

Dossier dirigé par
Bénédicte BURY
Avocat associé
Cabinet
B. Moreau-Avocats
Membre du Conseil
national des barreaux

Le développement considérable passé et à venir de l'assurance-crédit pour garantir le remboursement ou le risque de non-remboursement, plus particulièrement sensible en période de crise économique, appelle à s'intéresser à la nature juridique de l'assurance-crédit pour déterminer le régime juridique qui lui est applicable, à suggérer des pistes de réflexions en envisageant les implications pratiques à l'occasion de la conclusion du contrat et de son exécution (cf. article de Nicolas Leblond, ci-dessous). L'assurance-crédit a en effet vocation à se développer pour couvrir le risque lourd encouru par les entreprises de ne pas être réglées de créances commerciales eu égard à l'importance du crédit inter-entreprises, risque aggravé par la conjoncture économique.

Par ailleurs, l'emprunteur - particulier ou entreprise - doit pouvoir mettre en place un contrat d'assurance garantissant une couverture adaptée aux risques de non-remboursement de crédits. C'est pourquoi le législateur (*) et la jurisprudence (**) recherchent l'équilibre par la détermination des conditions dans lesquelles ces contrats sont conclus puis exécutés, afin de permettre la mise en place de couvertures adaptées de nature à assurer la sécurité attendue et éviter la création de situations de vulnérabilité, la conciliation des intérêts en présence étant délicate (cf. article de Jamel Djoudi, *infra* p. 17).

(*) L. n° 2010-737, 1^{er} juill. 2010, portant réforme du crédit à la consommation, JO 2 juill. 2010.

(**) V. Rapport annuel 2009 de la Cour de cassation, contribution de la deuxième chambre civile intitulée « L'obligation de l'établissement de crédit prêteur d'éclairer son client auquel il propose d'adhérer à une assurance de groupe pour couvrir les risques de décès, invalidité, chômage ».

ÉTUDE 12313

Réflexions sur la nature juridique des assurances du crédit : assurance-emprunteurs et assurance-crédit (*)

L'assurance-crédit constitue une forme particulière d'assurance qui tend à sérieusement concurrencer les sûretés traditionnelles. Cette concurrence est-elle vraiment déplorable ? Ne doit-elle pas plutôt être considérée comme une adaptation judicieuse de la part des créanciers ? La qualification de « sûreté » des assurances du crédit pourrait en effet s'avérer, à plus d'un titre, pertinente.



Nicolas LEBLOND
Maître de conférences
à l'université
d'Évry-Val d'Essonne
Centre Léon Duguit

L'octroi du crédit est conditionné à la confiance de celui qui l'accorde et donc, à l'assurance qu'il peut avoir d'être payé à l'échéance (1). On sait que, face aux difficultés que les sûretés traditionnelles rencontrent, les créanciers se tournent vers l'assurance, entendue cette fois dans son acception juridique et plus particulièrement, vers l'assurance-emprunteurs et l'assu-

rance-crédit. Si les deux peuvent recevoir la qualification générale d'assurances du crédit, l'assurance offerte aux créanciers ne procède pas des mêmes techniques. Par l'assurance-emprunteurs, qu'elle soit individuelle ou collective, sont garantis directement les risques de décès, d'incapacité, d'invalidité voire de chômage de l'emprunteur, mais indirectement, par une stipulation pour autrui au profit du prêteur, le remboursement du crédit en cas de sinistre. Par l'assurance-crédit (2), l'impayé est directement garanti, le risque couvert étant la défaillance des clients de l'assuré. Dans la pratique, il semblerait que ces assurances, à défaut de les supplanter, concurrencent fortement les sûretés traditionnelles. Mais peut-on vraiment parler de concurrence ? Ne pourrait-on pas y voir plutôt

(*) Cette étude est une synthèse de la seconde partie de notre thèse *Assurances et sûretés* (Paris II, 2007), que nous tenons à la disposition des lecteurs dans sa version électronique : nicolas.leblond@univ-evry.fr.

(1) L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière* : Defrénois, 4^e éd. 2009, n° 1.

(2) Sur cette assurance, v. notre article « Une sûreté méconnue : l'assurance-crédit » : RLDC, juill. 2009, à paraître.

une nouvelle adaptation dont le droit des sûretés est coutumier et ainsi, considérer que ces assurances sont, pour des créanciers échaudés, de nouvelles sûretés ? La question n'est pas que théorique tant ces assurances ont aujourd'hui un rôle central. De fait, il n'est quasiment plus un seul crédit, immobilier au moins, pour lequel il n'est exigé de l'emprunteur qu'il présente une assurance. De fait encore, c'est un quart du crédit inter-entreprise qui est couvert par l'assurance-crédit, ce qui permet de comprendre la nécessité, en période de crise, de préserver le recours à cette assurance, voire de l'encourager ⁽³⁾.

La question est alors posée de savoir si le droit peut appréhender les assurances du crédit comme elles sont pratiquées ; autrement dit si l'on peut qualifier juridiquement les assurances du crédit de sûretés. La réponse théorique est certainement affirmative, dont les implications pratiques éclairent le régime de ces assurances.

I. LA QUALIFICATION DE SÛRETÉ DES ASSURANCES DU CRÉDIT

La qualification de sûreté n'est pas exclusive d'une autre qualification car la notion de sûreté n'est pas une qualification contractuelle. Elle est une catégorie, qu'on sait ouverte depuis la réforme de 2006, qui rassemble des contrats en fonction de leur objet que constitue la prise en charge de l'impayé, réalisé selon des procédés d'affectation spécifiques à chacun, qui s'ajoutent au rapport de créance initial. Or, qu'il s'agisse de l'assurance-emprunteurs ou de l'assurance-crédit, il est certain qu'elles ont pour finalité de préserver le créancier du risque d'impayé ⁽⁴⁾. Mais, elles le font chacune en recourant à des techniques différentes. Aussi, si toutes les deux peuvent recevoir la qualification de sûreté, cette différence doit conduire à proposer des rapprochements différents. Alors que l'assurance-emprunteurs peut être rapprochée des sûretés réelles, l'assurance-crédit doit l'être du cautionnement.

A. L'assurance-emprunteurs, une sûreté réelle

Lorsque le rapprochement de l'assurance-emprunteurs avec les sûretés est évoqué, c'est soit pour lui dénier cette qualification ⁽⁵⁾, soit pour retenir celle de sûreté personnelle ⁽⁶⁾.

(3) <http://mediateurducredit.e-catalogues.info/>, p. 84. Sur ces questions, v. notre art., préc.

(4) Comp. l'éclairante rédaction de l'art. L. 312-9 du C. consom. qui définit l'assurance-emprunteurs comme celle souscrite « en vue de garantir en cas de survenance d'un des risques que ce contrat définit, soit le remboursement (...) du prêt, soit le paiement (...) des échéances (...) ».

(5) J. Kullmann in *Traité de droit des assurances*, T. 4 : *Les assurances de personnes*, LGDJ, 2007, dir. J. Bigot, n° 978.

(6) D. Legeais, Les garanties conventionnelles sur créances : *Économica*, 1986, n° 301 ; G. Courtieu, « Assurance des emprunteurs. Garanties collectives et situations personnelles » : *RCA*, mars 2009, p. 45, et « Assurances des emprunteurs : la Cour suprême met les banques en demeure » : *RCA* 2007, étude n° 8 ; D. Villani, « La stipulation pour autrui comme moyen de paiement » : *RGDA* 1997, 429.

Selon les partisans de la première position, l'assurance-emprunteurs ne peut pas être qualifiée de sûreté, d'abord, parce qu'elle n'est pas prévue par le Code civil ; parce que, ensuite, elle ne donne pas lieu à l'établissement d'un classement ; parce que, enfin, elle ne serait pas un accessoire de la créance de remboursement du prêt, l'éventuelle dépendance pouvant exister entre elles étant le résultat de la volonté des parties et non de la loi.

