui-ci et prive de tout effet la faculté de renonciation exercée postérieurement à l'expiration de ce délai par l'assuré ».

En cas de rachat partiel, la restitution après exercice de la renonciation s'opère déduction faite des sommes déjà versées par l'assureur<sup>229</sup>. L'assuré ne saurait s'enrichir au regard de ce qui lui a précédemment été versé. Par parenthèse, lorsque des retraits programmés ont été effectués, et que le souscripteur a finalement exercé son droit de renonciation, la restitution que l'assureur opère tient compte, en déduction, des sommes déjà versées. À ce propos, la Cour de cassation a considéré, sur une requête en omission de statuer de l'assureur, jugée recevable,

« que, s'il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci, il n'est pas tenu de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur les mêmes faits »<sup>230</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>227</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 11 sept. 2008: n° 07-16.149; *RGDA* 2008, p. 1018, note L. Mayaux; *RD banc. et fin.*, mai-juin 2009, n° 96, 1<sup>re</sup> esp., note J. Djoudi (souscription en juin 1999; rachats partiels puis renonciation puis rachat total; 1<sup>er</sup> moyen).

<sup>&</sup>lt;sup>228</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 12 juin 2014: *Bull. civ.* II, n° 133, n° 13-20.358; *RGDA* 2014, p. 467, note L. Mayaux; *D.* 2014, *AJ*, p. 1326; *D.* 2015, Pan., p. 1231, spéc. p. 1241, obs. Ph. Pierre; *RCA* 2014, n° 350; G. Courtieu, « Assurance-vie: les avances doivent être remboursées », *RCA* 2014, Étude 10 (souscription en juin 1998).

<sup>&</sup>lt;sup>229</sup> Civ. 2°, 7 mars 2006 : n° 05-10.366, préc. (2° moyen) : « la disposition de ce texte, qui prévoit en son troisième alinéa que la renonciation entraîne la restitution par l'assureur de l'intégralité des sommes versées, pour générale qu'elle soit, ne fait pas obstacle à une demande de restitution partielle dès lors que, comme en l'espèce, elle n'est que la conséquence des opérations effectuées dans le cadre du contrat ». V. restitution partielle de l'assureur après le paiement de bonne foi de la dette de l'assuré envers un tiers, réglé par rachat partiel, Civ. 2°, 6 mai 2010 : n°s 08-70.009 et 09-65.902, préc. (« principe selon lequel nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, (pour) faire la compensation »).

<sup>&</sup>lt;sup>230</sup> Civ. 2e, 22 nov. 2012 : n° 11-24.493.

À l'opposé, l'assuré ne saurait s'appauvrir au regard de ce qu'il a effectivement versé avant de renoncer, notamment des versements complémentaires. Si, en règle, « la renonciation entraîne la restitution par l'entreprise d'assurance ou de capitalisation de l'intégralité des sommes versées par le contractant », le juge doit rechercher si le souscripteur n'a pas « procédé à des versements ultérieurs »<sup>231</sup>, ce qui aurait pour conséquence de modifier d'autant l'étendue du montant de la restitution.

Sans avoir à se prononcer sur la renonciation à la renonciation, en présence d'avances exercées avant la rétractation <sup>232</sup>, la Cour de cassation a considéré que

« l'avance consentie à l'assuré dérivant du contrat d'assurance sur la vie était indivisible de celui-ci, et que la renonciation de l'assuré au contrat d'assurance emportant anéantissement corrélatif de l'acte d'avance sur police, la stipulation d'intérêts dont cet acte était assorti n'était pas applicable »<sup>233</sup>.

La Cour de cassation a encore décidé que « le souscripteur d'un contrat d'assurance sur la vie, qui a exercé son droit de renonciation au contrat en application de l'article susvisé, peut y renoncer en poursuivant l'exécution du contrat », et que tel est le cas lorsque

« après avoir exercé sa faculté de renoncer aux contrats, (le souscripteur) avait effectué des actes d'exécution, incompatibles avec cette faculté, en prolongeant la délégation de créance au profit d'un tiers »<sup>234</sup>.

Au-delà de la délégation, il faut souligner l'hypothèse plus générale liée à l'incompatibilité.

La demande ferme de versement du capital a été considérée comme une renonciation valable au droit de renonciation préalablement exercé, car la veuve du souscripteur

« s'était placée dans la situation d'un contrat toujours en cours en demandant, sans réserve, à l'assureur de lui verser le capital décès,

 $^{232}$  Sur la renonciation admise en ce cas, civ.  $2^e$ , 4 févr. 2010:  $n^{\circ_s}$  08-21.367 et 09-10.311, préc. (moyen unique).

 $<sup>^{231}</sup>$  Civ.  $2^{\rm e},~12$  mars 2009 :  $n^{\rm o}$  08-10.939 ; RD banc. et fin., mai-juin 2009,  $n^{\rm o}$  97, note J. Djoudi (adhésion en oct. 2000).

<sup>&</sup>lt;sup>233</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 13 juin 2013 : n° 12-16.054; *RGDA* 2013, p. 958, note J. Kullmann : l'auteur critique cette position qui conduit à un prêt à titre gratuit, sans taux légal substitué. À rapprocher de la critique de la garantie décès à titre gratuit, couverture accordée avant une éventuelle renonciation. <sup>234</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 25 févr. 2010 : n° 09-11.352, préc. (2<sup>nd</sup> moyen).

démarche dépourvue de toute équivoque et incompatible avec la faculté de renonciation exercée par son mari »<sup>235</sup>.

Le nantissement sur le contrat d'assurance pendant le délai de trente jours pour renoncer ne détruit pas la faculté de repentir<sup>236</sup>. Antérieur à la renonciation, il ne l'empêche pas<sup>237</sup>. Postérieur à la renonciation, le nantissement est incompatible avec celle-ci, eu égard aux effets à long terme de l'engagement<sup>238</sup>. Dans cette optique, la jurisprudence a jugé qu'en gageant son contrat d'assurance

« au profit d'un tiers acceptant, (le souscripteur) s'était incontestablement placé dans la situation de l'exécution du contrat toujours en cours et qu'il avait renoncé de façon, certes implicite, mais cependant non ambiguë et non équivoque à la faculté de renonciation antérieurement exercée »<sup>239</sup>.

La modification de la clause bénéficiaire ne vaut pas renonciation tacite à la prérogative de rétractation<sup>240</sup>. Les arbitrages réalisés avant la renonciation n'ont pas été jugés univoques<sup>241</sup>.

Dans ces affaires, tantôt à l'avantage de l'assureur, tantôt à celui du souscripteur, il est possible de constater que les plaideurs ou les juges s'attachent fréquemment au profil de l'assuré – sa personnalité, ses compétences et son expérience –, celui-ci étant qualifié de souscripteur averti <sup>242</sup>, rompu aux affaires<sup>243</sup>, choisissant souvent des produits dynamiques quant à la gestion, en connaissance des risques encourus, et avec une utilisation en parfaite maîtrise.

Indépendamment de la bonne foi, on constate que l'assureur dispose déjà d'un certain nombre de parades pour faire obstacle à la prorogation du droit de renonciation. Il demeure qu'à l'avenir le contentieux pourrait se déplacer sur l'exercice de mauvaise foi de la faculté.

 $<sup>^{235}</sup>$  Civ. 2e, 8 juill. 2010 : nº 09-68.864 ; RGDA 2010, p. 1121, note J. Kullmann (souscription en avr. 2000).

<sup>&</sup>lt;sup>236</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 22 oct. 2009 : n° 08-16.682 ; *RGDA* 2010, p. 121, note L. Mayaux (souscription en janv. 2000). Civ. 2<sup>e</sup>, 8 mars 2012 : 10-27.650 ; *RGDA* 2012, p. 769, note J. Kullmann (souscriptions en mai et juin 1999).

<sup>&</sup>lt;sup>237</sup> Civ. 2e, 3 sept. 2009 : n° 09-10.475, préc.

<sup>&</sup>lt;sup>238</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 4 oct. 2012 : n° 11-26.043 (adhésions en juin 2000).

<sup>&</sup>lt;sup>239</sup> Civ. 2e, 4 févr. 2010 : n°s 08-21.367 et 09-10.311, préc. (1er moyen).

<sup>&</sup>lt;sup>240</sup> Civ. 2°, 9 juill. 2009 : n° 08-18.241, préc. Civ. 2°, 24 mai 2012 : n° 11-16.393 (souscription en sept. 1997 ; renonciation suivie de la modification bénéficiaire et de la suppression de l'option garantie décès).

 <sup>&</sup>lt;sup>241</sup> Civ. 2<sup>c</sup>, 7 mars 2006: n° 05-12.338, préc. (3<sup>c</sup> moyen). Civ. 2<sup>c</sup>, 15 déc. 2011: n° 10-24.430, préc.
 <sup>242</sup> Civ. 2<sup>c</sup>, 28 avr. 2011: n° 10-16.184, préc. Civ. 2<sup>c</sup>, 28 juin 2012: n° 11-18.207, préc.: « un homme d'affaires et un investisseur averti ».

<sup>&</sup>lt;sup>243</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 6 févr. 2014 : n° 13-10.406, préc. : « dirigeant de société, rompu aux affaires financières et investisseur averti », et contrat soumis à la loi luxembourgeoise avec ses « avantages spécifiques ».

#### c. Le mode d'exercice de la renonciation

Le formalisme n'est pas que pour l'assureur! La loi fait référence à la lettre recommandée avec accusé de réception, formalité substantielle. La notification par voie d'huissier pourrait peut-être être équivalente, mais elle n'allégerait alors en rien le formalisme. Le souscripteur est tenu de respecter cette modalité de la lettre. La Cour de cassation a dès lors jugé que « cette faculté ne pouvait être exprimée par une action en justice »244. Compte tenu du texte d'ordre public, elle « ne peut être exercée par une action en justice »<sup>245</sup> ; et reste sans effet la lettre par laquelle « la faculté de renonciation avait été exercée postérieurement à l'introduction de l'instance et au jugement de première instance », dont les souscripteurs avaient fait appel avant l'envoi de leur lettre recommandée.

