

Chambre mixte du 24 janvier 2014 à 14 heures
1^{ère}, 2^{ème} et 3^{ème} Chambres civiles, Chambre criminelle

CONSEILLER-RAPPORTEUR : Mme Catherine MASSON-DAUM
(Troisième Chambre civile)

PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL : M. Didier BOCCON-GIBOD
(Chambre criminelle)

Pourvoi : n° F 12-85.107

FONDS DE GARANTIE DES ASSURANCES OBLIGATOIRES DE DOMMAGES
(SCP DELAPORTE - BRIARD- TRICHET)

C/

Société AVIVA ASSURANCES
(SCP GARREAU, BAUER-VIOLAS ET FESCHOTTE-DESBOIS)

M. Alain X...

Mme Magali Y... épouse Z...

Société LA POSTE

ARRÊT ATTAQUÉ : cour d'appel d'Aix-en-Provence du 21 juin 2012

AVIS
de Monsieur le premier avocat général Didier Boccon-Gibod

I. Rappel succinct des faits et de la procédure

Le 22 octobre 2007 à Nice, M. Alain X..., conduisant sa voiture, causait un accident de la circulation par refus de priorité, après quoi il prenait la fuite sans s'inquiéter des blessures causées à Mme Magali Y... épouse Z..., conductrice de l'autre véhicule impliqué, propriété de La Poste dont elle était la préposée.

Au moment de ces faits, M. X... était couvert par une assurance de responsabilité selon contrat souscrit le 21 juin 2006 auprès de la société Aviva assurances (plus loin : société Aviva), alors même qu'il n'était plus titulaire du permis de conduire, celui-ci ayant été annulé suite à une condamnation remontant à 2003.

Apparemment peu soucieux d'aggraver son cas, il déclarait le vol de son véhicule, puis étant en définitive suspecté d'être l'auteur de l'accident, dénonçait son fils comme se trouvant au volant. Une première poursuite engagée contre ce dernier débouchait cependant sur sa relaxe. C'est à l'issue de cette procédure que M. X... a lui-même comparu devant le tribunal correctionnel de Nice le 2 octobre 2011 sous la prévention de blessures involontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail n'excédant pas trois mois, avec la double circonstance aggravante de défaut de permis de conduire et de délit de fuite.

À cette audience, sont intervenus la société Aviva et le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (plus loin : le Fonds de garantie).

Devant le tribunal, avant toute défense au fond, la société Aviva a soulevé, au visa de l'article 385-1 du code de procédure pénale, une exception de non-garantie tendant à faire constater la nullité du contrat souscrit par M. Alain X... en raison de sa déclaration inexacte relative à son permis de conduire. L'intéressé avait, selon la société Aviva, déclaré n'avoir fait l'objet d'aucune mesure de suspension de son permis de conduire pour une durée supérieure à deux mois, ni d'annulation suite à une infraction au code de la route, alors même que son permis avait été annulé par arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 20 novembre 2003, avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis avant dix huit mois, déjà pour délit de fuite.

* *
*

Les conditions particulières censées contenir les déclarations de M. X..., qui sont au coeur de la question posée par le pourvoi, méritent d'être rappelées précisément.

Elles sont contenues dans un document de trois pages comprenant les mentions pré-imprimées suivantes :

- En page 2

Vous déclarez qu'au cours des 36 derniers mois :

le conducteur habituel :

- a été assuré à titre personnel pendant 24 mois ou plus en tant que conducteur habituel d'un véhicule de tourisme ou utilitaire léger [suivent les références des contrats précédents]

Le conducteur habituel et/ou son conjoint :

- n'ont pas fait l'objet d'une suspension de permis de conduire supérieure à 2 mois, ni d'une annulation de permis à la suite d'un accident ou d'une infraction au code de la route (sauf infractions relatives au stationnement).

N'ont pas fait l'objet d'une règle proportionnelle, d'une résiliation ou d'une nullité de contrat de la part de leur assureur.

[...]

Vous reconnaissez avoir reçu, préalablement à la signature de ces conditions particulières, les documents suivants : CG Vectura (ref. 3260-0106) - Fiche information RC (ref. 17556-1103)

- En page 3 [clause finale]

Votre contrat est établi d'après vos déclarations reportées sur les présentes conditions particulières, notamment vos antécédents et d'après celles pouvant figurer sur les documents énumérés ci-dessus. Toute omission ou inexactitude entraînerait l'application des sanctions prévues par les articles L. 118 et L. 113-9 du code des assurances.

Lu et approuvé par vous-même

La signature de M. X... figure sous cette dernière mention également pré-imprimée.

Ces conditions particulières sont adossées à des conditions générales contenues dans un document de 53 pages comprenant en page 24 l'indication selon laquelle « *le contrat est réputé nul par application des dispositions prévues par l'article L. 113-8 : nous conservons la ou les cotisations versées et nous vous réclamons le remboursement des sommes que nous avons été éventuellement amenés à payer, soit à vous-même soit à des tiers au titre des sinistres survenus* ».

Notons, pour la suite de l'examen du pourvoi, qu'il n'est nullement fait mention, dans ce document, de questions auxquelles l'assuré aurait été invité à répondre. Il est simplement indiqué (page 25) : « *[...] vous devez, à la souscription, nous fournir les éléments personnalisés nécessaires à l'appréciation du risque. Ceux-ci sont reportés aux conditions particulières* ».

Le lexique figurant en tête des conditions générales (page 4) livre une définition des *déclarations* qui constituent un « *ensemble des renseignements fournis par le Souscripteur à la demande de l'Assureur pour lui permettre d'apprécier le risque* », renseignements dont on ignore à quel moment ils doivent être fournis et selon quelles modalités.

* *
*

Par jugement du 10 octobre 2011, le tribunal :

- a déclaré M. Alain X... coupable de blessures involontaires aggravées et a prononcé sur la peine ;

- au titre des dispositions civiles, a déclaré irrecevable l'exception de non-garantie soulevée par la société Aviva, cela au motif qu'il n'appartenait pas à la juridiction pénale de statuer sur une contestation inopposable à la victime dès lors qu'elle était fondée sur le défaut de permis de conduire de l'assuré ; le tribunal a donc prononcé sur les intérêts civils, et a déclaré le jugement opposable à la société Aviva et au Fonds de garantie.