« Alors que l'assurance-emprunteurs peut être rapprochée des sûretés réelles, l'assurance-crédit doit l'être du cautionnement »

Le premier argument est inopérant dès lors que la sûreté, en tant que technique, se définit par ses caractères ; en outre, il est de nombreuses sûretés prévues par d'autres codes que le Code civil. La reconnaissance des situations d'exclusivité, par définition étrangères à la notion de concours, que sont la clause de réserve de propriété et la fiducie au rang des sûretés suffit à écarter le deuxième argument. Quant au troisième, on pourrait d'abord répondre que le caractère accessoire de l'assurance-emprunteur est explicitement envisagé par l'article L. 312-9 du Code de la consommation. Mais à vrai dire, peu importe ! En tant que notion fonctionnelle, l'accessoire de la créance est indépendant de sa source ⁽⁷⁾. Seul importe qu'à la créance, soit affecté un droit supplémentaire et complémentaire en ce sens que l'accessoire permet l'exécution de la créance. Or, s'agissant de l'assurance-emprunteur, nul doute qu'elle offre au prêteur un droit supplémentaire à la créance de remboursement sur l'indemnité due par l'assureur, même s'il n'est encore qu'éventuel ⁽⁸⁾. En outre, la garantie offerte à l'assureur résulte de la stipulation pour autrui faite à son profit par l'emprunteur assuré et aucune autre raison que le remboursement du crédit consenti n'explique cette stipulation. Dira-t-on que cette raison se trouve dans le souci de permettre à l'emprunteur ou à sa succession, en dépit d'un sinistre, de rembourser sa dette, qu'on pourra répondre que, pour atteindre ce résultat, il eût suffi à l'emprunteur de se désigner bénéficiaire ou ses héritiers. La stipulation pour autrui ne trouve donc pas ici d'autre fondement que de prémunir le prêteur contre le risque de défaillance de l'emprunteur, en lui garantissant un paiement ⁽⁹⁾. Il faut donc en conclure que l'assurance-emprunteur est un accessoire du prêt et, plus loin, une sûreté puisqu'il s'agit bien d'un droit supplémentaire au droit de créance, destiné à satisfaire le créancier, grâce au mécanisme de l'affectation. Reste à déterminer la nature de cette affectation.

(7) G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé* : LGDJ, 1969, n° 20.

(8) *Ibid.*, n° 327.

(9) *Ibid.*, n° 328.

Il est tentant de déduire de l'existence de la stipulation pour autrui que l'assurance-emprunteurs est une sûreté personnelle, l'assureur devenant le débiteur du créancier. Cependant, cette proposition se concentre sur l'indemnité, oubliant que celle-ci ne se conçoit qu'en rapport au risque qu'elle a vocation à compenser, qui se situe ici en la personne du débiteur. De la sorte, le paiement que l'assureur effectuera envers le prêteur n'est pas le résultat, à l'égard du second, d'un engagement du premier de payer ce que doit l'emprunteur. Il est le résultat d'un engagement pris envers le débiteur de préserver la valeur associée dans son patrimoine à l'absence de sinistre et qui, par le truchement de la stipulation pour autrui, est orientée vers le prêteur. En réalité, par son assurance, l'emprunteur affecte à la garantie de son prêteur une valeur, celle de son risque, exactement comme dans les sûretés réelles. Mais à la différence de ce que permet le nantissement d'assurance-vie, c'est ici directement le contrat d'assurance qui réalise cette affectation. Le fait que l'assurance soit, par hypothèse, mise en œuvre en l'absence de défaillance de paiement n'est pas un obstacle à la qualification de sûreté réelle car le caractère subsidiaire n'est pas de l'essence des sûretés, ce que démontrent les garanties autonomes. Rien ne s'oppose donc à ce que l'assurance-emprunteurs soit qualifiée de sûreté réelle. Il en est de même en ce qui concerne la qualification de cautionnement de l'assurance-crédit.

B. L'assurance-crédit, un cautionnement

La qualification juridique de l'assurance-crédit a toujours été source de difficulté. On a d'abord contesté sa nature d'assurance au motif que la créance impayée n'est pas, de ce seul fait, une créance perdue, de sorte que l'assureur qui indemniserait son assuré ne prendrait pas en charge un dommage définitif. Selon cette thèse, la seule garantie de l'impayé qui pourrait recevoir la qualification d'assurance serait celle qui reporterait l'intervention de l'assureur au moment ultime où le créancier perd la toute dernière chance de récupérer sa créance ou le solde restant dû. C'est certainement cette conception de l'assurance-crédit qui a présidé à son exclusion du champ d'application des dispositions de la loi du 13 juillet 1930 par son article 1^{er}, que l'on retrouve désormais à l'article L. 111-1 du Code des assurances. On sait, depuis les travaux de Marcel Fontaine, ce qu'il faut penser de cette thèse ⁽¹⁰⁾. Mais cet auteur est allé plus loin considérant que l'assurance-crédit, en dépit de sa proximité avec le cautionnement – engagement d'un tiers de payer le créancier en cas de défaillance de son débiteur –, ne peut y être assimilée. Depuis, la quasi-unanimité de la doctrine se range aux arguments développés par M. Fontaine ⁽¹¹⁾.

“ Assurance-crédit et caution ont encore en commun d'être des espèces du genre des garanties ”

Les arguments avancés tiennent à la différence des caractères des deux garanties. Si le cautionnement est un contrat unilatéral et accessoire, l'assurance-crédit serait mise en œuvre par un contrat synallagmatique et principal puisque l'engagement de l'assureur ne dépendrait pas de la créance garantie. Surtout, même dans l'hypothèse où la caution serait rémunérée, une différence existerait encore avec l'assurance-crédit qui résiderait dans la personne qui rémunère le garant : le débiteur dans le cautionnement, le créancier dans l'assurance-crédit. C'est même là, selon MM. Simler et François, que se situe la clé de distinction : si la caution est rémunérée par le créancier, le contrat deviendrait une assurance-crédit car l'assureur s'obligerait en fait à une obligation nouvelle consistant à indemniser le créancier et non à payer la dette du débiteur à l'instar d'une caution. Le caractère accessoire serait alors perdu, ce dont certains auteurs déduisent que l'assureur, contrairement à la caution, ne pourrait pas opposer au créancier les exceptions tirées de la créance garantie ⁽¹²⁾.

Ces arguments peuvent cependant être réfutés. Concernant d'abord l'absence de caractère accessoire de l'assurance-crédit, il faut se souvenir que l'impayé constitue, au sens juridique du terme, un risque, c'est-à-dire une éventualité dommageable, et cette circonstance se retrouve à l'identique dans le cautionnement et l'assurance-crédit. Or, ce risque d'impayé ne peut pas être réduit à l'absence de paiement, il faut en plus que ce défaut de paiement soit illégitime car, sinon, l'impayé est justifié et aucune conséquence dommageable n'affecte le patrimoine du créancier. De cela, on peut déduire que l'assurance-crédit comme le cautionnement sont accessoires à la créance puisqu'elles perdent leur raison d'être en cas d'absence ou de disparition du risque d'impayé ⁽¹³⁾. On peut alors parfaitement comprendre que, si le débiteur justifie d'une exception qui le dispense de payer, le risque couvert n'étant pas réalisé, l'assurance-crédit comme la caution peuvent l'opposer au créancier.

Ensuite, s'agissant de l'argument de l'altérité de dette de l'assureur par rapport à celle du débiteur, qui s'opposerait à l'identité de dette entre celui-ci et la caution, il ne convainc pas plus. En effet, assurance-crédit et caution ont encore en commun d'être des espèces du genre des garanties. Or, toutes les garanties ont pour objet le transfert de la charge

s. ; J. François, *Les sûretés personnelles* : Économica, 2004, n° 15 ; Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés* : Éd. Panthéon-Assas, 2005, nos 426 et s. ; M. Denis-Linton, *L'assurance-crédit en droit interne* : th. Paris I, 1978, n° 77 ; M. Cabrillac, Ch. Mouly et alii, *Droit des sûretés*, Litec, 8^e éd. 2007, nos 430 et s., sont moins catégoriques, qui rangent l'assurance-crédit dans les sûretés indépendantes.