Une nuance a été dévoilée, dans une autre affaire, où les souscripteurs avaient assigné l'assureur et le courtier en responsabilité et indemnisation de leurs préjudices. Puis, par des conclusions successives, ils ont déclaré renoncer à ces contrats et réclamé la restitution des primes versées, décision et demandes réitérées par lettres recommandées avec demande d'avis de réception quelques mois après les dernières conclusions. Rien n'est indiqué quant à un jugement qui serait intervenu dans l'intervalle. Aussi, plus qu'un changement de jurisprudence, il faut y voir un tempérament. Pour la Cour, la faculté de renonciation existe bien car « la procédure engagée à l'origine en responsabilité et indemnisation à l'encontre de l'assureur et les conclusions de renonciation qui y ont été déposées (est) dépourvue de toute incidence à cet effet » 246.

Solution protectrice de l'assureur, la lettre recommandée simple ne peut suffire. Le souscripteur supporte la charge de la preuve de l'exercice de sa faculté de renonciation par le mode précisément autorisé par la loi : « l'assurée ne démontrait pas avoir exercé la faculté de renonciation par lettre recommandée avec demande d'avis de réception »247. En l'occurrence, bien après la souscription (1999), l'assureur avait adressé à la souscriptrice une note d'information sur les conditions d'exercice de la faculté de renonciation par lettre recommandée avec avis de réception, qui lui était revenue non réclamée (2007). Il n'était pas contesté que l'assurée avait indiqué qu'elle avait eu connaissance de cette note par son courtier. Ainsi avisée, l'intéressée a adressé à l'assureur une lettre

<sup>&</sup>lt;sup>244</sup> Civ. 1<sup>rc</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 1998 : Bull. civ. I, n° 335, p. 232, n° 96-19.199 ; RCA 1999, n° 51 ; RGDA 1999, p. 174, note N. Eymard-Gauclin (adhésion en avr. 1987).

<sup>&</sup>lt;sup>245</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 13 nov. 2008: n° 07-18.566; RD banc. et fin., mai-juin 2009, n° 95, note J. Djoudi (souscriptions en janv. 2000).

<sup>&</sup>lt;sup>246</sup> Civ. 2e, 9 févr. 2012 : n° 11-13.707, préc.

<sup>&</sup>lt;sup>247</sup> Civ. 2<sup>c</sup>, 28 févr. 2013 : Bull. civ. II, n° 43, n° 12-14.385 ; RCA 2013, n° 157 ; Gaz. Pal. 9-10 août 2013, n°s 221-222, p. 27, note X. Leducq (souscription en sept. 1999).

pour l'informer de sa volonté de renoncer au contrat, mais compte tenu du temps écoulé, l'assureur a analysé la missive en demande de rachat auquel il a été procédé. Le remboursement de la somme initialement versée a été exigé en vain. N'a pas été approuvé l'arrêt d'appel ayant estimé que

« l'assureur ne peut se prévaloir du fait que la lettre de renonciation n'a pas été envoyée en recommandé, l'assurée ne pouvant fournir l'avis de réception, alors qu'il reconnaît avoir reçu cette lettre et que l'envoi en recommandé n'a pour but que de permettre de dater l'envoi pour calculer le délai de 30 jours courant à compter de la réception de la note d'information et n'est pas prévu à peine de nullité de la renonciation ; que dès lors peu importe que l'envoi n'ait éventuellement pas été fait en recommandé ».

Non : la formalité est substantielle pour l'assuré.

# d. La renonciation comme droit personnel

Il y a différentes manifestations de la règle selon laquelle le droit de renonciation est un droit personnel au souscripteur.

Selon l'article 1316-4, alinéa 1er, du code civil<sup>248</sup> « la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte ». Dès lors, on comprend que la renonciation, pour être valablement exprimée, doit émaner du souscripteur titulaire de cette faculté, ce que permet d'attester sa signature. Si l'assureur est tenu de vérifier que la signature est bien celle du souscripteur, notamment dans un but de protection des personnes vulnérables<sup>249</sup>, la contestation sur l'authenticité de la signature autorise la paralysie du droit de renonciation. Ainsi, est approuvé

« l'arrêt (qui) retient que la lettre du 17 février 2009, par laquelle (les souscripteurs) ont fait parvenir leur demande de restitution valant renonciation, comporte une seule signature qui ne ressemble pas aux signatures apposées lors de la souscription des contrats d'assurance sur la vie ; que l'avis de réception porte comme expéditeur l'intitulé d'une société d'avocats ; que la demande de renonciation ne respecte pas la formalité d'ordre public exigeant que la renonciation émane du souscripteur sauf pouvoir spécial prévoyant un tel mandat de renonciation, ce qui n'est pas prouvé en l'espèce »<sup>250</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>248</sup> Abrogé au 1<sup>er</sup> oct. 2016. V. substance inchangée, C. civ., art. 1367, al. 1<sup>er</sup>.

 $<sup>^{249}</sup>$  Comp. sur la nécessaire vérification de la signature du souscripteur, pour un rachat, civ. 2°, 28 avr. 2011 : n° 10-10.053 ;  $RGD\mathcal{A}$  2011, p. 1086, note J. Bigot. V. Rapport annuel 2012 du médiateur du GEMA, p. 35.

<sup>&</sup>lt;sup>250</sup> Civ. 2e, 5 févr. 2015 : n° 13-28.549 ; RGDA 2015, p. 149, note L. Mayaux.

Comme pour la faculté de rachat<sup>251</sup>, la Cour de cassation impose un mandat spécial pour exercer la faculté de renoncer, si le souscripteur ne souhaite pas y procéder lui-même directement. Et, à ce titre, le mandat confié à l'avocat pour la défense de ses intérêts, n'équivaut pas au mandat spécial exigé. En effet,

« la faculté de renonciation prévue par l'article L. 132-5-1 du code des assurances est un droit personnel du souscripteur qui ne peut être exercée par un mandataire, fût-il avocat, qu'en vertu d'un mandat spécial prévoyant expressément l'exercice de cette faculté »<sup>252</sup>.

On devine bien qu'en pratique c'est avantageux pour l'assureur lorsque le souscripteur aura omis de signer lui-même la lettre de renonciation transmise par son conseil, car rare sera l'hypothèse du mandat spécialement confié à autrui pour exercer une telle faculté.

Une précision a toutefois été donnée pour une renonciation exercée par le seul mari du couple ayant souscrit le contrat<sup>253</sup>. L'arrêt d'appel a estimé que cette renonciation est « un droit personnel du souscripteur qui ne peut être exercé par un mandataire qu'en vertu d'un mandat spécial », si bien que le mari agissant seul « ne pouvait valablement renoncer à celui-ci au nom de son épouse en vertu des pouvoirs d'administration de la communauté ». Il est cassé, au visa de l'article L. 132-5-1 du code des assurances, et de l'article 1421 du code civil, donc au regard des pouvoirs résultant du régime matrimonial. En effet, il est retenu que

« la renonciation à un contrat d'assurance sur la vie constitue un acte d'administration<sup>254</sup> et que, dans le régime de communauté auquel elle se

<sup>254</sup> Déjà la qualification en acte d'administration, ne nécessitant pas l'autorisation préalable du juge, pour la représentation légale d'un mineur (dont les règles ont changé depuis, au 1<sup>er</sup> janvier 2016), civ. 1<sup>re</sup>, 18 mai 2011 : *Bull. civ.* I, n° 94, n° 10-23.114 ; *RTD civ.* 2011, p. 509, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2011, n° 117, note I. Maria ; *RCA* 2011, n° 311 ; *RGDA* 2011, p. 1088, note L. Mayaux ; *AJ fam.* 

\_

<sup>&</sup>lt;sup>251</sup> Civ. 2°, 5 juin 2008 : *Bull. civ.* II, n° 127, n° 07-14.077 ; *JCP G* 2008, IV, 2220 ; *D.* 2008, *AJ*, p. 1765 ; *RGDA* 2008, p. 1013, note J. Kullmann : « la faculté de rachat d'un contrat d'assurance vie est un droit personnel du souscripteur qui ne peut être exercé par son mandataire qu'en vertu d'un mandat spécial prévoyant expressément cette faculté ». Comp. Com. 11 déc. 2012 : *Bull. civ.* IV, n° 225, n° 11-27.437 ; *RCA* 2013, n° 102, note N. Leblond ; *Gaz. Pal.* 26-27 avr. 2013, n°s 116-117, p. 32, note X. Leducq ; *RGDA* 2013, p. 392, note J. Bigot : « si, une fois réglée au souscripteur lui-même, la valeur de rachat d'un contrat d'assurance sur la vie fait partie de son patrimoine, et, par conséquent, de l'actif de sa liquidation judiciaire, lui seul peut, s'agissant *d'un droit exclusivement attaché à sa personne*, exercer la faculté de rachat qui met fin au contrat, de sorte que le paiement effectué sur sa demande et entre ses mains est, malgré son dessaisissement, libératoire pour l'assureur (on souligne) ». V. Rapport annuel 2011 du Médiateur du GEMA, p. 25. <sup>252</sup> Civ. 2°, 19 févr. 2009 : *Bull. civ.* II, n° 51, n° 08-11.901 ; *RCA* 2009, n° 114 ; *RGDA* 2009,

p. 547, note J. Kullmann (souscriptions en juin 2010).

<sup>253</sup> Civ. 1<sup>rc</sup>, 11 mai 2016: *Bull. civ.* I, n° 15-10.447 (souscription en 1997).

référait, chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion ».

C'est une solution bienveillante pour les souscripteurs mariés.

Au-delà du caractère personnel de ce droit, certes, après la mort du souscripteur, si celui-ci s'est personnellement abstenu, l'assureur est à l'abri de la faculté de renonciation. La solution a été affirmée dans un cas où, par suite du décès de sa mère souscriptrice, la fille unique héritière, après avoir mis l'assureur en demeure de lui adresser le récépissé de remise de la notice d'information visée à l'article L. 132-5-1 du code des assurances, s'est prévalue de sa qualité d'héritière pour exercer la faculté de renonciation au contrat. La fille faisait notamment valoir que le droit de renoncer, conféré au souscripteur, « était né dans le patrimoine de la défunte, et que son héritière en était ainsi saisie de plein droit » en vertu de l'article 724 du code civil. Son action a logiquement été déclarée irrecevable pour défaut de qualité à agir parce que « le contrat se trouvant dénoué du fait du décès de l'assuré souscripteur, la faculté de renoncer ne pouvait plus s'exercer »<sup>255</sup>, serait-ce par un héritier acceptant, continuateur de la personne du *de cujus*.