Sur l'appel du prévenu, du ministère public, de la société Aviva et du Fonds de garantie, l'arrêt attaqué, en date du 21 juin 2012 :

- a réformé le jugement en ce qu'il a dit irrecevable l'exception de nullité soulevée par la société Aviva ;

- a accueilli ladite exception et a prononcé, pour fausse déclaration intentionnelle, la nullité du contrat souscrit par le prévenu et a donc mis la société Aviva hors de cause ;

- a déclaré sa décision opposable au Fonds de garantie.

Le pourvoi du Fonds de garantie, régulièrement inscrit par un avocat du barreau d'Aix-en-Provence, est recevable.

Ce pourvoi a été examiné par la Chambre criminelle en son audience du 4 juin 2013. Celle-ci, par arrêt du 18 juin 2013 a, en application des dispositions de l'article L. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, ordonné le renvoi devant une chambre mixte. Les raisons qui ont présidé à cette décision que la doctrine appelait de ses vœux¹, tiennent à une divergence persistante de jurisprudence entre la deuxième Chambre civile et la Chambre criminelle, ainsi qu'il sera montré plus loin.

II. Le pourvoi

La SCP Delaporte - Briard - Trichet a déposé un mémoire ampliatif pour le Fonds de garantie. La SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois a transmis un mémoire en défense pour la société Aviva.

¹ D. Noguéro, *La déclaration du risque : quel support ?* GP 27 avril 2013, n° 117, p. 9.

1. Un moyen unique de cassation est développé au soutien du pourvoi.

En une branche unique, il est reproché à l'arrêt attaqué, au visa des articles L. 113-2 et L. 113-8 du code des assurances, 591 du code de procédure pénale, d'avoir prononcé la nullité du contrat d'assurance souscrit par M. X... auprès de la société Aviva, d'avoir mis hors de cause cette dernière et déclaré sa décision opposable au Fonds de garantie.

Pour statuer dans le sens qui lui est reproché par le moyen, les juges du second degré ont, en substance, jugé que M. X..., en acquiesçant à une clause contenue dans les conditions particulières du contrat selon laquelle il ne se trouvait pas dans une situation caractérisant l'existence d'un risque particulier, s'était livré à une fausse déclaration intentionnelle dont la sanction est la nullité du contrat ainsi que prévu par l'article L. 113-8 du code des assurances (arrêt pages 7 et 8).

Le Fonds de garantie oppose à cette motivation que le candidat à l'assurance ne doit pas, au moment de la souscription du contrat, déclarer spontanément les éléments utiles à l'appréciation du risque couvert, mais seulement répondre avec exactitude aux questions posées sur les circonstances objectives et subjectives connues de lui permettant de se faire une opinion du risque. L'assureur ne saurait donc, selon le moyen, prétendre à la nullité du contrat pour fausse déclaration intentionnelle qu'à la condition de prouver qu'il a, au cours d'une phase pré-contractuelle, interrogé le candidat à l'assurance au moyen d'un questionnaire limitatif, sur ces circonstances, et obtenu des réponses inexactes de l'intéressé². Il est soutenu que, contrairement à ce qui résulte de l'arrêt attaqué, la preuve d'une fausse déclaration intentionnelle ne saurait résulter des seules mentions figurant aux conditions particulières de la police, mais doit être apportée par la production du questionnaire soumis à l'assuré, contenant les réponses inexactes de ce dernier.

* *
*

2. La question posée par le pourvoi peut donc se formuler ainsi : le seul fait d'apposer sa signature, précédée de la mention « lu et approuvé » sous une clause figurant dans les conditions particulières pré-imprimées d'un contrat autorise-t-il à considérer, alors même que ne sont reproduits ni le texte de la question, ni la réponse sous une forme directe, que l'intéressé a répondu à une question précise au sens de l'article L. 112-3 du code des assurances et, le cas échéant, a fait une fausse déclaration au sens de l'article L. 113-8 du code des assurances³ ?

Au contraire du Fonds de garantie, l'arrêt attaqué répond positivement à cette interrogation.

Précisons que, pour apporter un éclairage aussi complet que possible, à la Cour de cassation, nous avons estimé devoir procéder à la consultation des institutions et associations ci-après précisées, susceptibles d'émettre un avis autorisé sur les pratiques des professionnels en matière de contrats d'assurance et sur les questions posées par ces pratiques.

² Sur l'objet de la déclaration ; voir Lambert Faivre et Leveneur *Droit des Assurances* n° 316 et ss, Précis Dalloz 13^{ème} édition

³ L'économie des articles cités sera précisée plus loin.

Acteurs institutionnels :

- Ministère de l'Economie et des finances ;
- Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, organe de supervision de la banque et de l'assurance, chargée de l'agrément et du contrôle des établissements bancaires et des organismes d'assurance ;
- Institut national de la consommation⁴.

Associations de défense des consommateurs :

- UFC - Que choisir ;
- Association Consommation, logement et cadre de vie (CLCV).

Les lettres de saisines de ces différents correspondants sont annexées à l'original du présent avis. Les réponses apportées feront l'objet de développements particuliers.

III. Eléments de solution

Il sera d'abord procédé à un rappel succinct du contexte économique (1) avant de se reporter aux textes applicables (2), à la jurisprudence de la Cour de cassation (3), aux commentaires de la doctrine (4) et enfin, aux réponses des institutions et associations consultées (5). C'est à la lumière de ces éléments que sera proposée la solution du pourvoi (IV).

Observons à titre préliminaire qu'il est pour le moins étonnant que le conducteur indigne ici en cause ait pu seulement souscrire un contrat d'assurance auprès de la société Aviva dont le représentant, s'il avait procédé aux vérifications les plus élémentaires, aurait constaté, ne serait-ce qu'en demandant la production de l'original de ce document, que M. X... n'était plus titulaire du permis de conduire⁵.

Le seul fait que les conditions particulières du contrat portent la mention de la date d'obtention du permis de conduire de M. X... mais non son numéro ni le lieu de sa délivrance montre suffisamment que l'intéressé n'a pas été invité à produire cette pièce.