(12) L. Aynès et P. Crocq, *ibid. loc. cit.*

(13) En ce sens, J. François, *préc.* n° 15 ; Ch. Juillet, *préc.* n° 354 et s.

(10) M. Fontaine, *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, th. Bruxelles, 1966, nos 19, 48 et s. Pour un résumé, notre thèse *préc.* nos 899 et s.

(11) L. Aynès et P. Crocq, *préc.*, n° 124 ; Ph. Simler, *op. cit.*, n° 26 ; A.-S. Barthez et D. Hourcief, *Les sûretés personnelles* : LGDJ 2010, nos 272 et

d'une éventualité dommageable au garant. Partant, toutes les garanties font naître une obligation nouvelle envers le garant qui consiste à faire sienne une charge qui pèse originellement sur un autre. Avancerait-on pour contrer la proposition que l'assureur-crédit peut être amené à payer plus que le montant de la créance, ce qui n'est pas le cas de la caution, que ce ne serait pas dirimant. Cette circonstance montre seulement que l'assurance-crédit a une appréhension plus complète du risque d'impayé, qui ne se contente pas de prendre en charge la perte de la créance comme le fait le cautionnement, mais couvre aussi les autres conséquences dommageables de l'impayé que sont, notamment, les frais de poursuite.

“ La proposition de qualifier l'assurance-crédit de cautionnement, comme de celle de qualifier l'assurance-emprunteurs de sûreté réelle, n'est pas purement théorique car des implications pratiques peuvent en être déduites ”

Enfin, quant à l'argument clé de la personne qui prend en charge la rémunération du garant, il est paradoxal. Il revient à soutenir que selon la personne sur laquelle pèse la charge de la rémunération, un contrat principal devient un contrat accessoire et inversement. Il revient encore à considérer que le contrat qui fait naître à la charge du garant une dette propre est en définitive un contrat qui permet au garant de faire sienne la dette d'un tiers. Or, on ne voit pas en quoi la personne qui rémunère le garant peut avoir une incidence sur le caractère accessoire ou sur l'objet de son obligation, qui comme on l'a dit, est identique dans toutes les garanties. Paradoxalement, l'argument semble donc révéler l'identité du cautionnement et de l'assurance-crédit, avec une différence cependant. Dès lors que l'impayé est un risque assurable, le cautionnement offert par l'assureur l'est sous forme de contrat d'assurance. La proposition de qualifier l'assurance-crédit de cautionnement, comme de celle de qualifier l'assurance-emprunteurs de sûreté réelle, n'est pas purement théorique car des implications pratiques peuvent en être déduites.

II. LES IMPLICATIONS PRATIQUES DE LA QUALIFICATION DE SÛRETÉS DES ASSURANCES DU CRÉDIT

Pour résumer l'apport pratique des qualifications qui viennent d'être proposées, il serait possible de dire qu'elles permettent de donner de la cohérence aux régimes des assurances du crédit, ce qui est important, la cohérence étant source de lisibilité et donc, de sécurité. Sans exposer la totalité des régimes de l'assurance-emprunteurs et de l'assurance-crédit, ce qui est largement fait dans les autres contributions de ce dossier, nous exposerons les princi-

paux aspects sur lesquels la qualification de sûreté de l'assurance-emprunteurs puis de l'assurance-crédit a des implications ⁽¹⁴⁾.

A. Implications pratiques en matière d'assurance-emprunteurs

La qualification de sûreté réelle de l'assurance-emprunteurs permet, en tout premier lieu, d'expliquer une originalité du régime de cette assurance : le paiement obligatoire des primes ⁽¹⁵⁾, alors qu'en assurance de personnes, le principe est le caractère facultatif du paiement des primes ⁽¹⁶⁾. Dès lors que l'assurance-emprunteur est une sûreté réelle, par laquelle la valeur du risque couru par l'emprunteur est affectée à la garantie du prêteur, il est nécessaire que cette valeur soit constituée, ce que permet le caractère obligatoire du paiement des primes. Encore qu'il faille préciser que ce caractère n'est affirmé que pour les assurances collectives. Or, on sait que l'emprunteur peut parfois présenter une autre assurance que celle que lui propose son prêteur et rien n'empêche que cette autre assurance soit individuelle. Ici, la qualification de sûreté réelle pourrait alors constituer le fondement de l'affirmation d'une exception au caractère facultatif du paiement des primes, dans les relations du prêteur et de l'emprunteur. La qualification de sûreté réelle permettrait ainsi, en cas de non-paiement des primes d'assurances par l'emprunteur, de faire application de l'article 1188 du Code civil, permettant au prêteur de prononcer la déchéance du terme, même en l'absence de clause en ce sens dans le contrat de prêt.

S'agissant de la déchéance du terme, on peut d'ailleurs considérer que la qualification de sûreté réelle de l'assurance-emprunteurs permet de porter un regard critique sur la solution retenue quant à l'effet sur l'assurance de la déchéance du terme du prêt. On sait, depuis un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 18 janvier 2000 ⁽¹⁷⁾, dont la solution a été depuis reprise ⁽¹⁸⁾, que la déchéance du terme du prêt garanti par une assurance-emprunteurs n'emporte pas, du seul fait de l'exigibilité immédiate de la créance de remboursement, l'extinction du contrat d'assurance, seule une clause en ce sens dans le contrat le pouvant. En tant que sûreté, l'assurance des emprunteurs est affectée à la garantie du remboursement de la dette principale. Or, en matière de crédit, ce n'est pas parce que le terme est relevé que la dette de remboursement n'existe plus : l'obligation de rembourser demeure, seule une de ses modalités est modifiée. Si l'obligation de remboursement subsiste, la sûreté qui la

(14) Pour une étude plus complète de ces implications, v. notre thèse préc.

(15) C. assur., art. L. 141-3.

(16) *Ibid.* art. L. 132-20.

(17) Cass. 1^{re} civ., 18 janv. 2000, n° 97-17847 : Defrénois 2000, p. 731, note D. Mazeaud ; RGDA 2000. 159, note J. Kullmann ; RCA 2000, chr. 8 par P. Vaillier.

(18) En dernier lieu : Cass. 2^e civ., 9 juill. 2009, n° 08-14504 : RCA 2009, comm. 333, obs. H. Groutel ; RGDA 2009. 1203, note S. Abravanel-Jolly.

garantit doit persister. Et même à analyser la déchéance du terme en une résiliation du contrat de prêt, une dette de restitution demeurerait qui justifie, selon la jurisprudence, que la sûreté constituée subsiste afin d'en garantir l'exécution⁽¹⁹⁾. Cette solution est justifiée car la sûreté constituée n'a pas tant pour objet de garantir l'exécution du contrat de prêt que de garantir le remboursement des sommes avancées. Pour ces raisons, on peut penser que la clause qui prévoit la fin de la garantie d'assurance est abusive⁽²⁰⁾ car contraire à la nature de sûreté de l'assurance-emprunteur.

“ Cette rationalisation du régime de l'assurance grâce à la qualification de sûreté, se retrouve aussi en ce qui concerne l'assurance-crédit ”

Un même regard critique peut d'ailleurs être porté, grâce à la qualification de sûreté de l'assurance-emprunteur, sur la clause qui prévoit la déchéance de la garantie en cas de retard dans la déclaration du sinistre comme le permet l'article L. 113-2 4° du Code des assurances, dès lors que l'assureur peut prouver que le retard dans la déclaration lui cause un préjudice. En matière d'assurance-emprunteurs, deux arrêts récents démontrent que les assureurs ne se privent pas de la possibilité qui leur est offerte⁽²¹⁾. Cependant, en assurance-emprunteurs, le risque en définitive garanti est le remboursement du crédit à partir de l'instant où le risque immédiatement pris en charge par l'assurance est réalisé. La dette de l'assureur est ainsi déterminée en référence à ce que l'assuré reste devoir rembourser au jour du sinistre au prêteur, ni plus, ni moins. Ce n'est là, on le voit, que la conséquence de la fonction de sûreté de l'assurance-emprunteurs. Un retard dans la déclaration du sinistre ne modifie pas cet état de fait, ce qui rend impossible la caractérisation par l'assureur d'un préjudice qu'il subirait du fait d'un retard dans la déclaration du sinistre. Ici, plus qu'être abusive, la clause semble donc sans objet du fait de la nature de sûreté de l'assurance-emprunteur. Par ailleurs, la qualification de sûreté de l'assurance-emprunteur pourrait servir de justification à l'obligation à la charge du prêteur ayant connaissance d'un sinistre de le déclarer à l'assureur et non simplement d'assister l'emprunteur dans cette déclaration⁽²²⁾. De fait, l'assurance-emprunteur étant une sûreté pour le prêteur, c'est en définitive son risque qu'elle garantit et on peut alors légitimement considérer que c'est à lui que revient la charge de la mettre en œuvre.