C'est un obstacle à la renonciation. Il en existe d'autres.

#### e. La résiliation avant la renonciation

À l'instar de la situation résultant du dénouement de la police, la faculté de renonciation s'évanouit si le contrat est préalablement rompu, comme peut le faire la résiliation. En application de l'article L. 132-20 du code des assurances, l'assureur n'a pas d'action en justice pour exiger le paiement de la prime, mais à défaut de règlement, le sort du contrat lui appartient, notamment en suivant la procédure prévue pour parvenir à la résiliation.

Au regard de cette disposition, il a été jugé que la cour d'appel retient exactement

« qu'à supposer que l'assureur n'ait pas remis (au souscripteur), comme celui-ci le prétend, la totalité des documents exigés par l'article L. 132-5-1 du code des assurances dans sa rédaction applicable à la date de souscription des contrats, la résiliation de ces contrats le 17 janvier 1995 en

<sup>2011,</sup> p. 344, obs. Th. Verheyde (souscription en juill. 2000). Comp. pour les actes de gestion des personnes protégées, décret n° 2008-1484 du 22 déc. 2008, annexe 1, colonne disposition, catégories VII Assurances et IX Actes divers ; et annexe 2, catégorie IV Assurances. V. D. Noguéro, La typologie des actes patrimoniaux : retour sur le décret du 22 décembre 2008, in *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2015, p. 45.

 $<sup>^{255}</sup>$  Civ. 2e, 16 avr. 2015 : Bull. civ. II, n° 14-13.291 ; RGDA 2015, p. 362, note S. Lambert ; RCA 2015, n° 211, note Ph. Pierre (décès en 2008). Comp. l'argumentation du 4e moyen, civ. 2e, 7 mars 2006 : n° 05-12.338, préc.

application des dispositions de l'article L. 132-20 de ce code, suite au non-paiement des primes par l'assuré, a mis fin à ceux-ci, de sorte que la faculté de renonciation qu'il a exercée postérieurement est privée d'effets »<sup>256</sup>.

Dans cette affaire, la Cour de cassation s'est détachée du cas de résiliation pour livrer une règle de portée plus générale :

« la résiliation d'un contrat d'assurance sur la vie, qu'elle émane de l'assuré ou de l'assureur, met fin à ce contrat et prive de tout effet la faculté de renonciation exercée postérieurement par l'assuré en vertu du premier alinéa de l'article L. 132-5-1 du code des assurances, dans sa rédaction alors applicable, peu important que le délai de réflexion (sic!) n'ait pas couru en l'absence de remise des documents prescrits au deuxième alinéa de ce texte ».

La solution est favorable à l'assureur dont le manquement est indifférent. En effet, même si la prorogation était en cours, parce que, d'abord, la résiliation à l'initiative de l'assureur est intervenue, la faculté de renonciation exercée, ensuite, est dépourvue de tout effet.

Par rapprochement, on peut évoquer une affaire traitant de la responsabilité d'un avocat au Conseil d'état et à la Cour de cassation pour avoir omis de former le pourvoi en temps utile, même à titre conservatoire, ce qui suffisait à constituer la faute imputable<sup>257</sup>. Il fallait s'interroger sur le lien de causalité entre celle-ci et le préjudice du souscripteur d'un contrat d'assurance-vie. Le litige était relatif à un contrat d'assurance temporaire, en cas de décès, jusqu'à l'âge de 80 ans, et d'invalidité absolue et définitive, jusqu'à l'âge de 70 ans, parvenu à son terme en 2000. N'ayant pu obtenir la transformation en « assurance vie entière » de ce contrat dont il n'avait pas compris les spécificités, le souscripteur s'est prévalu de la faculté de renonciation prévue par l'article L. 132-5-1 du code des assurances. L'assureur qui a refusé d'y donner suite, a été assigné en restitution des primes versées. L'action a été jugée irrecevable par l'arrêt d'appel infirmatif. Mais le pourvoi n'aurait pu être accueilli. En effet, il est notamment relevé que

« le second moyen envisagé pris de la violation de l'article L. 132-5-1 du code des assurances tendant à faire juger que la faculté de renonciation ne disparaissait pas avec la survenance du terme du contrat, ne pouvait pas davantage prospérer ; qu'en effet, d'une part, la renonciation au bénéfice d'un contrat suppose que celui-ci n'ait pas pris fin, d'autre part, les consorts X... (i.e.

<sup>&</sup>lt;sup>256</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 20 nov. 2014 : n° 13-25.979, préc. Déjà, civ. 2<sup>e</sup>, 17 janv. 2013 : n° 12-10.108 (adhésion en mars 2004) : le souscripteur « n'avait pas exercé sa faculté de renonciation aux contrats avant que l'assureur ne les ait résiliés » pour non-paiement des primes.

<sup>&</sup>lt;sup>257</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 févr. 2014 : n° 13-50.031, préc.

ayants cause du souscripteur) n'auraient pas été recevables, faute d'intérêt, à invoquer l'erreur entachant l'arrêt, qui a déclaré leur demande irrecevable au lieu de statuer au fond, laquelle est demeurée sans influence sur la décision de ne pas accueillir leurs prétentions (on souligne) ».

On comprend la règle générale. À côté de la résiliation, le terme du contrat met fin à la faculté de renonciation.

f. La prescription pour l'exercice du droit de renonciation

L'argument de l'assureur selon lequel il serait trop tard pour renoncer au contrat, passé un délai de deux ans, depuis sa conclusion, est inopérant pour paralyser la prérogative du souscripteur. La Cour de cassation a pu rappeler logiquement que l'assureur

« n'avait pas remis une note d'information conformément aux dispositions de l'article L. 132-5-1 du code des assurances, (si bien) que l'action (pour faire valoir le droit de renonciation) n'était en conséquence pas prescrite »<sup>258</sup>.

Plus sèchement, il a pu être jugé que « le droit de renonciation au contrat des souscripteurs « ne peut être éteint par l'expiration du délai dans lequel il doit être exercé, avant qu'ils aient été en mesure de l'exercer de façon utile par la remise effective des documents dont s'agit »<sup>259</sup>. La question de la prescription biennale se pose en une autre occurrence, celle de la répétition des sommes.

Même à admettre le manquement de l'assureur à son obligation de remettre initialement les documents exigés, donc la prorogation du délai de la faculté de renonciation, il reste qu'il y a possibilité de remédier à cette situation, en opérant, après la conclusion du contrat, la remise de ces documents. Et, si l'assureur s'exécute en ce sens, le délai de trente jours court assurément, ce en quoi il n'est en rien infini. L'éternité souvent dénoncée est bornée de la sorte. Le souscripteur peut décider de renoncer. Il doit le faire alors dans cette limite de temps. Lorsqu'il se manifeste pour exercer son droit de renonciation, et que l'assureur lui oppose un refus – situation la plus répandue en fait –, le souscripteur doit songer qu'il est soumis à la prescription biennale. En effet, la jurisprudence considère que le point de départ de cette prescription de l'action en restitution des fonds est fixé à la date à laquelle le refus de l'assureur est exprimé au souscripteur. L'exercice de la faculté de renonciation fait naître ce droit subjectif à la restitution.

<sup>&</sup>lt;sup>258</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 13 juill. 2006 : n° 05-10.958, préc. (2<sup>nd</sup> moyen).

<sup>&</sup>lt;sup>259</sup> Civ. 2°, 10 juill. 2008 : n° 07-12.072, préc. (4° moyen). *Idem* civ. 2°, 10 juill. 2008 : n° 07-12.071, préc. (3° moyen).

La Cour de cassation a considéré, au visa de l'article L. 114-1 et de l'article L. 132-5-1 du code des assurances, dans sa rédaction alors applicable, que

« l'action engagée par le souscripteur d'un contrat d'assurance sur la vie ayant renoncé au contrat conformément au second de ces textes, aux fins d'obtenir la restitution des sommes versées, dérive du contrat d'assurance »<sup>260</sup>.

Était ainsi censurée la motivation de la cour d'appel estimant que l'action ne dérivait pas du contrat mais « de la loi, étant relative à une demande de restitution de primes fondée sur un manquement précontractuel et non contractuel de l'assureur à ses obligations d'information ».

La solution, favorable à l'assureur qui échappe au délai de droit commun plus long, a été confirmée avec une précision sur le point de départ – profitable à l'assuré, et de bon sens –, qui n'est pas fixé à la date de la souscription du contrat d'assurances :

« l'action engagée par le souscripteur d'un contrat d'assurance sur la vie ayant renoncé à ce contrat conformément à l'article L. 132-5-1 du code des assurances pour obtenir la restitution des sommes versées, qui dérive du contrat d'assurance, est soumise à la prescription biennale prévue par l'article L. 114-1, dont le point de départ est le refus de restitution des fonds opposé par l'assureur à l'assuré »<sup>261</sup>.