⁴ En tant qu'établissement public à caractère industriel et commercial placé, en vertu de l'article 531-1 du code de la consommation, sous la tutelle du ministre chargé de la consommation, l'INC a sa place parmi les institutionnels.

⁵ Crim. 21 décembre 1987, Bulletin n° 474 : «*Si l'agent général d'assurances n'est pas, en principe, tenu de vérifier que le souscripteur est titulaire du permis nécessaire à la conduite du véhicule assuré, il lui appartient néanmoins de le faire, en vertu de son obligation de renseignement, lorsqu'il existe des raisons sérieuses de douter que le permis dont se prévaut le souscripteur soit en état de validité* ».

Si, pour des raisons inconnues, l'assureur n'a pas estimé procéder à cette vérification de bon sens en présence de M. X..., il ne restait pas pour autant sans moyen de se renseigner. En effet, aux termes de l'article L. 225-5 du code de la route :

Les informations relatives à l'existence, la catégorie et la validité du permis de conduire sont communiquées sur leur demande :

[1 ° à 6 °]

7 ° Aux entreprises d'assurances pour les personnes dont elles garantissent ou sont appelées à garantir la responsabilité encourue du fait des dommages causés par les véhicules à moteur.

La société Aviva pouvait par ailleurs sans difficulté s'informer des antécédents de M. X..., ayant, en application des dispositions de l'article L. 451-2 du code des assurances, adhéré à l'Association pour la gestion des informations sur le risque en France (AGIRA), organisme professionnel de l'assurance, dont le fichier permet de vérifier si les informations déclarées par l'assuré sur ses antécédents au moment de la souscription du nouveau contrat sont conformes à sa situation réelle⁶.

Ces éléments induisent déjà, pour l'affaire ici examinée, une réponse peu favorable à la société Aviva. En effet :

- soit cette société a été exactement renseignée sur le risque (ce qui paraît très improbable) et on ne voit pas alors ce qui l'autoriserait ensuite à prétendre qu'elle aurait été mal informée ;

- soit, par un « geste commercial » en faveur de M. X...⁷, elle a contracté avec lui sans lui poser de question et sans vérification aucune ; mais alors, il lui appartient, si elle prétend que l'intéressé lui a menti sur sa situation, de prouver que des questions ont été posées, auxquelles il a répondu faussement. A cet égard, la simple approbation d'une formule générale et impersonnelle figurant dans les conditions particulières adossées à un document de 53 pages paraît constituer une justification bien faible de l'existence de questions précises effectivement posées. C'est tout l'enjeu du pourvoi.

1. Le contexte économique

Dans un marché des plus concurrentiels, l'évolution des techniques de vente permet maintenant de souscrire un contrat de manière quasi-instantanée, par téléphone ou par la voie d'internet. Les candidats à l'assurance font souvent usage de comparateurs, dont l'utilisation semble loin d'être neutre en tant que moyen de sélectionner et d'orienter la clientèle par catégories de risques objectifs (âge, catégorie socio-professionnelle, type de véhicule assuré⁸). Les réponses aux questions qui leur sont nécessairement posées permettent de les classer dans une catégorie à

⁶ Les conditions particulières du contrat signé par M. X... font au demeurant expressément référence au contenu du fichier tenu par l'AGIRA.

⁷ L'intéressé offrait peut-être, en sa qualité de médecin, l'apparence de la respectabilité.

⁸ Le sexe ne peut plus être retenu discriminant suite à la décision rendue par la CJUE (1^{er} mars 2011, n° C-236/09).

l'égard de laquelle la politique commerciale, tarifaire et de contrôle de l'assureur ne sera pas la même en fonction de différents paramètres. Ce mode de sélection de la clientèle présente pour l'assureur l'avantage d'un traitement de masse et d'une gestion rationalisée des risques et, pour les assurés, le bénéfice de tarifs calculés sur un nombre raisonnablement limité de sinistres potentiels. Le questionnaire⁹ établi dans le cadre d'une souscription par internet est facilement enregistrable et sa production ne devrait pas poser de difficulté au cas de discussion sur la sincérité des réponses fournies par l'assuré.

2. Les textes applicables

On sait que l'assurance de responsabilité en matière automobile a ceci de particulier qu'elle est obligatoire, ce qui induit la mise en place de dispositifs destinés, d'une part, à permettre l'assurance d'une personne qui serait rejetée par le système et, d'autre part, à garantir aux victimes des automobilistes non assurés une indemnisation se rapprochant de celle apportée par une entreprise d'assurance.

A/ Un régime d'assurance obligatoire

a) Le principe

Aux termes de l'article L. 211-1 du code des assurances « *Toute personne physique ou toute personne morale autre que l'Etat, dont la responsabilité civile peut être engagée en raison de dommages subis par des tiers résultant d'atteintes aux personnes ou aux biens dans la réalisation desquels un véhicule est impliqué, doit, pour faire circuler celui-ci, être couverte par une assurance garantissant cette responsabilité [...] ».*

b) Le corollaire : instauration d'un dispositif permettant de pallier le refus et le défaut d'assurance

Le caractère obligatoire de ce régime d'assurance serait de très faible portée s'il n'existait pas un dispositif permettant, d'une part, de couvrir la responsabilité d'un candidat qui se heurterait, alors même qu'il serait en droit de conduire, au refus de toute société d'assurance de contracter avec lui en raison du risque particulier qu'il représenterait, d'autre part, de garantir les dommages causés par des automobilistes qui, pour une raison ou pour une autre, ne seraient pas assurés.

Ces garanties sont apportées, sur le premier point, par le Bureau central de tarification, sur le second, par le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages.

⁹ Il suffit, pour se convaincre de l'existence de ce type de document, de se rendre sur l'un des comparateurs mis par Google à la disposition des internautes.

α) Le Bureau central de tarification

Cette autorité administrative indépendante a été créée par la loi n° 58-208 du 27 février 1958 pour faire respecter l'obligation d'assurance de responsabilité civile automobile.

Aux termes de l'article L. 212-1 du code des assurances :

Toute personne assujettie à l'obligation d'assurance qui, ayant sollicité la souscription d'un contrat auprès d'une entreprise d'assurance couvrant en France les risques de responsabilité civile résultant de l'emploi de véhicules terrestres à moteur, se voit opposer un refus, peut saisir un bureau central de tarification dont les conditions de constitution et les règles de fonctionnement sont fixées par le décret en Conseil d'Etat prévu à l'article L. 211-1.