(19) Cass. 1^{re} civ., 29 oct. 2002, Bull. civ. I, n° 251.

(20) Opinion que semblent partager M^{me} Abravanel-Jolly à la fin de sa note préc. et J. Kullmann, sous Cass. 2^e civ., 8 sept. 2005 : RGDA 2005. 977.

(21) Cass. 2^e civ., 7 mai 2009, n° 08-11391, et 11 juin 2009, n° 08-18778.

(22) Cass. 2^e civ., 2 oct. 2008, n° 06-15426 : RGDA 2009, 217, note S. Abravanel-Jolly.

Au-delà de ces quelques exemples, choisis en raison de leur relative actualité, la qualification de sûreté offrirait encore une clé de compréhension, et donc de rationalisation, des obligations de conseil du prêteur, tant à l'égard de l'emprunteur que des tiers, des effets de la mise en œuvre de l'assurance qui permet d'éteindre la dette de remboursement dès la date du sinistre⁽²³⁾, ou encore de la découverte d'un double point de départ de la prescription de l'action en paiement de l'assuré contre l'assureur⁽²⁴⁾... Cette rationalisation du régime de l'assurance grâce à la qualification de sûreté, se retrouve aussi en ce qui concerne l'assurance-crédit.

B. Implications pratiques en matière d'assurance-crédit

On sait que l'assurance-crédit est, sauf exception énoncées par l'article L. 111-1 du Code des assurances, exclue du domaine de celui-ci, de sorte qu'il faut organiser conventionnellement le régime de la garantie et, à défaut, revenir au droit commun, ce qui peut être source de difficultés. La qualification de cautionnement présenterait alors l'avantage d'offrir un guide de solutions. Ayant déjà exposé de façon détaillée le régime de cette assurance dans d'autres colonnes⁽²⁵⁾, nous n'insisterons, ici encore, que sur les aspects les plus saillants.

“ La qualification de cautionnement aurait aussi pour conséquence de permettre aux assureurs-crédit d'invoquer les dispositions du droit des entreprises en difficulté ”

L'assurance-crédit ayant un caractère accessoire, il faut accepter, contrairement à ce que la Cour de cassation a pu retenir⁽²⁶⁾, que sa garantie se transmet en même temps que la créance. Et le caractère global de l'assurance n'est pas de nature à justifier la solution contraire car le risque d'impayé ne se détermine que créance par créance. La pratique l'a d'ailleurs compris, qui organise la transmission accessoire de la garantie, mais par des procédés (cession de créance, délégation) qui nécessitent l'accord de l'assureur.

La qualification de cautionnement aurait aussi pour conséquence de permettre aux assureurs-crédit d'invoquer les

(23) Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 1995, n° 93-15309 : RGDA 1996. 410, note J. Kullmann ; D. 1996, jur. p. 436, note M. Billiau ; Defrénois 1996, p. 750, obs. Ph. Delebecque. V. aussi H. Groutel, « Le droit de ne pas payer ses dettes », RCA 1995, chr. n° 45. Solution confirmée par Cass. 1^{re} civ., 12 mars 2002, RGDA 2002. 429, note L. Mayaux ; Defrénois 2003, art. 37697, note M. Sénéchal. Sur cette question, v. notre thèse préc. n°s 1250 et s.

(24) Notre thèse, préc. n°s 1230 et s.

(25) V. n. thèse et notre art. préc.

(26) Cass. com., 25 févr. 1992, n° 90-14707 : D. 1992, jur. p. 349, note Ch. Gavalda.

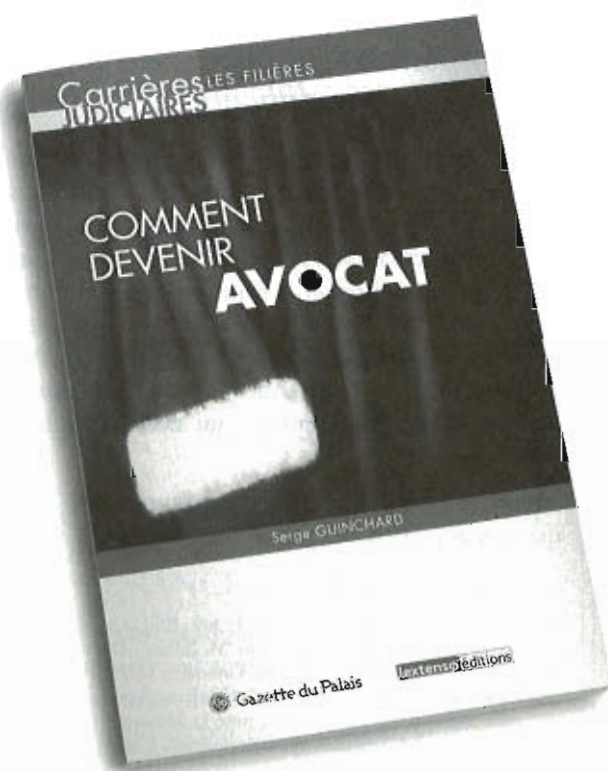
dispositions du droit des entreprises en difficulté qui évoquent les garants sans distinguer selon qu'ils sont personnes physiques ou morales ainsi que le défaut de déclaration de la créance par l'assuré en invoquant l'article 2314 du Code civil.

Surtout, la qualification de cautionnement permettrait de rationaliser les recours ouverts à l'assureur-crédit *solvens*. Certes, l'article 22 de la loi du 11 juillet 1972 lui reconnaît un recours subrogatoire, mais sa rédaction est telle qu'elle laisse penser que ce recours ne lui est ouvert que s'il a indemnisé son assuré, ce qui explique peut-être les réticences à admettre la transmission accessoire de la garan-

tie. L'application de l'article 2306 du Code civil permettrait de contourner l'obstacle. Plus loin, l'application du droit du cautionnement permet de penser que, lors de ce recours, l'assureur devra passer après son assuré, faute de quoi la sécurité promise serait diminuée, et qu'il devra diviser ses poursuites contre les éventuels autres cofidés-jusieurs car, la nature de leur engagement étant semblable, aucune hiérarchie ne peut exister entre eux.

Quoique trop rapide, cette évocation des implications pratiques de la qualification de sûreté des assurances du crédit montre certainement qu'il ne faut pas écarter trop rapidement la question de leur nature juridique. ●

Vient de paraître



Dans la nouvelle
collection
Carrières judiciaires

**COMMENT DEVENIR
AVOCAT**

Serge Guinchard

 Gazette du Palais **lextenso éditions**

Disponible
sur **Librairie
Lgdj.fr**

www.lgdj.fr

GZP

L'obligation d'éclairer l'assuré sur l'inadaptation de la garantie à sa situation personnelle

L'obligation du banquier d'éclairer l'adhérent à un contrat d'assurance de groupe a connu, ces dernières années, un renforcement afin de mieux préserver l'équilibre contractuel et de protéger les intérêts de l'emprunteur.