Par comparaison à cette problématique, à propos du droit allemand, pour une disposition depuis abrogée, la Cour de Justice de l'Union européenne a eu à se prononcer<sup>262</sup>. Il s'agissait de déterminer si le droit de renonciation du preneur, qui cessait un an après le paiement de la première prime, même si celui-ci ne disposait pas de l'information sur ce droit, était conforme à la directive. S'il est reconnu aux États membres la possibilité d'adopter les règles relatives aux modalités précises d'exercice du droit de renonciation, dont des limitations, c'est à la condition de veiller à l'effet utile des directives. En bref, le marché unique suppose un choix grand et diversifié pour le preneur, grâce à

<sup>261</sup> Civ. 2°, 7 juill. 2011: Bull. civ. II, n° 156, n° 10-20.857; RCA 2011, n° 374, note H. Groutel; RGDA 2011, p. 1091, note J. Kullmann (souscription en mai 2000; motifs de droit substitués; prescription non acquise). Dans le même sens, civ. 2°, 24 nov. 2011: n° 10-25.868 (souscriptions en juill. 1998 et juin 2000; motifs de droit substitués; prescription non acquise). Civ. 2°, 29 mars 2012: n° 11-13.991 (souscription en mai 2000; motifs de droit substitués; prescription non acquise). Civ. 2°, 13 sept. 2012: n° 11-24.220 (adhésion en juill. 2000; prescription non acquise). Civ. 2°, 13 sept. 2012: n° 11-24.220 (adhésion en juill. 2000; prescription non acquise). Civ. 2°, 13 sept. 2013: Aff. C-209/12, Walter Endress c/ Allianz Lebensversicherung AG; RGDA 2014, p. 132, note G. Parléani; RCA avr. 2014, Alertes 14.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>260</sup> Civ. 2e, 24 juin 2010: Bull. civ. II, n° 122, n° 09-10.920; RCA 2010, n° 236; RGDA 2010, p. 769, note J. Kullmann; Gaz. Pal. 24-28 déc. 2010, n°s 358-362, p. 15, note crit. M. Périer (souscription en mars 2000; prescription acquise).

une concurrence accrue pour ces produits financiers juridiquement complexes, qui s'inscrivent souvent dans une longue durée, ce qui nécessite son information exacte, spécifiquement quant au droit de renonciation. Or l'effet utile est heurté par l'expiration du droit de renoncer malgré l'absence d'information sur cette prérogative. Le principe de sécurité juridique ne saurait contrecarrer cette analyse.

On ne peut demander à l'assuré d'agir tant qu'il ignore si l'assureur ne va pas faire droit à sa demande de renonciation au contrat pour la restitution des fonds.

Dans cette logique, ont été écartés différents points de départ. Il était avancé que

« le point de départ de la prescription biennale de l'exécution de la demande de renonciation ouverte au souscripteur se situe au jour où le souscripteur a eu connaissance du fait que l'assureur ne lui avait pas remis des conditions générales distinctes de la notice d'information, soit à la date de signature de la proposition d'assurance ou de versement de la première prime ; que l'action en restitution ne constitue qu'une modalité d'exécution de ce droit ».

Ou « la prescription biennale de l'action en renonciation ouverte au souscripteur se situe au moins au jour où il a manifesté, par divers actes d'exécution du contrat d'assurance, sa parfaite connaissance des stipulations contractuelles ».

# En réponse, il a été indiqué que

« l'action en justice engagée par l'adhérent d'un contrat d'assurance sur la vie aux fins d'obtenir la restitution des sommes versées, lorsque l'assureur n'a pas procédé à cette restitution dans le délai de trente jours à compter de la réception de la lettre recommandée par laquelle l'adhérent a renoncé au contrat, dérive du contrat d'assurance et se prescrit par deux ans à compter du refus de restitution de l'assureur ou de l'expiration du délai de trente jours imparti par l'article L. 132-5-1 du code des assurances »<sup>263</sup>.

Depuis, la date du refus de restitution est celle mis en avant par la Haute Cour. Pas davantage ne saurait être retenu le jour où, ayant connaissance de son droit, le souscripteur est en mesure d'agir, compris comme celui où le souscripteur a connaissance du manquement allégué de l'assureur à ses obligations informatives<sup>264</sup>. Est aussi écartée, comme événement donnant naissance à l'action,

 $<sup>^{263}</sup>$  Civ. 2e, 13 janv. 2012 : n° 11-10.908, préc. (2nd moyen) ; RGDA 2012, p. 774, 2e esp., note J. Kullmann (adhésions en juin 2000 ; prescription non acquise).

<sup>&</sup>lt;sup>264</sup> Civ. 2e, 29 mars 2012 : n° 11-13.991, préc.

la remise, concomitamment à l'adhésion, de documents contractuels non conformes<sup>265</sup>. Le même sort est réservé au terme du contrat comme point de départ du délai de prescription biennale<sup>266</sup>.

Lorsque l'assureur s'est exécuté, dans un second temps, quant à l'obligation d'information précontractuelle, si la prorogation du délai est bien ouverte, elle connaîtra la limite de trente jours, dans lesquels le preneur doit se prononcer. S'il s'abstient, il perd la faculté de renonciation; s'il décide de renoncer, et que l'assureur s'y oppose, il faudra songer à l'écoulement de la prescription biennale.

L'introduction de l'exigence de bonne foi, par la loi DDADUE de 2014, n'est peut-être pas le filtre miracle par lequel peut s'insinuer la discipline pour l'exercice du droit de renonciation tant recherchée par nombre d'acteurs. Lorsqu'on y réfléchit, tout part d'une défaillance dans l'information précontractuelle. Ce terrain est probablement à explorer.

#### B. Le choix de l'information différenciée

La critique a mis en avant le fait que le dispositif du droit de renonciation, tel qu'interprété par la jurisprudence (avant 2016), tendait, en définitive, à favoriser à tort des assurés avertis, parfaitement au courant de la complexité des produits commercialisés, mais cherchant à ne pas supporter les pertes de leurs engagements. De façon sous-jacente, on pourrait considérer que la sanction du défaut d'information précontractuelle prétexté par certains ne devrait être réservée qu'au profane. D'abord, il y a lieu de rappeler l'utilité de l'information détaillée (1). Ensuite, il est bon de s'interroger sur l'opportunité d'un assouplissement (2) du dispositif actuellement en vigueur.

#### 1. L'utilité de l'information détaillée

Nous l'avons déjà évoqué plus haut. Cela peut apparaître comme une lapalissade mais la première exigence à suivre, pour éviter la difficulté, est de se conformer consciencieusement aux obligations d'informations précontractuelles imposées par la loi nationale et le droit communautaire. Il est insuffisant de prétendre à une information par ailleurs délivrée autrement (le fond), c'est-à-dire de substitution, si la disposition d'ordre public impose nettement une forme pour ce faire (l'information par un document). À suivre un tel raisonnement, jusqu'au bout, ce serait la mort de tout formalisme qui, même causé, pourrait être remplacé par... n'importe quel vecteur afin de transmettre l'information.

<sup>&</sup>lt;sup>265</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 13 sept. 2012 : n° 11-24.220, préc.

<sup>&</sup>lt;sup>266</sup> Sur une affaire de responsabilité de l'avocat, signalée *supra*, civ. 1<sup>re</sup>, 19 févr. 2014 : n° 13-50.031, préc. (souscription en juill. 1987, terme en 2000).

Serait anéanti nombre de dispositions du droit de la consommation, voire du droit des assurances!

Prosaïquement, un formalisme bien servi, même s'il est instauré pour protéger la partie dite faible, devient une aide précieuse pour le professionnel. La culture de l'écrit vers laquelle la loi a obligé les intermédiaires d'assurance à basculer, a dû être intégrée dans les procédures de commercialisation<sup>267</sup>, pour un bénéfice net, au stade de l'éventuelle contestation, en terme de preuve. Dans le domaine de l'information, la forme pré-constitue souvent la preuve de l'exécution du devoir de renseignement, au bénéfice de celui qui en est débiteur.

On conviendra que tout cela exige un formalisme clair et précis, non pas mouvant et ambigu. Si l'assureur est tenu, pour toutes les informations diffusées, y compris par communications publicitaires, de présenter un contenu exact, clair et non trompeur, selon l'article L. 132-27 du code des assurances<sup>268</sup>, on peut attendre pareillement un effort soutenu, similaire, du législateur quant aux exigences qu'il impose aux professionnels.

Il ne nous apparaît pas bienvenu de couper la faculté de renoncer du manquement à l'obligation d'information précontractuelle (la renonciation-sanction). Prévoir la prorogation du délai pour renoncer est une forte incitation à respecter le formalisme de l'information de la part des professionnels de l'assurance. En ce domaine, il faut trouver les armes pour la discipline des professionnels.

Pour l'heure, grâce à l'existence du droit de renonciation qui permet de sanctionner le défaut d'information précontractuelle selon le mode imposé, l'opportunité du recours aux sanctions du droit commun peut apparaître assez relative<sup>269</sup>. Le plaideur peut songer à la responsabilité civile ou à faire respecter l'intégrité du consentement lorsque l'information omise n'est pas de celles listées par la loi ou lorsque, même en ce dernier cas, sa faculté de renonciation ne peut jouer. Toutefois, *a priori*, rien n'empêche de se placer sur des terrains différents pour appréhender le manquement de l'assureur<sup>270</sup>. Dans le cas du

<sup>&</sup>lt;sup>267</sup> Il faut savoir user de ce temps pour en faire un avantage commercial.

<sup>&</sup>lt;sup>268</sup> Depuis l'ordonnance n° 2009-106 du 30 janv. 2009, en vigueur au 1<sup>er</sup> juill. 2010, modifiée par la loi n° 2010-737 du 1<sup>er</sup> juill. 2010. Et pour assurer la distribution dans cet esprit, C. assur., art. L. 132-28, R. 132-5-1, R. 132-5-2. Comp. pour les prestataires de services d'investissement, art. L. 533-12, I C. mon. et fin.

<sup>&</sup>lt;sup>269</sup> Admettant le cumul de sanctions et distinguant selon le profil de l'assuré pour l'option, L. Mayaux, « Renonciation et prorogation en assurance-vie : le couple diabolique », préc., p. 223. <sup>270</sup> Pour une pluralité de sanctions (admission du cumul), civ. 2<sup>e</sup>, 15 mai 2008 : n° 07-11.049, préc. (implic.). Civ. 2<sup>e</sup>, 18 févr. 2010 : n° 09-10.595 (2<sup>nd</sup> moyen, visa des art. 1382 C. civ. et L. 132-5-1 C. assur. ; adhésion en févr. 1997). Civ. 2<sup>e</sup>, 3 juin 2010 : n° 09-15.580 ; *JCP G* 2011, 398, n° 4, obs. J. Kullmann (pas de manquement de l'assureur, avec une information postérieure aux souscrip-

droit commun, le juge prend en considération l'information effectivement à disposition du souscripteur, quel que soit le vecteur employé.