Le bureau central de tarification a pour rôle exclusif de fixer le montant de la prime moyennant laquelle l'entreprise d'assurance intéressée est tenue de garantir le risque qui lui a été proposé. Il peut, dans les conditions fixées par le décret en Conseil d'Etat susmentionné, déterminer le montant d'une franchise qui reste à la charge de l'assuré.

De ces dispositions, il résulte qu'en matière d'assurance obligatoire, un assureur n'a, au final, pas le droit de refuser sa garantie à un client au seul motif qu'il constitue un risque qu'il n'entend pas prendre en charge¹⁰. Il reviendra au Bureau central de tarification, saisi par le candidat évincé, d'imposer à l'assureur la clientèle de cette personne, mais au prix qu'il fixera en tenant compte des surprimes encourues, régies par les articles A. 335-9-1 à A. 335-9-3 du code des assurances.

L'article R. 250-4 du code des assurances¹¹ prévoit que « *La personne ou l'entreprise d'assurance qui sollicite l'intervention du Bureau central de tarification, ainsi que les assureurs concernés, sont tenus de fournir au Bureau central de tarification les éléments d'information relatifs à l'affaire dont il est saisi et qui lui sont nécessaires pour prendre une décision et notamment le tarif de l'entreprise d'assurance applicable au risque proposé.* », ce qui induit déjà, pour l'assureur, l'obligation de recueillir des informations sur tout candidat à l'assurance, en tout cas en matière automobile. C'est ce qui permettra de lui proposer un tarif adéquat, calculé à partir du relevé d'information que ce candidat est tenu de lui communiquer¹² et en consultant, en tant que de besoin, le fichier tenu par l'AGIRA.

¹⁰ En vertu de l'article L. 220-5 al. 3 du code des assurances, une entreprise d'assurance qui refuse de déférer à une décision du BCT s'expose à un retrait d'agrément.

¹¹ Précisons que l'article A 250-2 du code des assurances dispose que « *Toute entreprise d'assurance, agréée pour pratiquer l'assurance de l'un des risques mentionnés aux articles L. 125-1, L. 211-1, L. 220-1, L. 241-1 et L. 242-1, tient à la disposition de toute personne qui en fait la demande des formules de souscription d'assurance permettant de répondre aux prescriptions de l'article R. 250-2* », et fait donc peser sur l'assureur une obligation de tenir à disposition du candidat à l'assurance une formule de souscription sans laquelle le Bureau central de tarification ne pourrait pas être saisi.

¹² Le relevé d'informations est décrit à l'article 12 de l'annexe de l'article A 121-1 du code des assurances.

Il est intéressant de constater que le nombre de dossiers soumis au Bureau central de tarification s'est progressivement effondré, passant de 1097 en 2002 à 507 en 2007 puis 232 en 2010 pour remonter à 562 en 2012, ce qui ne s'explique que très partiellement par une modification de la réglementation¹³.

On voudrait trouver dans cette évolution à la baisse, ainsi que dans le nombre des saisines, très modeste en valeur absolue si on le rapporte aux dizaines de millions de véhicule immatriculés en France¹⁴, la preuve d'un comportement exemplaire des automobilistes.

Il est cependant permis de craindre une autre explication au regard du nombre d'infractions à la circulation routière ayant donné lieu à une condamnation au cours de l'année 2011 : 672.085 condamnations et compositions pénales ont sanctionné 971.569 infractions à la sécurité routière¹⁵ : il ne paraît pas déraisonnable, en présence d'un tel décalage, de se demander si la méthode employée par les assureurs permet véritablement de renvoyer vers le Bureau central de tarification les conducteurs qui sont ou auraient dû être identifiés comme présentant un risque particulier, ou bien si l'examen de leur cas est reporté au moment où le risque se réalise, pour trouver alors dans le corps du contrat un motif de soulever sa nullité.

β) Le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages.

Le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages, créé en 1951, est régi par les articles L. 421-1 et suivants du code des assurances. Cet organisme placé sous la tutelle du ministère de l'économie et des finances a, entre autres attributions, la charge d'indemniser les victimes ou les ayants droits des victimes des dommages nés d'un accident dans lequel est impliqué un véhicule lorsque le responsable des dommages n'est pas assuré.

Le Fonds de garantie prend en charge sans limitation l'indemnisation du préjudice corporel des victimes d'un accident de la circulation dont le responsable n'est pas assuré ou est inconnu. Il ne couvre en revanche les dommages matériels que dans certaines limites : la victime doit avoir subi des dommages corporels et matériels, et le montant de l'indemnisation est plafonné. En d'autres termes, il est préférable, pour une victime, d'avoir en face de soi une société d'assurance plutôt que le Fonds de garantie.

Ce fonds est alimenté par les contributions des sociétés d'assurance et de la communauté des assurés au moyen d'un prélèvement sur le montant des contrats d'assurance automobile. C'est dire que l'auteur non assuré d'un accident fait peser la charge de l'indemnisation sur la collectivité.

¹³ Source : rapport d'activité du Bureau central de tarification pour l'année 2012.

¹⁴ Insee : plus de 38.000.000 de véhicules en 2011.

¹⁵ Source : Ministère de la justice, *Infostat* n° 123, septembre 2013

Selon un mécanisme classique, le Fonds de garantie est subrogé dans les droits de la victime indemnisée par ses soins (art. L. 421-3 du code des assurances).

B/ Un droit encadré

Les modalités de souscription d'un contrat d'assurance sont précisées par divers articles du code des assurances¹⁶, marqué par une évolution tendant à une meilleure protection des assurés.

α) Le droit ancien, sous l'empire de la loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance dite loi Godart, était marqué par l'obligation, pour l'assuré, de déclarer spontanément et exactement, lors de la conclusion du contrat « *toutes les circonstances connues de lui [...] de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend à sa charge*¹⁷ ».