Par **Jamel DJOUDI**
Maître de conférences
Membre du laboratoire
LIEN-IDP de Valenciennes

Aujourd'hui, le banquier ne manque pas de missions dont les objectifs sont ouvertement protecteurs de ses cocontractants ou de l'intérêt général. En plus de sa mission de police bancaire, de « gardien » des intérêts de l'emprunteur profane et « d'assainisseur » financier de tout prétendant à un crédit, il doit représenter également « la lumière » qui manquera à l'adhérent à un

contrat d'assurance de groupe. On ne peut s'étonner d'une telle sollicitation dans la mesure où le banquier est au centre de mécanismes contractuels complexes et sans doute justifiés par l'évolution des besoins, mais néanmoins peu visibles pour ses cocontractants qui n'ont pas nécessairement vocation à appréhender aussi aisément les subtilités techniques. L'obligation d'éclairer l'assuré vient ainsi préserver l'équilibre contractuel en obligeant le banquier à aider son cocontractant à mieux préserver ses intérêts. Elle est une nécessité pour apporter plus d'accessibilité de l'adhérent au contrat d'assurance de groupe, dont la complexité ne peut être surmontée par une simple information documentaire (I). Mais elle est surtout réellement protectrice des intérêts de l'assuré, du moins si on y voit la conjonction d'une mise en garde et d'un conseil (II).

I. JUSTIFICATION DE L'OBLIGATION D'ÉCLAIRER L'ASSURÉ

Malgré la complexité du contrat d'assurance de groupe et des garanties proposées (A), l'information exigée demeure purement documentaire, sans aucune considération de la personne de l'assuré (B). L'intérêt d'une obligation d'éclairer l'assuré en sort ainsi renforcé.

A. La complexité du contrat d'assurance de groupe et des garanties

L'obligation d'éclairer l'assuré tient sa légitimité de la complexité et de l'importance de l'assurance de groupe, qui se définit comme « un contrat souscrit par une personne morale ou un chef d'entreprise en vue de l'adhésion d'un ensemble de personnes répondant à des conditions définies au contrat, pour la couverture des risques dépendant de la durée de la

vie humaine, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ou du risque de chômage. Les adhérents doivent avoir un lien de même nature avec le souscripteur ». On perçoit vite que l'assurance de groupe s'apparente plutôt à une assurance de personne, tant les risques couverts sont essentiellement liés à la vie et à l'intégrité physique de l'assuré. Son objectif est d'assurer la bonne exécution du prêt en dépit des aléas de la vie tels que le décès, l'incapacité totale ou temporaire, la perte de revenus due à une invalidité ou la perte d'emploi (1).

“ *Le souci de préserver un minimum d'équilibre contractuel exige que le banquier éclaire l'assuré...* ”

Une première complexité vient de sa structure standardisée et inadaptée aux besoins individualisés. L'assurance de groupe implique une relation triangulaire entre l'assureur, le souscripteur du contrat collectif et l'adhérent. S'agit-il d'un groupe de contrats, d'un sous-contrat ou d'une opération juridique à trois personnes créatrice de liens obligatoires triangulaires ? On a pu y voir une forme de stipulation pour autrui dont l'assureur serait le promettant qui s'engage, envers le souscripteur, à proposer aux adhérents une assurance conforme aux conditions établies entre eux (2). Une telle qualification ne représente pas vraiment le contrat d'assurance de groupe dans la mesure où l'assureur, censé être le promettant, ne verse pas les prestations à l'emprunteur assuré et sinistré, mais au prêteur qui aurait pourtant stipulé l'assurance de groupe. On comprend alors pourquoi la Cour de cassation considère l'établissement de crédit, non pas comme un stipulant, mais comme le bénéficiaire du contrat d'assurance auquel l'emprunteur a donné son adhésion et en vertu duquel l'assureur doit, en cas de sinistre, se substituer à lui pour le remboursement du solde des prêts garantis (3).

En réalité, le mécanisme du contrat d'assurance de groupe s'accommode peu des figures contractuelles éprouvées. Il peut représenter une assurance pour compte, un groupe de contrats liés par une cause commune, à savoir la cou-

(1) « La vulnérabilité de l'emprunteur/assuré », Rapport annuel de la Cour de cassation 2009.

(2) Rapport annuel de la Cour de cassation 1986, p. 198.

(3) Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 1995 : Bull. civ. 1995. I, n° 404.

verture des risques susceptibles d'affecter le bon déroulement du contrat de prêt, un mandat, un contrat-cadre ⁽⁴⁾ ou tout simplement une assurance sur la tête d'autrui avec une double stipulation pour autrui inversée : en souscrivant le contrat d'assurance de groupe, le banquier stipule au profit de l'emprunteur et, en adhérant à ce contrat, l'emprunteur restitue au banquier le droit stipulé à son profit. C'est ainsi que le banquier et l'emprunteur inversent leur rang de bénéficiaire par une double stipulation inversée, tandis que l'assureur demeure débiteur des prestations stipulées au profit de l'emprunteur et finalement destinées au prêteur ⁽⁵⁾.

Mais cette structure contractuelle témoigne alors de l'incapacité de l'assuré à maîtriser le contrat d'assurance souscrit à son profit et destiné finalement à protéger le prêteur contre les incidents d'exécution du prêt liés aux aléas de sa vie. L'emprunteur ne fait qu'adhérer à un contrat négocié pour un ensemble inconnu de personnes. Il accepte des clauses standards, établies à l'avance et non pas adaptées à sa situation personnelle ou à ses propres besoins. Dans ces conditions, le souci de préserver un minimum d'équilibre contractuel et de réduire les conséquences d'une adhésion à une situation contractuelle préétablie exigent que le banquier, stipulant et bénéficiaire de l'assurance, éclaire les emprunteurs sur l'adéquation des risques couverts à leur situation personnelle. C'est bien le banquier qui a négocié les risques couverts par l'assurance de groupe en tenant compte des catégories des futurs assurés. C'est à lui alors d'aider l'assuré adhérent à déchiffrer les informations fournies et préalablement négociées avec l'assureur. Une telle obligation d'éclairer l'assuré est d'autant plus nécessaire que les garanties offertes ne brillent pas par leur clarté. Elles sont complexes et peu lisibles.

A priori, les garanties de base des contrats d'assurance de groupe semblent lisibles pour le plus profane des assurés. Qui ne comprendrait pas une garantie « décès », « invalidité absolue et définitive » ou « perte totale et irréversible d'autonomie », ou encore, une garantie « invalidité partielle », « incapacité temporaire de travail » ou « chômage » ? Mais ce n'est qu'une apparence de clarté. En effet, les garanties de l'invalidité et de l'incapacité, qui sont d'ailleurs les sources principales du contentieux en la matière, sont d'une telle imprécision que le plus averti se perdrait dans leurs interprétations. Elles peuvent viser « l'invalidité permanente », « l'invalidité totale », « l'invalidité permanente absolue », ou encore « l'invalidité absolue définitive ». Faut-il alors distinguer ou confondre « l'invalidité permanente » et « l'invalidité totale » ? Y a-t-il une différence entre « l'invalidité permanente absolue » et « l'invalidité absolue définitive » ? Certes, on peut toujours distinguer la garantie « invalidité absolue définitive » des

autres garanties invalidité et incapacité qui s'en distinguent dans la mesure où elles ne mettent pas l'assuré dans l'impossibilité de se livrer à une quelconque activité. Une obligation d'éclairer l'assuré sur une telle garantie ne semble pas, *a priori*, nécessaire. Cependant, la clarté de la garantie « invalidité absolue définitive » n'est que relative car l'assuré peut légitimement croire qu'il s'agit d'une impossibilité de se livrer à sa propre activité professionnelle. Par ailleurs, la garantie du risque « invalidité » peut être subordonnée à des facteurs extérieurs, tels que la décision de classement de l'organisme de sécurité sociale ou la perception par l'assuré des prestations maladie ou invalidité.