La proposition de la solution alternative de droit commun, devenue exclusive, ne nous paraît pas pertinente. Il en va ainsi pour un engagement de responsabilité civile extracontractuelle, qui suppose la démonstration d'un préjudice, exigé, en lien avec le manquement avéré, preuves à la charge de la victime<sup>271</sup>. Cette action pourrait se traduire par l'octroi de dommages-intérêts<sup>272</sup>. Le préjudice est souverainement apprécié dans son existence et son étendue, de jurisprudence constante. Cette voie ne paraît pas satisfaisante sous l'aspect de

tions de mai 2001, mais antérieure la réalisation des investissements en cause). Civ. 2°, 23 mai 2013 : n° 12-20.153 ; RCA 2013, n° 277 (adhésion en mai 2000) : « les éventuels manquements de l'assureur à son obligation précontractuelle d'information telle que définie par les articles L. 132-5-1, A. 132-4 et A. 132-5 du code des assurances sont susceptibles d'engager sa responsabilité civile dans les conditions de droit commun ». Responsabilité pour manquement de l'assureur « à son obligation d'information des assurés sur les risques de pertes financières liées au choix du type de contrat souscrit », ceux-ci « qui exercent la profession de pharmaciens, n'ont pas de connaissances particulières en matière de gestion de patrimoine », étant alors non « habitués aux placements à risques ». Comp. implic. civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> févr. 2000 : n° 97-16.773 (souscription en janv. 1994; défaut de remise des conditions générales, informations erronées, réticence dolosive retenue). Civ. 1<sup>re</sup>, 27 févr. 2001 : n° 98-13.035. V. encore, la recherche à faire sur le manquement, civ. 2e, 8 oct. 2009: Bull. civ. II, n° 239, n° 08-18.928; RCA 2009, n° 373; RGDA 2010, p. 121, 1re esp., note L. Mayaux (adhésion en sept. 2000 ; 2nd moyen, visa des art. 1382 C. civ. et L. 132-5-1 C. assur.). Civ. 2e, 7 juill. 2011: n° 10-16.267; Gaz. Pal. 25-26 nov. 2011, n°s 329-330, p. 36, note X. Leducq; RGDA 2012, p. 103, note J. Bigot (souscription en avr. 2002; demande d'indemnisation après un exercice en vain du droit de rétractation) : il fallait « rechercher si l'assureur avait fourni (au souscripteur) une information précontractuelle adaptée à sa situation personnelle dont (l'assureur) avait connaissance ».

<sup>271</sup> Civ. 2e, 15 mai 2008 : n° 07-11.049, préc. : les souscripteurs « bien que profanes, ne peuvent dès lors soutenir qu'ils n'auraient pas été informés de la nature d'un investissement en unité de compte ». Civ. 2e, 11 sept. 2008 : n° 07-16.149, préc. (2nd moyen) : pas de manquement de l'assureur « à son obligation d'information sur les caractéristiques de ce placement ». Civ. 2e, 12 mars 2009 : nº 08-15.322; RCA 2009, n° 154; RGDA 2009, p. 537, note S. Abravanel-Jolly: le souscripteur « ne pouvait se méprendre sur les conditions du contrat qu'il souscrivait et qu'aucun manquement à son obligation de conseil ne peut être reproché à l'assureur ». Civ. 2°, 9 juill. 2009 : n° 08-18.730, préc. (1er moyen, 1re branche ; visa de l'art. 1382 C. civ.) : manque de base légale pour justifier le manquement. Com. 12 janv. 2010 : n° 08-17.956, préc. (3° moyen) : « faute de préjudice, (les souscripteurs avertis) ne sont pas fondés à invoquer le manquement de la banque à son obligation d'information sur les contrats d'assurance vie proposés, dès lors qu'ils ont pu exercer leur faculté de renonciation et obtenir la restitution des sommes qu'ils avaient investies, d'un montant supérieur à la valeur de rachat des contrats à la date des demandes ». Com. 22 sept. 2015 : n° 14-14.547; RGDA 2015, p. 520, note M. Asselain: pas de préjudice de l'adhérent, non privé de son droit de rétractation exercé, pour engager la responsabilité de la banque, souscripteur de l'assurance-vie de groupe, n'avant pas remis les documents.

<sup>272</sup> Le manquement précontractuel, de l'assureur ou de l'intermédiaire, n'est pas soumis à la prescription biennale, civ. 1<sup>re</sup>, 30 janv. 2001 : *Bull. civ.* I, n° 14, p. 8, n° 98-18.145. Civ. 2<sup>e</sup>, 2 juill. 2015 : n° 14-22.565 ; *RCA* 2015, n° 305. Civ. 2<sup>e</sup>, 10 déc. 2015 : n° 14-29.214 ; *RCA* 2016, n° 94, note H. G.

l'efficacité de l'exécution du devoir d'information, dans la philosophie du droit communautaire qui cherche une haute protection du preneur.

En droit commun, la jurisprudence retient habituellement que « le préjudice résultant du manquement à une obligation précontractuelle d'information est constitué par une perte de chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses et non par une perte d'une chance d'obtenir les gains attendus »<sup>273</sup>. La victime d'un dol

« ayant fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat, son préjudice réparable correspondait uniquement à la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses »<sup>274</sup>.

Mais, comme en matière médicale où le juge a pu déduire le préjudice du seul manquement du praticien à son devoir d'information, instaurant un droit subjectif pour la personne du patient, solution spécifique pour l'heure<sup>275</sup>, il faudrait surveiller la réaction judiciaire, dans le sens de la protection éventuellement renforcée des preneurs d'assurance.

De plus, les contours de la réparation du manquement à l'information due pourraient évoluer avec le refoulement de la perte de chance, à l'occasion, car la chambre mixte de la Cour de cassation a repoussé dernièrement un pourvoi défendant que

« les conséquences d'un manquement à un devoir d'information et de conseil ne peuvent s'analyser qu'en une perte de chance dès lors que la décision qu'aurait prise le créancier de l'obligation d'information et les avantages qu'il aurait pu obtenir, s'il avait été mieux informé, ne sont pas établis de manière certaine ».

Elle a retenu les préjudices certains par suite de la responsabilité d'un diagnostiqueur technique pour étendre le montant de l'indemnisation<sup>276</sup>. Une telle jurisprudence transposée à l'assurance-vie conduirait probablement à la

<sup>&</sup>lt;sup>273</sup> Ex. Com. 31 janv. 2012 : n° 11-10.834 (visa de l'art. 1382 C. civ.).

<sup>&</sup>lt;sup>274</sup> Com. 10 juill. 2012: Bull. civ. IV, n° 149, n° 11-21.954 (visa des art. 1116 et 1382 C. civ.).

<sup>&</sup>lt;sup>275</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 2010: *Bull. civ.* I, n° 128, n° 09-13.591. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juin 2012: *Bull. civ.* I, n° 129, n° 11-18.327. Puis civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 2012: *Bull. civ.* I, n° 165, n° 11-17.510 (préjudice moral). Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 2014: *Bull. civ.* I, n° 13, n° 12-22.123 (défaut de préparation aux conséquences du risque).

<sup>276</sup> Ch. mixte, 8 juill. 2015: *Bull.* mixte, n° 13-26.686; *D.* 2015, p. 2155, note V. Mazeaud; *RCA* 2015, n° 293, note S. Hocquet-Berg; *Gaz. Pal.* 23-24 sept. 2015, n°s 266-267, p. 8, note M. Mignot; *JCP G* 2015, 1088, note Y.-M. Serinet; *RTD civ.* 2016, p. 130, obs. P. Jourdain: « l'intégralité des travaux de reprise des dégâts causés par l'attaque des termites dont la présence n'avait été décelée que partiellement par l'assuré », et pas une diminution du prix de la part du vendeur équivalente au coût des travaux de réparation. En ce sens, civ. 3<sup>e</sup>, 15 oct. 2015: *Bull. civ.* III, n° 14-18.077; *RCA* 2016, n° 15, note H.G. (préjudice certain). Comp. civ. 3<sup>e</sup>, 12 nov. 2015: n°s 14-12.125 et 14-12.693; *RCA* 2016, n° 54 (diagnostic inexact, coût du désamiantage, préjudice certain).

restitution du capital placé, si l'information précontractuelle n'était pas jugée comme ayant été délivrée<sup>277</sup>.

Certes, pour l'heure, la Cour de cassation a pu retenir le défaut de mise en garde<sup>278</sup> sur la fiscalité d'un contrat d'assurance-vie, après soixante-dix ans, pour raisonner sur la perte de chance, étant donné que, au-delà de la remise de la notice d'information, l'assureur est « tenu d'éclairer son client sur l'adéquation du produit en cause à sa situation personnelle de souscripteur et à ses objectifs de transmission de son capital »<sup>279</sup>. Le souscripteur a perdu la chance « d'agir autrement pour gérer son épargne et pour trouver une solution plus favorable pour sa compagne pour assurer la transmission de son capital ». Cette solution assurantielle doit exister sur le marché<sup>280</sup>. De même, pour respecter le principe du contradictoire, la Cour a censuré la cour d'appel ayant statué « sans inviter au préalable les parties à présenter leurs observations sur le moyen tiré de la perte de chance, et alors que (le souscripteur) sollicitait la restitution du capital investi »<sup>281</sup>. La cour de Rennes avait décidé

d'« allouer (au souscripteur) la totalité des sommes qu'il estimait lui être contractuellement dues et condamner l'assureur à les lui verser, (en énonçant) que l'assureur lui a donné une fausse information qui l'a empêché de chercher une autre solution financière alors qu'il était encore dans le délai de rétractation, lui faisant ainsi perdre la chance d'atteindre ce résultat; que l'assureur ne prétend pas qu'un tel placement était impossible; que la perte de chance est égale au montant du capital placé ».

-

<sup>&</sup>lt;sup>277</sup> Comp. Soc. 15 avr. 2015 : *Bull. civ.* V, n°s 13-21.306 et 13-22.469 (3° moyen) : « ayant constaté que la mutuelle avait communiqué au salarié des informations erronées sur l'étendue de ses droits, la cour d'appel en a exactement déduit qu'elle devait l'indemniser pour le préjudice résultant pour lui de l'absence d'une garantie dont il croyait légitimement pouvoir bénéficier compte tenu des stipulations contractuelles », non de la seule perte de chance « d'obtenir par une souscription individuelle à un contrat de prévoyance une garantie comparable ».