On trouvera au Recueil Dalloz de 1931 un commentaire de ce texte dont il ressort¹⁸ :

- d'une part, qu'en dépit de critiques alors exprimées contre le principe de la déclaration spontanée, le recours à un questionnaire, déjà en usage dans les législations suisses et allemandes, a été écarté par le législateur de l'époque ;

- d'autre part, que le système de la déclaration spontanée présente pour l'assuré plus ou moins instruit l'inconvénient de le laisser dans l'incertitude pour ce qui est de se rendre compte des circonstances qu'il doit déclarer, mais a aussi ses avantages puisque, étant plus souple, il n'aboutit pas à une nullité automatique comme dans le cas d'une réponse inexacte à un questionnaire.

Les modalités de la déclaration spontanée par l'assuré ont toutefois connu une évolution.

En premier lieu, l'obligation de déclaration en quelque sorte illimitée pesant sur les assurés a été regardée comme trop protectrice des entreprises d'assurance. Ce dispositif a en particulier été critiqué en 1985 par la Commission des clauses abusives qui avait observé que le principe de la déclaration spontanée laissait l'assuré dans l'ignorance des circonstances ayant une incidence sur l'opinion de l'assureur quant au risque qu'il prenait en charge. Cette Commission a ainsi recommandé l'usage d'un questionnaire clair et précis¹⁹.

En second lieu, la Cour de cassation, constatant l'insécurité engendrée par une obligation de déclaration spontanée aux contours mal définis, s'est progressivement engagée dans une jurisprudence consistant à donner au questionnaire remis aux assurés, largement utilisé en pratique, une portée dépassant celle de l'obligation déclarative, en ce sens que l'assureur s'est vu progressivement opposer une impossibilité de s'emparer de circonstances relatives à l'appréciation

¹⁶ Ce code, en tant que tel est issu de trois décrets, en date du 16 juillet 1976, relatifs à la codification des textes réglementaires et législatifs concernant les assurances.

¹⁷ Article 15 2° de la loi du 13 juillet 1930.

¹⁸ D. 1931, 4, p.13 note 2 sous art. 15

¹⁹ Lamy assurances, n° 275 Ed. 2013 ; Recomm. Comm. Cl. Abusives n° 85-04, 20 septembre 1985, BOSP 6 décembre 1985.

du risque qui n'avaient pas fait l'objet d'une question de sa part²⁰.

β) Le droit actuellement en vigueur a, en définitive, en introduisant l'exigence d'un questionnement de l'assuré, inversé les rapports existant entre ce dernier et l'assureur sous l'empire de l'ancienne loi.

L'article L. 113-2 du code des assurances maintenant applicable est issu de la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen.

Ce texte marque la fin de l'obligation de déclaration spontanée pesant jusqu'alors sur le souscripteur. La loi nouvelle met en effet à la charge des entreprises d'assurance une obligation de s'informer sur la consistance du risque à couvrir.

Les articles à retenir sont plus précisément les suivants :

Article L. 112-3

Le contrat d'assurance et les informations transmises par l'assureur au souscripteur mentionnées dans le présent code sont rédigés par écrit, en français, en caractères apparents.

[...]

Lorsque, avant la conclusion du contrat, l'assureur a posé des questions par écrit à l'assuré, notamment par un formulaire de déclaration du risque ou par tout autre moyen, il ne peut se prévaloir du fait qu'une question exprimée en termes généraux n'a reçu qu'une réponse imprécise.

[...].

Article L. 113-2

L'assuré est obligé :

1° De payer la prime ou cotisation aux époques convenues ;

2° De répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge ;

3° De déclarer, en cours de contrat, les circonstances nouvelles qui ont pour conséquence soit d'aggraver les risques, soit d'en créer de nouveaux et rendent de ce fait inexacts ou caduques les réponses faites à l'assureur, notamment dans le formulaire mentionné au 2° ci-dessus.

L'assuré doit, par lettre recommandée, déclarer ces circonstances à l'assureur dans un

²⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 7 décembre 1982, Bull. civ I, n° 348 ; 2 juillet 1985, Bull. civ. I n° 207.

*délai de quinze jours à partir du moment où il en a eu connaissance ;
[...]*

Article L. 113-8

Indépendamment des causes ordinaires de nullité, et sous réserve des dispositions de l'article L. 132-26, le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, quand cette réticence ou cette fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre.

Il paraît raisonnable de déduire de ces différentes dispositions que la conclusion d'un contrat d'assurance est précédée d'une phase pré-contractuelle, au cours de laquelle l'assureur peut ou doit prendre l'initiative de s'informer, au moyen d'un formulaire ou d'une autre manière, sur le risque représenté par le co-contractant potentiel qui, à défaut, n'est pas tenu de prendre l'initiative d'une déclaration, même si rien ne l'en empêche.

De l'article L. 112-3, il résulte que l'assureur ne peut se prévaloir de l'imprécision des réponses à ses questions qu'à la condition d'avoir, avant la conclusion du contrat, posé par écrit des questions précises. L'écrit contenant ces questions peut être un « formulaire de risque » mais une autre formule n'est pas écartée.

L'article L. 113-2, conforte l'article L. 112-3 en empêchant l'assureur de se prévaloir d'une réponse imprécise exprimée en termes généraux dans un formulaire de risque et, *a fortiori*, de se prévaloir de l'absence de réponse à des questions qui n'ont pas été posées si aucun questionnaire n'a été rempli par l'assuré.

La confusion, sur laquelle on reviendra, vient toutefois de ce que l'article L. 113-2 2° envisage que le questionnaire puisse être établi *lors de la conclusion du contrat* ce qui revient à unir, bien artificiellement, en une seule séquence les questions posées au candidat à l'assurance, l'examen de ses réponses et la conclusion du contrat.

On peut en effet imaginer que se trouve réduite à sa plus simple expression la phase d'examen, au cours d'une phase pré-contractuelle, des réponses aux questions que doit poser l'assureur pour s'informer du risque à couvrir, mais cette phase ne peut pas complètement disparaître, sauf à dire que l'assureur contracte dans l'incertitude la plus absolue, ce qui est inconcevable.

C'est dire l'importance du formulaire de risque, ou de tout document équivalent, qui doit en premier lieu exister lorsque l'assureur entend démontrer que le souscripteur a répondu mensongèrement à ses questions, et en second lieu, contenir des réponses précises à des questions précises.