“ *L'obligation d'éclairer l'assuré s'impose comme une nécessité, surtout si elle permet de compenser l'insuffisance de l'obligation formelle d'information* ”

Et c'est sans doute le caractère vague, fluctuant, voire obscur ⁽⁶⁾ de ces garanties qui permet souvent à l'assureur de trouver une porte de sortie pour ne pas couvrir le risque assuré, du moins aux yeux de l'emprunteur. Ces formules, aussi identiques que différentes et vagues, sont naturellement des sources parfaites d'erreurs et de méprises, surtout pour des emprunteurs souvent confrontés pour la première fois à cette terminologie technique. L'obligation d'éclairer l'emprunteur est alors d'autant plus justifiée que, d'une part, ces garanties ne couvrent généralement que les cas les plus graves et les plus avérés d'invalidité, celle qui met l'assuré dans une dépendance absolue ou plutôt dans « l'impossibilité de se livrer à la moindre occupation », d'autre part, une erreur sur la portée de ces garanties peut mettre l'assuré dans une situation financière et personnelle difficile puisqu'il peut être dans l'impossibilité d'exercer une quelconque activité pour répondre à ses échéances de remboursement ⁽⁷⁾. À ces conséquences, il faudrait rajouter l'aléa lié à l'appréciation souveraine des juges du fond ⁽⁸⁾, lesquels pourraient toujours trouver une activité susceptible d'être exercée par l'assuré en état d'incapacité ou d'invalidité ⁽⁹⁾.

Ainsi, ne serait-ce que pour respecter le principe de bonne foi dans les contrats, l'obligation d'éclairer l'assuré s'impose comme une nécessité, surtout si elle permet de compenser l'insuffisance de l'obligation formelle d'information.

(4) G. Courtieu « Assurances de groupe. Observations et règles générales », J.-Cl. Responsabilité civile et assurances, fasc. 518 ; J.-Cl. civ. annexes, fasc. 18.
(5) À ce propos, v. « La vulnérabilité de l'emprunteur/assuré », préc.

(6) « La vulnérabilité de l'emprunteur », préc.

(7) À ce propos, G. Courtieu, « Assurance des emprunteurs », J.-Cl. Responsabilité civile et assurances, fasc. 518-10, n° 13.

(8) Cass. 2^e civ., 29 mars 2006, n° 04-17874 ; 2 oct. 2008, n° 07-17978.

(9) Comp. CA Riom, 14 déc. 1995, RGDA 1996, p. 697, note M.-H. Maleville, décision cassée par Cass. 1^{er} civ., 17 mars 1998, n° 96-11172.

B. L'insuffisance de l'information documentaire

Malgré l'enjeu majeur que représentent ces garanties et en dépit de leur ambiguïté et de leur complexité, le souscripteur n'est débiteur que d'une simple information documentaire qui ne s'embarrasse nullement de la situation personnelle de l'assuré. L'obligation du souscripteur est, en effet, limitée à la remise à l'adhérent d'une notice établie par l'assureur qui définit les garanties et leurs modalités d'entrée en vigueur, ainsi que les formalités à accomplir en cas de sinistre ⁽¹⁰⁾. Et aux termes de l'article L. 312-9 du Code de la consommation, l'obligation d'information du banquier souscripteur d'une assurance de groupe n'est satisfaite qu'avec l'annexion au contrat de prêt de la notice définissant, de façon claire et précise, les risques garantis ainsi que toutes les modalités de la mise en jeu de l'assurance.

Certes, on pourrait bien croire que, dans la mesure où elle permet de faire connaître de façon claire et précise les droits et les obligations de l'assuré, la notice suffirait à l'éclairer. C'est du moins l'analyse longtemps adoptée par la jurisprudence qui considérait que l'obligation d'information et de conseil du banquier était satisfaite « *par la remise, à l'adhérent, d'une notice définissant de façon claire et précise les risques garantis ainsi que toutes les modalités de la mise en jeu de l'assurance* », sans besoin « *de lui conseiller de contracter une assurance complémentaire* » ⁽¹¹⁾. Si la notice informative remise est exacte, claire et complète et si le banquier ne contredit pas les informations décrites en créant ou en laissant « *créer l'illusion ou l'apparence trompeuse d'une garantie, là où celle-ci n'existe pas* » ⁽¹²⁾, la Cour de cassation constatait l'exécution de l'obligation d'information et de conseil, l'établissement de crédit n'avait pas à conseiller à l'assuré la souscription d'une assurance complémentaire. En somme, la communication à l'emprunteur des documents informatifs suffisait pour l'éclairer sur les risques garantis, peu importe qu'ils n'aient pas été intelligibles.

Cependant, quand bien même elle serait claire et précise, cette information documentaire, qui s'impose également au notaire ⁽¹³⁾, est une information objective qui ne tient pas compte des capacités de l'assuré à mieux percevoir la portée des garanties proposées. Ce n'est pas parce que les termes de la notice remise sont clairs et précis que la portée des garanties proposées est sans aucune équivoque pour

l'assuré, et ce, même si la notice figure sur un document spécifique et distinct des conditions générales. Lorsqu'on sait que les garanties proposées sont souvent limitées, ambiguës et confuses au point d'échapper aux plus avertis, on ne pourrait sérieusement croire qu'une information purement documentaire et sans aucune considération de la situation personnelle puisse éclairer efficacement l'assuré. C'est dire le risque encouru par ce dernier qui se trouve nécessairement exposé à un aléa de garanties qui n'existeraient que par méprise.

“ *Le seule remise de la notice informative ne suffit pas à protéger les intérêts de l'emprunteur* ”

Consciente de l'incapacité de l'information documentaire à mieux renseigner l'assuré sur les garanties proposées, la Cour de cassation a alors progressivement infléchi son analyse en retenant la responsabilité du banquier qui n'avait pas rempli son devoir de conseil compte tenu de la situation particulière de l'adhérent, tenant à son âge au moment de l'adhésion, à son activité de professionnel libéral ne lui garantissant aucune rémunération en cas d'arrêt de travail temporaire, et ne lui permettant de prendre sa retraite qu'à 65 ans ⁽¹⁴⁾. Un tel infléchissement était quelque peu annoncé tant la seule remise de la notice informative ne suffisait pas à protéger les intérêts de l'emprunteur, généralement peu enclin à décoder les termes techniques et les subtilités des informations décrites ⁽¹⁵⁾. C'est ainsi que des nombreuses propositions faites pour concilier les intérêts de l'emprunteur, du banquier ou des assureurs ⁽¹⁶⁾, la Cour de cassation a fini par renforcer l'obligation d'information et de conseil en obligeant le banquier à éclairer l'adhérent sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle ⁽¹⁷⁾. Une obligation dont la signification mérite d'être précisée.

II. LA SIGNIFICATION DE L'OBLIGATION D'ÉCLAIRER L'ASSURÉ

S'agit-il d'une obligation originale qui prend en considération la situation personnelle de chaque assuré, ce qui implique une analyse personnalisée avant son exécution, ou une simple obligation d'information documentaire renforcée ? L'interrogation sur sa signification mérite d'autant plus d'être posée que son application concrète a bien rencontré une forte résistance de certains juges du fond.

(10) C. assur., art. L. 141-4.

(11) Cass. 1^{re} civ., 17 juill. 2001, n° 98-18242 et 98-19127, Bull. civ. I, n° 229 ; Cass. 2^e civ., 24 mai 2006, n° 05-16435 : RGAT 2006. 728, obs. J. Kullmann, 1^{re} espèce. V. égal. J.-F. Riffard « Éclairages sur les obligations du banquier en matière d'assurance couvrant la défaillance d'emprunteur », RD bancaire et fin., nov. 2007, dossier 30.

(12) Notamment, en laissant penser à deux co-emprunteurs qu'ils sont l'un et l'autre assurés : Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 1992, n° 89-14075, Bull. civ. 1992. I, n° 26 : RGAT 1992. 150, obs. J. Kullmann. V. également, Cass. 2^e civ., 13 janv. 2005, n° 03-17199, Bull. civ. 2005. II, n° 4.

(13) Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2010, n° 07-22043, RD bancaire et fin., mars/avril 2010, n° 63, obs. J. Djoudi.

(14) Cass. 2^e civ., 24 mai 2006, n° 04-14024.

(15) F. Sauvage, « Le devoir d'information et de conseil du banquier intermédiaire en assurance emprunteurs », RD bancaire et fin. 2007. 57 ; J. Kullmann, note sous Cass. 2^e civ., 10 nov. 2005, RGAT 2005. 151.

(16) À ce propos, v. F. Sauvage, chron. préc. et les références citées.