<sup>&</sup>lt;sup>278</sup> Devoir de mise en garde inexistant à la charge de la banque, prêteur et courtier d'assurance, en présence de souscripteurs particulièrement avertis conseillés par un expert-comptable, mais pas de déchéance du terme du prêt pour la perte de garantie (en lien avec la faculté de rétractation), Com. 22 mars 2011 : n°s 09-14.883 et 10-17.832 ; *RGDA* 2011, p. 813, note J. Kullmann.

 $<sup>^{279}</sup>$  Ex. civ. 2°, 3 oct. 2013 : n° 12-24.957 ; RCA 2014, n° 28 (adhésion en févr. 1998). Comp. devoir satisfait, pas de préjudice, com. 18 juin 2013 : n° 12-19.505 (adhésions en mars et mai 2000) : « l'information sur le produit financier et l'adéquation des risques éventuels résultant du choix de la cliente à sa situation personnelle avaient été fournies ».

<sup>&</sup>lt;sup>280</sup> Comp. en assurance de groupe emprunteur, pas de perte de chance au regard de la limite d'âge pour la garantie, com. 1<sup>cr</sup> déc. 2015: *Bull. civ.* IV, n° 14-22.134; *RCA* 2016, n° 63, note G. Courtieu; *RGDA* 2016, p. 99, note M. Asselain; *Gaz. Pal.* 22 mars 2016, n° 12, p. 73, note X. Leducq. En sens inverse, com. 13 janv. 2015: n° 13-24.026; *RGDA* 2015, p. 146, note M. Bruschi; *RCA* 2015, n° 139.

<sup>&</sup>lt;sup>281</sup> Civ. 2e, 12 avr. 2012 : n° 11-16.134 (souscription en oct. 1997).

Dans cette perspective, plus largement, la Cour a jugé, en présence d'un intermédiaire, que

« s'agissant des conséquences, sur les contrats d'assurance-vie souscrits avec un tiers, des fautes commises par la banque, intermédiaire, lors de la formation et de l'exécution de ces contrats, ces manquements fautifs ne pouvaient entraîner la résolution de ces contrats et le remboursement des moins values enregistrées sur le placement financier réalisé sur le support Lionvie multicapital dynamique, mais seulement le droit à réparation de la perte de chance résultant de ces manquements » (1er moyen)<sup>282</sup>.

Dans la même affaire, pour la violation de l'obligation d'information et de conseil de la banque, la Cour a retenu que le juge d'appel a « souverainement évalué le préjudice résultant pour (les souscripteurs) de la perte de chance de ne pas avoir réalisé un meilleur investissement » (2<sup>nd</sup> moyen). En règle, dès lors, pour un placement en assurance-vie,

« le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de conseil portant sur l'adéquation de l'opération proposée à la situation personnelle de son client s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter, laquelle ne peut qu'être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée »<sup>283</sup>.

Toutefois, en assurance-vie, la Cour de cassation a pu juger que

« le moyen, en ce qu'il affirme que le préjudice résultant d'une information omise consiste dans la perte d'une chance de ne pas choisir la mauvaise solution, tandis que celui qui résulte de la délivrance d'une fausse information ne consiste pas dans cette perte de chance mais s'identifie à toutes les conséquences dommageables de cette mauvaise solution, est irrecevable comme contraire à la prétention émise en appel par (le souscripteur) qui sollicitait devant les juges du second degré l'indemnisation du préjudice résultant d'une fausse information émanant de l'assureur au titre de la réparation d'une perte de chance »<sup>284</sup>.

Dans le principe, le devoir de cohérence satisfait, rien n'interdisait d'aller au-delà de la perte de chance, dans le contexte précisé.

<sup>&</sup>lt;sup>282</sup> Com. 12 juill. 2011 : n° 10-17.579 (souscriptions en mai et juin 2000).

<sup>&</sup>lt;sup>283</sup> Com. 15 févr. 2011 : n° 09-16.779 (souscription en janv. 2001).

<sup>&</sup>lt;sup>284</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 11 déc. 2014 : n° 13-28.072 (souscription en oct. 1997).

Pour nous, il en va de même, quant à l'inadaptation du recours au seul droit commun, encore, du vice du consentement pour défaut d'information transmise<sup>285</sup>, conduisant à la nullité de l'accord, partant à des restitutions pour rétablir le statu quo ante, avec les problèmes liés aux opérations qui auraient pu être entreprises sur le contrat, comme un rachat partiel, par exemple<sup>286</sup>. En outre, si la sanction de la prorogation du délai de renonciation disparaissait, on peut se demander si la réaction des juges ne consisterait pas à adopter une conception souple, pour ne pas dire très distendue, voire déformante, de la détermination du consentement de la victime<sup>287</sup> afin de faciliter l'octroi de la nullité ou/et de dommages et intérêts<sup>288</sup>.

Ils pourraient être aidés par l'article 1129 du projet de réforme du droit des obligations, qui prévoit le devoir d'information et ses sanctions, et qui l'impose, dans la continuité de la jurisprudence, non seulement lorsque, légitimement, le créancier ignore cette information (étant dans l'impossibilité de se renseigner lui-même, ou dans une grande difficulté pour le faire), mais encore lorsqu'il « fait confiance à son cocontractant ». Avec la réforme du 10 février 2016, en ce sens, l'article 1112-1, alinéa 1er, du code civil énonce :

« Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant »<sup>289</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>285</sup> Comp. civ. 2e, 19 mai 2016 : n° 15-12.768, préc. (1er moyen, 2nde branche). Pour étayer en vain l'incompatibilité avec la directive, de la faculté prorogée de renonciation, un argument sur l'erreur et le dol plaidé sans succès pour une société souscriptrice, personne morale, assistée d'un conseiller en investissements financiers.

<sup>&</sup>lt;sup>286</sup> Adde sur les restitutions, la place de la bonne ou mauvaise foi, après la réforme de 2016, C. civ., art. 1352 suiv.

<sup>&</sup>lt;sup>287</sup> Analyse bienveillante parfois, pour la vulnérabilité et la modification de la clause bénéficiaire, civ. 1re, 24 juin 2015: n° 14-17.461; RGDA 2015, p. 518, note S. Lambert. Civ. 1re, 9 juill. 2015: n° 14-16.581; RGDA 2015, p. 481, note L. Mayaux.

<sup>&</sup>lt;sup>288</sup> Pour l'heure, la recherche de l'information donnée indépendamment du support, civ. 2<sup>e</sup>, 9 déc. 2010 : n° 09-72.918 ; RCA 2011, n° 122 (souscriptions en avr. 1999 ; visa de l'art. 1382 C. civ.). V. encore, une absence de vice du consentement pour une erreur sur le choix du placement ou l'économie du contrat, civ. 2e, 8 oct. 2009 : n° 08-18.928, préc. (1er moyen). Com. 11 oct. 2011 : n° 10-21.698; RGDA 2012, p. 391, note A. Pélissier (pas de réticence dolosive alléguée après « des moins-values affectant le capital »). Com. 11 oct. 2011 : n° 10-21.699 (pas de réticence dolosive). Civ. 2e, 18 avr. 2013 : n° 12-20.269 (souscription en déc. 2005) : pas de vice du consentement (erreur ou dol), ni de lien de causalité entre le « préjudice consistant en la perte de réduction d'impôts sur les revenus des années 2005 et 2006 » et la faute à la charge de l'assureur. Civ. 2e, 4 févr. 2016 : n° 15-12.740 (pas de manquement au devoir d'information et de conseil, ni de dol à défaut de manœuvre du courtier ayant remis les conditions générales et la note d'information). Déjà civ. 1re, 18 févr. 2003 : n° 99-17.619 ; RGDA 2003, p. 371, note J. Kullmann (pas d'erreur ; 1er moyen). <sup>289</sup> Selon l'alinéa 3, « Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et

nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties ».

L'alinéa 5 ajoute que « Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir ». On enseigne habituellement que cette confiance nécessaire peut résulter de la nature du contrat, de la qualité des parties, ou des informations inexactes voire incomplètes fournies, tant l'asymétrie d'information est source et mesure de ce devoir. On voit que l'assureur pourrait satisfaire l'ensemble de ces critères au profit de son cocontractant. Le souscripteur et l'adhérent ne font-il pas confiance au professionnel de l'assurance, et, dans une certaine mesure, indépendamment de l'information qui a pu leur être communiquée, surtout pour des produits complexes ?

Il n'est pas sûr, peut-on penser, que la suppression, pour tous les preneurs indifféremment – insistons –, de la prorogation du délai de renonciation par suite du manquement au devoir d'information précontractuelle résoudrait toutes les difficultés. Pourtant, dans les décisions sur le droit de renonciation, pour lesquelles on estime que la bonne foi devrait se dresser comme obstacle à la prorogation du délai, on peut relever que le preneur a un profil particulier. Peut-être que la voie est à explorer pour traiter différemment certaines situations. Il en va d'autant plus ainsi depuis le revirement du 19 mai 2016 qui a mis l'accent sur l'assuré averti ou profane.

## 2. L'opportunité d'un assouplissement

On songe à un assouplissement du dispositif actuellement en place, si bien que c'est plus une réflexion sur le devenir du droit positif dont il est ici question. Nous ne pouvons plus passer pour un héros de l'anticipation, depuis les arrêts de 2016, mais nous maintenons notre réflexion antérieure.

Ce que traduit finalement l'exigence de bonne foi, c'est sinon toujours l'inutilité totale de l'information précontractuelle pour certains preneurs, dits avertis, du moins l'indifférence au vecteur (la forme) par lequel l'assureur pourrait leur communiquer ladite information obligatoire (le fond).

En droit commun, nul besoin d'informer celui qui sait<sup>290</sup>. Étant donné qu'il n'y a pas besoin de la protection légale, lorsqu'il n'y a pas besoin d'information, il a été évoqué, peut-être sous forme de boutade<sup>291</sup>, l'adage *cessante ratione legis, cessat ejus dispositio*; la raison d'être de la loi cessant, cesse la loi ellemême. Il concerne généralement la désuétude intrinsèque et l'interprétation de la loi. La loi ne devrait s'appliquer qu'aux situations qu'elle a prévues dans sa lettre et dans son esprit. Ce ne serait pas le cas pour le preneur de mauvaise foi

 $<sup>^{290}</sup>$  Ex. civ.  $3^e,\,14$  mai  $2013:n^\circ$  12-22.459: les faits en cause « ne pouvait échapper à un acquéreur normalement diligent » si bien que le professionnel « n'était pas tenu d'une obligation d'information particulière ».