La réforme intervenue en 1989 est à cet égard capitale : le candidat à l'assurance n'est, en principe, plus actif mais passif. En d'autres termes, il ne pèse plus sur lui une obligation de savoir ce qui peut intéresser l'assureur mais seulement celle de répondre avec exactitude aux questions qui lui sont posées.

L'examen des travaux préparatoires de la loi du 31 décembre 1989 conforte cette analyse. On trouve le commentaire suivant dans le rapport²¹ de M. Haenel au nom de la Commission des lois du Sénat, sous une formulation de l'article L. 112-3 du code des assurances, quasiment identique à celle qui a été finalement adoptée : « *S'inscrivant dans le prolongement de la jurisprudence [l'article L. 112-3 2°] tend à empêcher que l'imprécision des questions posées par l'assureur puisse se retourner contre l'assuré lorsque l'inexactitude des déclarations de ce dernier en procède. [...]. En outre la nouvelle rédaction de l'article L. 113-2 [...] ne permettra plus aussi facilement que par le passé de pénaliser un assuré pour n'avoir pas informé l'assureur au-delà des simples questions qui lui étaient posées* ».

Tel est ce qui paraît être l'état du droit. Il reste à voir son application au travers de la jurisprudence de la Cour de cassation.

3. La jurisprudence

L'assureur, pour valablement prétendre, au moment de la réalisation du risque, que le contrat est nul en raison d'une inexactitude dans les réponses aux questions qu'il a posées pour se faire une opinion du risque doit prouver, d'une part, qu'il a effectivement interrogé le candidat à l'assurance et, d'autre part, que celui-ci lui a fourni des réponses inexactes et entachées de mauvaise foi²².

Dès lors, la question centrale porte sur le point de savoir sous quelle forme doit être produite la preuve établissant que l'assureur a posé une question à laquelle l'assuré a répondu inexactement.

A cet égard, si le questionnaire ne se présente pas comme une obligation, il apparaît qu'il reste le moyen le plus sûr, sinon le seul, d'opposer ultérieurement à l'assuré les réponses inexactes qui devraient lui être imputées. En d'autres termes et en bonne logique, la preuve qu'une question a bien été posée se rapporte en produisant non seulement la réponse mais aussi la question.

La lettre de la loi incite au demeurant à penser que l'assureur doit justifier d'un questionnement effectué par écrit — c'est du moins ce qu'inspire la lecture combinée des articles L 112- 3 4° et L. 113-2 2° du code des assurances.

Mais il reste à déterminer les modalités du questionnement et à le situer dans le temps.

²¹ Commission des lois du Sénat, rapport n° 381 de M. Haenel, annexé au procès-verbal de la séance du 14 juin 1989, p. 113.

²² Ce qui n'empêche évidemment pas l'assureur, comme on le verra plus loin, d'exciper du caractère mensonger d'une déclaration que le candidat à l'assurance aurait faite spontanément ; cf. H. Groutel, *La réforme du code des assurances*, Resp. civ. et assur. 1990, chr. n° 3, § 24 et Lamy assurances 2013 n° 287 et s.

La question est ainsi résumée par un commentateur de l'article L. 113-2 du code des assurances²³ : *la formulation même des documents remis lors de la conclusion doit-elle comprendre exclusivement des questions auxquelles doivent être apportées des réponses, ou est-il valable de procéder par des phrases pré-rédigées (affirmations ou négations) sous lesquelles sera apposée la signature du déclarant ?* Cette formule paraît cependant trop cursive. En effet, son auteur en évoquant les documents remis « lors de la conclusion » élude le facteur temporel, crucial en l'occurrence : les documents contenant les questions posées et les réponses apportées doivent-ils être remis avant la conclusion du contrat, ou au moment même de cette dernière ?

La problématique ainsi posée est abordée dans le rapport très complet déposé sous un arrêt encore récent de la Chambre criminelle²⁴, qui a inspiré certains éléments du présent avis.

Force est cependant de constater que la jurisprudence de la Cour de cassation est loin d'être univoque, ce qui justifie la décision par laquelle la Chambre criminelle a décidé de soumettre à l'examen d'une Chambre mixte le pourvoi ici en cause.

a) La première Chambre civile ne paraît pas avoir eu à connaître d'un important contentieux portant sur la portée qu'il convenait de reconnaître à l'approbation de conditions particulières constituant une réponse aux questions que l'assureur était censé avoir posées.

Néanmoins, dans une affaire où le contrat d'assurance avait été souscrit avant la mise en vigueur de la loi de 1989 ayant introduit le questionnaire fermé, cette formation, saisie du pourvoi d'un assureur qui ne justifiait pas de l'existence d'un questionnaire soumis au candidat à l'assurance, n'a accepté de prendre en considération une clause pré-imprimée insérée dans les conditions particulières du contrat d'assurance que parce que la loi ancienne s'appliquait et que le souscripteur, aurait dû, dans le système de la déclaration spontanée, prendre l'initiative de signaler la discordance qui existait entre sa situation et celle que les conditions particulières lui imputaient²⁵.

Plus topique, bien que non publié, au regard de la problématique contenue dans le pourvoi ici examiné, paraît l'arrêt rendu par cette chambre le 10 décembre 1996 (n° 94-20.757) aux termes duquel il a été décidé, en matière d'assurance construction obligatoire, régie par des règles d'ordre public, qu'une déclaration pré-imprimée, insérée dans les conditions particulières d'un contrat et restreignant la portée de l'assurance obligatoirement souscrite par un candidat à l'assurance à raison de sa qualité de constructeur, ne pouvait servir de fondement à une demande de nullité du contrat en question.

²³ Lamy assurances, n° 280, éd. 2013.

²⁴ Crim. 10 janvier 2012, Bull. n° 3 ; voir aussi, sous le même arrêt, l'avis de M. l'avocat général Cordier.

²⁵ Cass. 1^{ère} civ. 30 septembre 1997 n° 95-15.732.

Elle a par ailleurs, fort logiquement, jugé qu'en l'absence de question sur une circonstance aggravant la nature du risque, l'assureur ne pouvait prétendre à la nullité du contrat pour fausse déclaration²⁶. Elle a aussi décidé que l'apposition de la signature de l'assuré sur une déclaration de santé pré-imprimée dont il a compris la portée, peut, en l'absence de véritables réponses apportées à des questions, c'est à dire d'un questionnaire au sens étroit du terme être retenu pour dire nul le contrat conclu de mauvaise foi par l'intéressé²⁷.