(17) Ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15267, JCP E 2007. 1377, note D. Legeais ; D 2007. 863, obs. V. Avéna-Robardet et 985, note S. Piédelièvre ; JCP G 2007. II. 10098, note A. Gourio, et JCP G 2007. I. 148, n° 18, obs. J. Kullmann. V. aussi, F. Sauvage, étude préc. ; G. Courtiou, « Assurance des emprunteurs : la Cour suprême met les banques en demeure », Resp. civ. et assur. 2007, chron. 8, p. 6.

A priori, le sens de l'obligation d'éclairer l'emprunteur sur l'adéquation à sa situation personnelle des risques garantis par l'assurance de groupe, consacrée pourtant par l'assemblée plénière de la Cour de cassation ⁽¹⁸⁾, ne semblait pas convaincre certains d'entre eux qui se sont satisfaits d'une information purement documentaire. L'idée d'imposer au banquier l'obligation de bien analyser la situation personnelle de l'emprunteur à l'aune des risques couverts par l'assurance de groupe, et d'apprécier l'adéquation de la garantie pour mieux l'éclairer, ne semblait pas, pour le moins, les fédérer, et certains juges du fond persistent à lui opposer des moyens de substitution purement documentaires, manifestant ainsi une réticence, voire un refus d'adhésion à la volonté protectrice de l'emprunteur.

**“ Aujourd'hui, la Cour
de cassation censure toute tentative
de substitution de l'obligation
d'éclairer l'assuré
par une information documentaire ”**

Ainsi, ils ont jugé que l'emprunteur était bien éclairé lorsque l'acte notarié constatant le prêt indique qu'il était parfaitement informé des clauses du contrat d'assurance ou lorsqu'il accepte d'être assuré selon les modalités des conditions générales et particulières d'assurance. Plus encore, l'emprunteur aurait été bien éclairé de la décision de l'assureur de ne garantir que l'assurance décès par le simple fait qu'elle figure sur un formulaire annexé à la minute de l'acte de vente. Ces formes de perception de l'obligation d'éclairer l'emprunteur sur l'adéquation à sa situation personnelle des risques garantis par l'assurance de groupe, n'ont pas vraiment séduit la Cour de cassation qui leur a naturellement opposé la censure, leur rappelant l'inaptitude de l'information documentaire à mieux éclairer l'assuré ⁽¹⁹⁾.

D'autres juges du fond ont également cru que l'assuré est bien éclairé lorsqu'il reçoit des conditions générales du contrat d'assurance claires et précises et lorsqu'il est informé de l'étendue des garanties contractuelles proposées. Ainsi, ils ont considéré qu'en excluant de façon claire et précise dans les conditions générales certaines garanties, le banquier a bien accompli son obligation d'information et de conseil. Une analyse qui n'a pas échappé à la censure de la chambre commerciale de la Cour de cassation, jugeant ces circonstances inaptes à mieux éclairer l'emprunteur sur l'adéquation des risques couverts par le contrat à sa situation personnelle ⁽²⁰⁾. Enfin, plus audacieuse, voire déses-

pérée, a été la position des juges du fond qui ont considéré que la simple remise de la notice d'information sur l'assurance suffisait pour constater l'exécution par le banquier de son devoir de conseil et d'information. Un tel affront a naturellement rencontré la censure de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation ⁽²¹⁾. Aujourd'hui, les deux chambres civiles et la chambre commerciale de la Cour de cassation censurent toute tentative de substitution de l'obligation d'éclairer l'assuré par une information documentaire en réaffirmant, presque à l'identique, que le banquier qui offre à son client, auquel il propose un prêt, d'adhérer au contrat d'assurance de groupe qu'il a souscrit à l'effet de garantir, en cas de survenance de divers risques, l'exécution de tout ou partie de ses engagements, est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation. En cas de refus de garantie, elle doit les éclairer sur ses conséquences, compte tenu, notamment, de leur âge et de leur situation personnelle ⁽²²⁾.

En somme, la Cour de cassation exige des juges du fond, non pas de rechercher si le banquier avait seulement attiré l'attention de l'emprunteur sur le caractère manifestement inadapté de l'assurance à sa situation particulière et à ses besoins au regard de la destination du prêt consenti, et encore moins de s'assurer uniquement de l'exécution de l'obligation légale de remise de la notice à l'emprunteur, mais de savoir si ce banquier avait éclairé l'emprunteur sur l'adéquation des risques couverts ou sur les conséquences d'un refus de garantie sur sa situation personnelle. Ce qui les amène à vérifier si le banquier avait bien analysé la situation personnelle de l'emprunteur à l'aune des risques couverts par l'assurance de groupe, apprécié l'adéquation de la garantie et, enfin, instruit l'adhérent de ses conclusions ⁽²³⁾. Ils doivent procéder à la même recherche que celle qui vise l'obligation du banquier gestionnaire de compte d'éclairer son client sur les avantages et inconvénients d'un crédit ou d'une mobilisation de son épargne pour couvrir un solde débiteur ⁽²⁴⁾. D'où la question sur le véritable contenu de l'obligation d'éclairer l'assuré. S'agit-il d'une obligation de conseil, de mise en garde, d'information renforcée ou d'une obligation de conseil personnalisé et autonome ? ⁽²⁵⁾

(18) Ass. plén., 2 mars 2007, préc.

(19) Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2009, n° 07-19867 : RD bancaire et fin., juill./août 2009, n° 128, obs. J. Djoudi ; égal. obs. S. Gossou, Banque et droit 2009, n° 124 ; Cass. 1^{re} civ., 2 avril 2009, n° 07-16670 : RD bancaire et fin., juill./août 2009, n° 128, obs. J. Djoudi.

(20) Cass. com., 22 sept. 2009, n° 08-16573 : RD bancaire et fin., nov./déc. 2009, n° 197, obs. J. Djoudi.

(21) Cass. 2^e civ., 10 nov. 2009, n° 08-20400 : RD bancaire et fin., janv./fév. 2010, n° 17, obs. J. Djoudi.

(22) Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2009, n° 07-19867 ; Cass. 2^e civ., 10 nov. 2009, n° 08-20400 ; Cass. com., 22 sept. 2009, n° 08-16573, préc. V. égal. Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2007, n° 06-12205 ; Cass. 2^e civ., 2 oct. 2007, n° 05-13765 ; 20 mars 2008, n° 07-10378 ; 2 oct. 2008, Bull. civ. II, n° 201 et Bull. civ. II, n° 202.

(23) V. F. Sauvage, chron. préc.

(24) Pour ce rapprochement, v. D. Legeais, note préc. ; Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005 : JCP G 2005. II. 10134, note A. Gourio ; JCP E 2005. 1359, note D. Legeais.

(25) À ce propos, M. Bruschi, « L'obligation de conseil des intermédiaires d'assurance et la garantie invalidité des professionnels de santé », Lamy Assurances juin 2008, Actualités n° 151.

“ *Éclairer un client, c’est aussi attirer son attention et l’avertir sur un risque, un aspect négatif de l’opération ou du produit* ”

Peut-on d’abord soutenir la différence entre l’obligation de mise en garde et l’obligation d’éclairer en s’appuyant sur leurs domaines respectifs ? Le devoir de mise en garde s’en distinguerait parce qu’il s’impose au banquier dispensateur de crédit, alors que l’obligation d’éclairer s’appliquerait en matière d’assurance de groupe. Un tel critère distinctif ne peut vraiment aboutir à une identification efficace des deux obligations dans la mesure où le banquier peut également « éclairer » l’emprunteur sur les avantages et les inconvénients d’une forme de crédit, comme il peut mettre en garde un assuré sur l’inadéquation à sa situation personnelle du contrat d’assurance. D’ailleurs, l’obligation d’éclairer n’est pas vraiment née à l’occasion d’un litige relatif à un contrat d’assurance. Avant même l’arrêt d’assemblée plénière de la Cour de cassation du 2 mars 2007, la première chambre civile de la Cour de cassation exigeait déjà de la banque « *d’éclairer sa cliente sur les avantages et inconvénients du choix entre le recours au crédit et l’utilisation de l’épargne existante pour couvrir le solde débiteur d’un compte de dépôt* »⁽²⁶⁾.