<sup>&</sup>lt;sup>291</sup> L. Leveneur, Conférence-débat, AIDA, 26 janv. 2015.

voulant renoncer, qui est à même de disposer de l'information, par un moyen ou un autre, et qui ne saurait se plaindre de ne pas avoir disposé du bon support, inutile pour lui. Sans aller jusque-là, une modulation du droit de renonciation est peut-être envisageable.

Jusqu'en 2016, sur le terrain du droit de renonciation, la jurisprudence a condamné toute distinction entre les preneurs personnes physiques visées par la loi<sup>292</sup>. Dans une affaire, le pourvoi défendait que

« si, en principe, la bonne foi de l'assuré n'est pas requise pour la renonciation prorogée, ouverte de plein droit pour sanctionner le défaut de remise des documents et informations énumérés par l'article L. 132-5-1 du code des assurances, dans des circonstances exceptionnelles, l'abus dans l'exercice de cette faculté peut être sanctionné par le juge ».

## Il fallait donc rechercher si le preneur dont il était

« constaté qu'il était un professionnel de la finance et de l'assurance, n'avait pas, pour le compte de ses clients, fait souscrire plus de 700 contrats identiques à celui qu'il avait lui-même conclu le 10 septembre 1997 et pour lequel il se plaignait de ne pas avoir reçu la notice d'information, ce qui constituait des circonstances exceptionnelles caractérisant l'exercice abusif, par lui, de la faculté de renonciation ».

# La Cour de cassation répond fermement que

« s'il est exact que l'intéressé est un professionnel de la finance et de l'assurance, il a souscrit les contrats querellés en sa qualité de "personne physique", seule condition mise par l'article L. 132-5-1 du code des assurances pour pouvoir renoncer au contrat, sans qu'il y ait matière à faire une distinction entre la personne physique avertie ou profane et sans que la bonne ou la mauvaise foi de la personne physique concernée doive être évoquée »<sup>293</sup>.

Les juges ne se prêtent donc pas à une analyse *in concreto* du profil du souscripteur à laquelle ils n'hésitent pas à se livrer, en d'autres domaines, lorsqu'ils pèsent la bonne ou mauvaise foi du cocontractant. Dans d'autres cas, la Cour de cassation n'a même pas pris la peine de répondre à la critique exprimée sur l'expérience du preneur, se contentant d'écarter l'examen de la

<sup>&</sup>lt;sup>292</sup> Comp. le destinataire indifférencié de l'information sur la prescription biennale de l'art. R. 112-1 C. assur., civ. 2°, 22 oct. 2015 : n° 14-21.909 ; *Gaz. Pal.* 13-15 déc. 2015, n° 347-349, p. 13, note D. Noguéro ; *RCA* 2016, n° 26, 2° esp., note H. Groutel. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 sept. 2015 : *Bull. civ.* I, n° 14-18.854 ; *RGDA* 2015, p. 516, note M. Bruschi ; *RCA* 2015, n° 323 : «le devoir d'information du prêteur en matière d'assurance bénéficie à tous les emprunteurs, fussent-ils avertis » (ici une SCI).

<sup>&</sup>lt;sup>293</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 4 févr. 2010 : n°s 08-21.367 et 09-10.311, préc. (moyen unique).

bonne ou mauvaise foi. Le pourvoi avançait pourtant que l'assuré « était un homme d'affaires et un investisseur averti qui avait délibérément choisi d'adhérer à un contrat à capital variable en unités de compte avec orientation dynamique », et que la cour d'appel n'avait tenu « compte ni de la personnalité ni de l'expérience »<sup>294</sup>.

On devine le contraste total avec l'orientation nouvelle de la Cour de cassation à partir de mai 2016<sup>295</sup> que nous avons analysée plus haut!

Avec la loi de 2014, les juges pourraient désormais s'emparer de cette distinction profane/averti. Toutefois, il ne paraissait guère sûr que les juges puissent s'évader de la lettre des textes, pour refuser la prorogation du délai à un preneur averti, qui aurait reçu l'information par un autre vecteur que celui résultant du formalisme, simplement en jouant sur l'interprétation de la notion de bonne foi. Depuis 2016, la deuxième chambre civile semble décomplexée car sa perception de l'abus, qui sanctionne la mauvaise foi, est réservée au souscripteur averti, selon nous.

Prospectivement, le législateur pourrait peut-être introduire une distinction, pour les modalités du droit de renonciation, selon que le preneur est une personne profane ou avertie<sup>296</sup>. Il est parfois affirmé que l'on ne saurait faire de différence de traitement entre les souscripteurs et adhérents, car on se heurterait à l'opposition des textes, nationaux et des directives<sup>297</sup>. Première observation, si un texte crée un obstacle, là où il n'a pas de raison d'être, pourquoi ne pas faire évoluer le texte, même si l'entreprise peut s'avérer de longue haleine? À titre de comparaison, l'ordonnance n° 2014-696 du 26 juin 2014 favorisant la contribution de l'assurance vie au financement de l'économie, qui permet au souscripteur de transformer son contrat en euros en contrat euro croissance, lui offre la possibilité, selon certaines modalités, de revenir sur la conversion, donc sur sa manifestation première de volonté, par lettre recommandée avec accusé de réception pendant trente jours calendaires révolus à compter de la date de la demande de conversion (art. 3, I). C'est un retour à la situation contractuelle antérieure qui est alors réalisé. La loi n'a prévu aucune prorogation du délai si

<sup>&</sup>lt;sup>294</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 28 juin 2012 : n° 11-18.207, préc. Encore civ. 2<sup>e</sup>, 28 avr. 2011 : n° 10-16.184, préc. : refus « par principe de se pencher sur la bonne foi du souscripteur averti de plusieurs contrats d'assurance sur la vie ».

<sup>&</sup>lt;sup>295</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.767, préc. Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-12.768, préc. Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016 : n° 15-18.690, préc. et n° 15-18.691, préc.

<sup>&</sup>lt;sup>296</sup> Comp. préférant la voie de la bonne ou mauvaise foi, et la notion d'abus de droit, au cas par cas, plutôt qu'une distinction ignorant/sachant « difficile à mettre en œuvre », L. Mayaux, « Assurance-vie : faut-il distinguer là où la loi ne distingue pas ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Bigot*, LGDJ Lextensoéditions, 2010, p. 281, spéc. p. 291, 297 ; « Renonciation et prorogation en assurance-vie : le couple diabolique », préc., p. 224.

<sup>&</sup>lt;sup>297</sup> Conférence-débat, AIDA, 26 janv. 2015.

l'assureur méconnaissait ses obligations d'information, par la remise d'un document contre récépissé (art. 3, IV) au sujet de cette conversion. Autre observation, si la directive n'impose rien de particulier sur le sujet, le droit national conserve une possibilité d'émancipation pour faire son choix. Sans reprendre les différentes dispositions, on fera quelques incursions.

La directive du 5 novembre 2002<sup>298</sup> contient un Chapitre 4 relatif au droit du contrat et conditions d'assurance. Elle indique en son article 36 sur l'information des preneurs, le contenu de celle-ci, avec en point 4 un renvoi à l'organisation nationale : « Les modalités d'application du présent article et de l'annexe III sont arrêtées par l'État membre de l'engagement ». Surtout, l'article 35 traite spécifiquement du délai de renonciation :

« 1. Chaque État membre prescrit que le preneur d'un contrat d'assurance-vie individuelle dispose d'un délai compris entre quatorze et trente jours à compter du moment à partir duquel le preneur est informé que le contrat est conclu pour renoncer aux effets de ce contrat.

La notification par le preneur de sa renonciation au contrat a pour effet de le libérer pour l'avenir de toute obligation découlant de ce contrat.

Les autres effets juridiques et les conditions de la renonciation sont réglés conformément à la loi applicable au contrat, telle que définie à l'article 31, notamment en ce qui concerne les modalités selon lesquelles le preneur est informé que le contrat est conclu.

2. Les États membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 aux contrats d'une durée égale ou inférieure à six mois, ni, lorsque, en raison de la situation du preneur d'assurance ou des conditions dans lesquelles le contrat est conclu, le preneur n'a pas besoin de bénéficier de cette protection spéciale. Les États membres indiquent dans leur législation les cas dans lesquels le paragraphe 1 ne s'applique pas ».

La seconde dérogation, concernant le preneur ou les conditions de conclusion de la police, n'existait pas dans la deuxième directive assurance-vie de 1990<sup>299</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>298</sup> Directive n° 2002/83/CE du 5 nov. 2002 du Parlement européen et du Conseil concernant l'assurance directe sur la vie. Sur laquelle s'est prononcé, Civ. 2e, 19 mai 2016 : n° 15-12.767, préc. et n° 15-12.768, préc.

<sup>&</sup>lt;sup>299</sup> Directive n° 90-619 du 8 nov. 1990, 2<sup>e</sup> directive, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 79-267 CEE (art. 15).

Dans la directive Solvabilité II de 2009<sup>300</sup>, au sein de la Section 5 sur l'information à destination des preneurs d'assurance, une sous-section 2 est consacrée à l'assurance-vie (art. 183 et suiv.). L'article 185, point 2 j) prévoit une information sur les « modalités d'exercice du droit de renonciation »<sup>301</sup>. L'article 186 porte spécifiquement sur le délai de renonciation. Sa teneur est la suivante :

« 1. Les États membres prévoient que les preneurs d'un contrat d'assurance vie individuelle disposent d'un délai compris entre quatorze et trente jours, à compter du moment où ils sont informés que le contrat est conclu, pour renoncer aux effets de ce contrat.

La notification par les preneurs de leur renonciation au contrat a pour effet de les libérer pour l'avenir de toute obligation découlant de ce contrat.

Les autres effets juridiques et les conditions de la renonciation sont réglés par le droit applicable au contrat, notamment en ce qui concerne les modalités selon lesquelles le preneur est informé que le contrat est conclu.