Elle a également, bien évidemment, approuvé les décisions portant sur l'absence de sincérité dans les réponses apportées à un questionnaire remis au souscripteur du contrat.

Est ainsi nul :

- le contrat d'assurance de dommage-ouvrage souscrit par un maître d'ouvrage qui s'abstient de répondre à la question posée de savoir si un bureau d'études est intervenu avant le commencement des travaux et qui ne joint pas le rapport contenant les préconisations du bureau d'études effectivement consulté (Civ. 1^{ère} 7 janvier 1997, Bull. civ. I, n° 1) ;

- le contrat d'assurance de groupe contre les risques d'incapacité de travail et d'invalidité souscrit par une personne qui, dans ses réponses à un questionnaire de santé, omet de déclarer qu'elle suit depuis 10 ans un traitement pour hypertension artérielle (Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, Bull. civ. I, n° 101) ;

- le contrat d'assurance-vie souscrit par une personne qui répond mensongèrement par la négative à la question qui lui est expressément posée de savoir si elle souffre d'épilepsie (Civ. 1^{ère}, 22 mai 2002, Bull. civ. I, n° 136).

De l'ensemble de ces décisions, se dégage l'idée que les droits de l'assureur contre les assurés de mauvaise foi sont parfaitement garantis lorsqu'il peut justifier des questions posées.

b) La deuxième Chambre civile ne se distingue pas par une jurisprudence particulière dans tous les cas où l'assureur ne justifie en aucune manière des questions posées ou lorsqu'il est établi qu'il a été répondu faussement à des questions que l'assureur est en mesure de produire ou encore lorsque l'assuré a livré spontanément une déclaration mensongère.

Elle a ainsi jugé le 3 juin 2010 (n° 09-14.876), que l'assureur qui ne justifie pas avoir posé une question sur un élément lui permettant de se faire une opinion du risque ne saurait exciper de la nullité du contrat pour fausse déclaration ;

²⁶Cass. 1^{ère} civ. 24 juin 1997, Bull. n° 207.

²⁷ Cass. 1^{ère} civ. 24 novembre 1999, n° 97-19.022. La solution de cet arrêt n'est cependant pas exactement transposable à la situation ici examinée. Il s'agissait en effet d'une assurance de groupe, facultative, mettant en jeu une « déclaration de santé » dont la portée a été laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Elle décide de même que le juge peut prendre en compte, pour apprécier l'existence d'une fausse déclaration intentionnelle, les déclarations faites par l'assuré, que ce soit en réponse à des questions posées, à sa seule initiative ou à l'occasion d'un échange téléphonique ayant abouti à la conclusion du contrat²⁸.

C'est sur le point particulier de la portée de l'approbation des conditions particulières que les décisions de la deuxième Chambre civile et de la Chambre criminelle ne s'accordent pas.

La jurisprudence de la deuxième Chambre civile a, semble-t-il, suivi une évolution. Elle s'en est d'abord tenue à l'exigence de réponses inexacts à un questionnaire. Elle s'est ensuite montrée plus compréhensive à l'égard des exceptions de non-garantie soulevées par des sociétés d'assurance excipant de l'adhésion de l'assuré à une clause pré-imprimée figurant dans les conditions particulières du contrat, sans production d'un formulaire contenant les questions censées avoir été posées et les réponses apportées.

α) Dans un premier temps, elle a fait prévaloir une exigence stricte de réponses inexacts apportées à un questionnaire devant être renseigné avant la conclusion du contrat.

Par un arrêt du 15 février 2007 (Bull. civ II, n° 36), qui par son chapeau reproduisant les textes applicables, présente « *nombre d'atours de la solution de principe*²⁹ » cette chambre juge qu'en prononçant la nullité d'un contrat d'assurance sans constater que l'assureur avait posé une question qui aurait dû conduire l'assurée à lui déclarer les circonstances modifiant l'opinion qu'il pouvait se faire du risque à assurer, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles L. 113-2 2° et L. 113-8 du code des assurances.

Dans son rapport sous cet arrêt, Mme le conseiller Aldigé écrivait : « *Comme le relève Mme Lambert-Faivre dans son précis sur le droit des assurances, la déclaration des risques doit se faire sur la base du questionnaire établi par l'assureur, ce questionnaire doit être précis et l'objet de la déclaration est circonscrit aux seules questions posées par le questionnaire limitatif* ».

La deuxième Chambre civile paraît cependant évoluer quand elle juge le 19 février 2009 (Bull. civ II, n° 48, *Sté Bouchon franco-portugais La Maison du liège c/ Société Axa France IARD*) que justifie le prononcé de la nullité du contrat une déclaration mensongère se présentant sous la forme d'un acquiescement des conditions particulières selon lesquelles l'assuré ne s'est pas trouvé, au cours des cinq années précédentes dans une situation modifiant l'appréciation du risque :

- « [...] *si les dispositions de l'article L. 113-2 2° du code des assurances imposent à l'assuré d'informer l'assureur des circonstances de nature à lui faire apprécier le risque qu'il prend en charge, lorsque lui sont posées des questions, le juge peut prendre en compte, pour apprécier l'existence d'une fausse déclaration intentionnelle prévue à l'article L. 113-8 du même code, les déclarations faites par l'assuré à sa seule initiative lors de la conclusion du contrat ;*

²⁸ Cf. C. Aldigé, *Fraude à l'assurance, aléa et obligation de déclaration du risque* JCP E n° 13, 29 Mars 2012, 1220, n° 14.

²⁹ D. Noguéro, *Questionnaire fermé, réticence dolosive et déclaration du risque du souscripteur d'un contrat d'assurance*, D. 2007, p. 1635

que la cour d'appel, ayant constaté que la société B... avait signé une déclaration contenue dans les conditions particulières de la police d'assurance, selon laquelle elle n'avait fait l'objet d'aucune réclamation au cours des cinq années précédant la souscription du contrat, alors qu'elle avait été atraite en justice pour deux sinistres différents, en a tenu compte à juste titre et a souverainement décidé que cette déclaration était fausse et intentionnelle et qu'elle avait diminué l'opinion du risque pour l'assureur ».