Peut-on alors qualifier l’obligation d’éclairer d’obligation d’information particulière orientée spécialement sur les inadaptations manifestes, celles qui « sautent aux yeux » ? On pourrait, en effet, soutenir que l’obligation d’éclairer « *implique d’attirer spécialement l’attention de l’emprunteur adhérent sur l’adéquation de la couverture des risques à sa situation personnelle* »⁽²⁷⁾. Cependant, dans la mesure où l’assurance de groupe est une assurance globale et non pas personnalisée, l’obligation d’éclairer consisterait alors seulement à attirer l’attention de l’assuré sur ce qui pourrait paraître spécialement inadapté ou inadéquat au regard de sa situation personnelle. Ce qui réduirait son étendue puisqu’elle ne s’imposerait que pour attirer son attention sur les inadaptations manifestes. Or, l’arrêt de l’assemblée plénière du 2 mars 2007 impose cette obligation pour toutes les inadaptations.

Enfin, dans la mesure où l’obligation d’éclairer consisterait seulement dans l’analyse de « *la situation personnelle de l’emprunteur et de ses besoins à travers des critères relevant tant de la situation de l’emprunteur que des caractéristiques du crédit et des risques couverts* »⁽²⁸⁾, on pourrait y voir une obligation d’une intensité plus faible que le devoir de conseil. Ainsi, « éclairer » serait simplement ren-

dre lisibles et compréhensibles des garanties enfermées dans un jargon technique peu accessible à l’assuré, alors que « conseiller » serait agir sur la décision de l’assuré en lui donnant un avis exprimé par un professionnel et, par conséquent, orientant sa décision. En somme, lorsque le banquier « éclaire » l’assuré, il attire son attention sur l’inadéquation des garanties proposées ou du contrat d’assurance sans prétendre orienter sa décision, alors que lorsqu’il le « conseille », il tend à agir sur son comportement en l’aidant, voire en l’encourageant à tirer les conséquences d’une inadéquation du contrat d’assurance à ses besoins personnels. Or, « éclairer » un client sur les avantages et inconvénients d’une opération ou d’un produit semble bien se rapprocher d’une démarche qui consiste à orienter sa décision. L’obligation d’éclairer s’apparenterait alors à une obligation de conseil. Mais l’éclairer c’est aussi attirer son attention et l’avertir sur un risque, un aspect négatif de l’opération ou du produit. L’éclairer serait alors également le mettre en garde. Doit-on finalement conclure qu’éclairer, mettre en garde, conseiller est une seule et même obligation ?

En fait, l’hésitation tient au débat académique qu’on a bien voulu instaurer déjà à propos de la distinction entre les obligations d’information, de mise en garde, de conseil ou de renseignement. On s’efforçait alors de donner à la notion de mise en garde une définition autonome par rapport aux obligations voisines d’information, de conseil ou de renseignement. Ainsi, l’obligation de conseil, qui pèse notamment sur les avocats ou les notaires, consisterait à agir sur la décision du cocontractant⁽²⁹⁾ en l’éclairant sur l’opportunité du contrat, sur ses avantages et inconvénients. C’est une action sur l’orientation de la décision, une sorte d’opinion appuyée « *donnée à quelqu’un sur ce qu’il convient qu’il fasse ou ne fasse pas* »⁽³⁰⁾, ce qui laisse supposer « *un choix entre plusieurs solutions, parmi lesquelles le banquier en indique une qui lui semble préférable* » et, par conséquent, une immixtion dans les affaires de son client⁽³¹⁾. Une approche qui la distinguerait, *a priori*, d’une part de l’obligation de mise en garde dont le but serait simplement d’attirer l’attention du contractant et de l’avertir sur un risque, un aspect négatif du contrat⁽³²⁾, d’autre part de l’obligation d’information ou de renseignement, qui ne semble pas exiger une quelconque implication ni tenir compte de la qualité ou des compétences du cocontractant, se limitant à un devoir objectif et général de communiquer une information, et peut être exécutée sous la forme d’une notice ou d’un mode d’emploi impersonnel.

(26) Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, préc.

(27) A. Gourio, « Renforcement de l’obligation d’information du banquier prêteur auprès de son client adhérent au contrat d’assurance de groupe » : JCP 2007. G. II. 10098.

(28) J.-F. Riffard, dossier préc.

(29) M. Fabre-Magnon, *De l’obligation d’information dans les contrats*, Essai d’une théorie, LGDJ 1992, n° 471.

(30) H. Groutel, « Le devoir de conseil » : RD bancaire et fin., janv./févr. 1999.

(31) D. Tricot, « La rémunération du crédit en Europe », RD bancaire et fin. 2007, p. 83.

(32) M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n° 467 ; E. Scholastique, « Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur », Defrénois, 1996. 692.

“ *L’obligation d’éclairer consiste alors à mettre en garde l’assuré avant de lui conseiller une meilleure solution* ”

Or, si l’on peut bien concevoir une distinction sérieuse et efficiente entre le devoir d’information et le devoir de mise en garde ou de conseil, tel ne serait pas le cas lorsqu’il s’agit d’identifier le devoir de conseil du devoir de mise en garde dans la mesure où, dans les deux cas, on doit attirer l’attention du cocontractant et orienter sa décision. Comment le conseiller efficacement, c’est-à-dire agir sur sa décision et l’éclairer sur l’opportunité du contrat, sans attirer son attention, l’avertir ou l’informer sur les avantages et inconvénients de ce contrat ? Comment mettre en garde un cocontractant, c’est-à-dire l’avertir sur un point négatif, un risque, sans que le bon sens exige qu’on lui conseille de ne pas prendre un tel risque ?⁽³³⁾ Enfin, comment éclairer l’emprunteur sur l’adéquation des risques couverts ou sur les conséquences d’un refus de garantie sur sa situation personnelle, c’est-à-dire analyser sa situation personnelle à l’aune des risques couverts par l’assurance de groupe, apprécier l’adéquation de la garantie et l’instruire des conclusions finales, sans le mettre en garde et lui conseiller, ou du moins lui suggérer, de prendre les mesures adéquates ?

Rien ne semble alors s’opposer réellement à ce que le devoir d’éclairer soit une simple variante du devoir de mise en

(33) Dans ce sens, J. Djoudi et F. Boucard, « La protection de l’emprunteur profane » : D 2008, chron. 503.

garde et du devoir de conseil. On comprend alors pour quoi on a pu voir, dans l’obligation d’éclairer, la conjonction du devoir de mise en garde et du devoir de conseil. On a justement considéré que l’obligation d’éclairer « implique, pour sa mise en œuvre, la conjonction de deux devoirs ». Le premier veut que soit mise en lumière, ou avouée, l’inadéquation du contrat d’assurance de groupe. Il s’agit là d’une mise en garde, puisque la banque propose un contrat d’assurance tout en soulignant que si l’emprunteur s’en contente, il disposera de garanties qui ne sont pas adaptées à sa situation personnelle ; le produit est en quelque sorte incomplet. Le second devoir consiste en un conseil : ayant ainsi prévenu l’emprunteur contre les insuffisances du contrat d’assurance de groupe, l’établissement doit poursuivre sa tâche en conseillant à son client de souscrire une assurance complémentaire, qui lui permettra d’être garanti conformément à ses besoins »⁽³⁴⁾. L’obligation d’éclairer consiste alors à mettre en garde l’assuré avant de lui conseiller une meilleure solution. Elle serait originale si on persiste à distinguer le devoir de mise en garde et le devoir de conseil. Elle n’en serait que l’expression idéale si on accepte leur identité.

C’est ainsi que l’institution de l’obligation d’éclairer l’adhésion à un contrat d’assurance de groupe réduirait la vulnérabilité de ce dernier par rapport à la complexité contractuelle de ce contrat et des garanties offertes puisque le banquier doit le mettre en garde contre l’inadéquation des garanties proposées avant de lui conseiller d’y suppléer par des mesures adaptées. L’obligation d’éclairer l’assuré s’avère protectrice des intérêts de l’assuré mais, tout naturellement, gardienne de l’équilibre contractuel. ●

(34) J. Kuillmann, note sous Cass. 2^e civ., 2 oct. 2007 : RGDA 2008. 171.