- 2. Les États membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 dans les cas suivants :
- a) lorsqu'un contrat a une durée égale ou inférieure à six mois ;
- b) lorsque, en raison de la situation du preneur d'assurance ou des conditions dans lesquelles le contrat est conclu, le preneur n'a pas besoin de bénéficier d'une protection spéciale.

Lorsque les États membres font usage de l'option prévue au premier alinéa, ils l'indiquent dans leur législation ».

Les rédactions de 2002 et de 2009 sont fort proches, comme on le constate. On peut observer que si le principe du droit à la renonciation, dans une fourchette de temps pour le délai, est bien prévu, le renvoi aux droits nationaux est explicite pour les modalités. Il faut notamment prévoir comment informer le preneur de la conclusion du contrat qui est le point de départ normal du délai. Quant à la dérogation, outre la courte durée d'un contrat, elle est aussi possible en raison de la situation du preneur d'assurance. Ne peut-on y voir une ouverture afin de moduler, sinon le principe même, du moins les conditions de renonciation, partant la prorogation du délai ?

Par comparaison, la distinction n'est pas totalement absente des textes, au moins de façon implicite. En assurance-vie, pour un contrat d'assurance individuel comportant des valeurs de rachat ou un contrat groupe, avant la conclusion ou l'adhésion, le législateur a réglementé le devoir de conseil à

<sup>&</sup>lt;sup>300</sup> Directive n° 2009/138/CE du 25 nov. 2009 du Parlement européen et du Conseil sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (dite solvabilité II).

<sup>&</sup>lt;sup>301</sup> Comme l'annexe III, A, a.13 de la Directive n° 92-96 du 10 nov. 1992, 3<sup>e</sup> directive, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, et modifiant les directives 79-267 CEE et 90-619 CEE.

l'article L. 132-27-1 du code des assurances<sup>302</sup>. L'alinéa 1<sup>er</sup> du I dispose que l'entreprise d'assurance

« précise les exigences et les besoins exprimés par le souscripteur ou l'adhérent ainsi que les raisons qui motivent le conseil fourni quant à un contrat déterminé. Ces précisions, qui reposent en particulier sur les éléments d'information communiqués par le souscripteur ou l'adhérent concernant sa situation financière et ses objectifs de souscription, sont adaptées à la complexité du contrat d'assurance ou de capitalisation proposé ».

L'alinéa 2 du I ajoute que l'entreprise d'assurance « s'enquiert auprès du souscripteur ou de l'adhérent de ses connaissances et de son expérience en matière financière ». L'alinéa 3 traite de l'obligation de mise en garde à défaut d'obtention des informations de la part du preneur<sup>303</sup>. L'assureur dont l'intervention est subsidiaire n'a pas à remplir cette tâche si un intermédiaire y procède, selon le II, qui prévoit cette substitution<sup>304</sup>. À ce propos, les obligations des intermédiaires devraient se trouver renforcées à l'avenir<sup>305</sup>.

On constate que pour ces produits complexes, le professionnel doit vérifier l'adéquation avec la situation personnelle du client<sup>306</sup>. Pour cela, une collaboration doit s'instaurer. L'éclairage est là, du simple renseignement à l'opinion donnée, pour faciliter le choix du preneur, qui lui appartient personnellement. Dans cette démarche imposée, le professionnel est censé recueillir *a priori* des informations utiles et pertinentes sur le profil exact du client<sup>307</sup>. On pourrait profiter de cette étape précontractuelle pour classifier officiellement les différents preneurs selon leur degré de compétence. Le questionnaire pourrait être au moins une présomption simple de l'appartenance à telle ou telle catégorie d'épargnants. La jurisprudence sur le manquement au devoir général d'information, de conseil<sup>308</sup> ou de mise en garde<sup>309</sup> pourrait être une source utile

<sup>305</sup> Insurance Mediation Directive 2 (IMD2), ou Directive intermédiation assurance (DIA2), rendue publique le 3 juillet 2012, proposition de directive modifiée du Parlement européen et du Conseil SWD (2012) 191 et COM (2012) 360. V. D. Langé, « La révision de la directive européenne sur l'intermédiation en assurance est en marche », RGDA 2014, p. 91. V. Directive 2016/97/CEE du Parlement Européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurance (à transposer au 23 févr. 2018).

<sup>&</sup>lt;sup>302</sup> Créé par l'ordonnance n° 2009-106 du 30 janv. 2009 (art. 3), en vigueur au 1<sup>er</sup> juill. 2010.

<sup>&</sup>lt;sup>303</sup> Sur le support des précisions ou de la mise en garde, art. R. 132-5-1-1, I, C. assur.

<sup>&</sup>lt;sup>304</sup> C. assur., art. L. 520-1, II 2°, et III pour le renvoi à l'art. L. 132-27-1.

 $<sup>^{306}</sup>$  Ex. Com. 27 nov. 2012 : n° 11-22.425, préc. (2nd moyen) : responsabilité écartée de la banque accordant le prêt *in fine*, garanti par l'assurance-vie, au regard du profil avisé des assurés ayant opté pour une gestion à risque.

 $<sup>^{307}</sup>$  Comp. le questionnaire du prestataire de services financiers, com. 22 sept. 2015 : n° 14-21.276. Implic. civ. 2°, 5 févr. 2015 : n° 13-28.468 ; *Gaz. Pal.* 26-28 avr. 2015, n°s 116-118, p. 26, note X. Leducq.

<sup>&</sup>lt;sup>308</sup> Ex. pas de manquement du courtier à son devoir de conseil et pas de vice du consentement, civ. 1<sup>re</sup>, 18 févr. 2003 : n° 99-17.619 préc. (1<sup>er</sup> moyen) : « les engagements de l'adhérent étaient

d'inspiration pour savoir celui qui opte en conscience pour une gestion dynamique ou, au contraire, pour une gestion sécurisée.

Par ailleurs, il peut être tenu compte de la compétence particulière de partenaires de l'assureur à l'occasion. Par exemple, les obligations d'information et de conseil de l'intermédiaire prévues à l'article L. 520-1 du code des assurances ne s'appliquent pas aux grands risques définis par l'article L. 111-6 ou à un traité de réassurance, en vertu de l'article L. 520-2. L'idée d'une information différenciée n'est donc pas tout à fait saugrenue.

Plusieurs options sont ouvertes. Il pourrait être distingué selon que l'assuré est profane ou averti s'agissant du contenu de l'information délivrée, davantage simplifiée et encadrée pour le profane. Mais c'est peut-être une voie périlleuse, et lourde à mettre en œuvre sur le terrain, au-delà de la question de la justesse de classification selon les cas. Il ne faut pas exagérer la difficulté de typologie, même si des problèmes de frontière peuvent exister. En assurance emprunteur, à la suite des rapports prêteur/emprunteur, la jurisprudence a bien réussi à tracer les contours de la personne avertie.

Sans préjudice du conseil personnellement adapté, on pourrait conserver une uniformisation de l'information précontractuelle documentaire. Ce serait la même pour tous, sans distinction. En conservant un contenu informatif identique pour tous, le vecteur de cette information pour le profane pourrait obéir strictement au formalisme, tandis qu'il serait libre pour le preneur averti. Le souscripteur ou l'adhérent averti verrait ainsi son droit de renonciation lié à son information effective quel que soit le support.

Pour la prorogation du délai de renonciation, seul celui qui n'aurait pas été informé correctement pourrait y prétendre. Tel serait le cas pour le profane, si le formalisme n'est pas respecté. Tel serait le cas pour le preneur averti, s'il n'a pas du tout reçu l'information idoine, quel que soit le support utilisé dans ce but, quel que soit le moyen de son information, le support devenant indifférent.

clairement indiqués dans les documents signés par (l'intéressé) qui, ancien élève à la fois de l'École normale supérieure, de l'IEP de Paris et de l'ENA et agrégé de sciences physiques, ne pouvait pas ne pas les comprendre»; « ce dernier avait bénéficié de plusieurs semaines de réflexion sur leur portée, clairement exprimée ».

<sup>309</sup> Ex. civ. 2<sup>e</sup>, 2 avr. 2009 : n° 08-13.285, préc. (2<sup>e</sup> moyen). Civ. 2<sup>e</sup>, 2 avr. 2009 : n° 08-12.114 (client non averti de la banque ; adhésion juill. 1997). Civ. 2<sup>e</sup>, 7 avr. 2009 : n° 08-10.059 ; *Dr. fam.* 2009, n° 80, 1<sup>re</sup> esp., note B. Beignier. Comp. dispense de l'obligation de mise en garde du prestataire de services d'investissement pour le client ayant la qualité d'opérateur averti, com. 10 nov. 2015 : n° 13-21.669 ; *RCA* 2016, n° 57.

La mesure suggérée oblige à introduire une distinction entre les assurés, sans perturber à outrance la commercialisation du produit. La bonne foi est remise à sa place et facile à identifier, intégrant utilement le fondement de la règle plus que son texte. Celui qui dispose de l'information ne peut prétendre à la prorogation du délai comme sanction du formalisme, disposant seulement de trente jours à compter de son information sur la conclusion du contrat. Et pour juger de cette information obtenue, le preneur avisé ne peut se réfugier derrière le formalisme, de mauvaise foi, alors qu'il est parfaitement au courant. En revanche, le preneur profane sera mieux protégé. À l'assureur de soigner le formalisme qui doit être raisonnable, partant peu mouvant et très explicite.

Plutôt que de chercher, en aval, le difficile critère de la mise en œuvre de la bonne foi – y compris en transitant par l'abus –, pour décider de la prolongation du délai de renonciation, suggérons l'introduction, en amont, de la discrimination de protection par le biais du vecteur de l'information. La restauration de la morale dans le contrat d'assurance<sup>310</sup> y gagnerait probablement en efficacité. Au-delà, et bien en amont sur le rivage des difficultés à éviter, veillons peutêtre à ne pas fabriquer des monstres de complexité s'agissant des services financiers, pour revenir à plus de simplicité pour l'épargne et la prévoyance. Les tsunamis des crises financières et économiques devraient servir de leçon de prudence aux concepteurs.

Mai 2016

\_

<sup>&</sup>lt;sup>310</sup> Selon l'expression de G. Durry, « La place de la morale dans le droit du contrat d'assurance », *Risques*, n° 18, avril-juin 1994, p. 47.