Il est toutefois intéressant d'apprendre, selon les précisions apportées par le professeur Mayaux³⁰, qu'en réalité, les circonstances de l'espèce ne permettent pas de donner à cette décision la portée que l'on est tenté de lui prêter à sa seule lecture : en effet, la motivation de l'arrêt ne fait pas ressortir, contrairement au moyen, qu'avant la signature des conditions particulières contenant la déclaration en question, l'assuré avait adressé une télécopie à l'assureur selon laquelle il n'avait fait l'objet d'aucune mise en cause depuis 1995. L'assuré avait donc spontanément fait une déclaration mensongère, en dehors de tout questionnaire. La mauvaise foi étant établie sur cette base, sa sanction s'imposait. Il paraît donc abusif de trouver dans ce seul arrêt une volonté de valider la pratique des déclarations pré-rédigées insérées dans les conditions particulières.

La deuxième Chambre civile a cependant ensuite adopté, par arrêt du 12 mai 2010 (n° 09-65.815) une analyse par laquelle l'approbation d'une formule pré-rédigée figurant dans les conditions particulières du contrat est sans réserve regardée comme une réponse à une question expressément posée. Dans ce contexte, une réponse inexacte est regardée comme caractérisant la mauvaise foi de l'assuré³¹.

Dans le droit fil de cet arrêt, elle juge le 16 décembre 2010 (Bull. civ. II n° 208) que la cour d'appel « *qui, retenant que l'article L. 113-2 du code des assurances prévoit la collecte d'informations mais n'impose pas la rédaction d'un écrit, et prenant en compte les réponses de l'assuré aux questions orales précises faites par téléphone, dont celui-ci a confirmé l'existence et le contenu en signant ultérieurement les conditions particulières, a pu en déduire qu'il avait fait intentionnellement une fausse déclaration du risque* » ;

Elle poursuit dans cette voie en jugeant le 28 juin 2012 (n° 11-20.793, non publié) qu'une cour d'appel ayant relevé qu'un assuré avait inexactly déclaré, en approuvant une réponse pré-imprimée précise ne nécessitant aucune interprétation, que son fils, désigné comme conducteur occasionnel du véhicule assuré, n'avait pas fait l'objet d'une condamnation pour conduite en état d'ivresse au cours des cinq dernières années, a pu en déduire que ces fausses déclarations intentionnelles du souscripteur avaient eu pour effet de modifier l'appréciation par l'assureur du risque pris en charge ; qu'ainsi « *sous le couvert du grief non fondé de violation des articles L. 113-8 et L. 113-2 du code des assurances, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion devant la Cour de cassation l'appréciation souveraine de la valeur et de la portée des éléments de preuve.*

³⁰ Note sous Cass. 2^{ème} civ, 19 février 2009, Revue générale de droit des assurances, 1^{er} avril 2009, p. 473

³¹ Commentaire très critique de cet arrêt et de celui, précité, du 19 février 2009 par M. Groutel : Responsabilité civile et assurance n° 9, septembre 2010, comm. 234, note sous Cass. 2^e civ. 12 mai 2010.

γ) Il est cependant permis, à la lecture d'une décision plus récente, de se demander si la deuxième Chambre civile ne s'est pas engagée dans un processus de rapprochement avec la jurisprudence de la Chambre criminelle, telle qu'elle sera précisée ci-dessous.

Par arrêt du 13 juin 2013³², cette chambre a en effet jugé que la signature par l'assuré de conditions particulières aux termes desquelles ce dernier est censé déclarer ne pas se trouver dans une situation modifiant l'opinion que l'assureur peut avoir du risque³³ ne permet pas de retenir à son encontre, dans le cadre d'une action en responsabilité dirigée contre son courtier, le caractère mensonger de ladite déclaration dès lors que l'intéressé qui avait eu recours à cet intermédiaire comprenait mal la langue française, et avait apposé sa signature sur la police sans mesurer la portée d'une clause dont il n'avait appris l'existence que dans le cadre de l'action en nullité engagée par l'assureur.

c) La troisième Chambre civile, en traitant du contentieux de la construction immobilière, connaît, elle aussi, d'un régime obligatoire, concernant l'assurance de responsabilité décennale et de dommage-ouvrage des constructeurs, prévoyant au besoin l'intervention du Bureau central de tarification.

Cette chambre a jugé que l'assureur ne saurait, en l'absence de questionnaire précis, exciper de la nullité du contrat pour une circonstance modifiant l'opinion qu'il pouvait se faire du risque³⁴.

Cette analyse ne se rapporte pas, il est vrai, à un cas de nullité demandée pour fausse déclaration mais pour non-déclaration, en cours de contrat, de circonstances nouvelles aggravant le risque. Il présente cependant l'intérêt de montrer que, pour la troisième Chambre, il ne peut y avoir d'aggravation du risque s'il n'y a pas eu, à la souscription du contrat, une déclaration de risque, consistant en des réponses apportées aux questions posées par l'assureur.

Plus significatif au regard de la problématique ici examinée, bien que non publié, l'arrêt rendu le 12 novembre 2003 (n° 02-11.931) : la Cour de cassation censure une cour d'appel qui admet que puisse être opposée à l'assuré une clause des conditions particulières — excluant toute garantie pour la construction de maisons individuelles — d'un contrat qualifié de « marché de travaux » sans avoir vérifié si les travaux effectués n'entraient pas dans le cadre des activités déclarées par l'entrepreneur au moment de la souscription du contrat.

d) Pour la Chambre criminelle, « hors du questionnaire, point de salut pour l'assureur³⁵».

³² Cass. 2^{ème} civ. n° 12-10.260, non publié, au rapport de Mme le conseiller Aldigé.

³³ Soit « *n'avoir eu aucun sinistre antérieur et n'avoir pas été condamné au cours des trente-six derniers mois à une suspension du permis de conduire de deux mois ou plus pour conduite sous l'empire d'un état alcoolique* ».

³⁴ Cass. 3^{ème} civ. 28 mars 2007, n° 05-.062, non publié.

³⁵ Selon l'expression de M. l'avocat général Lautru dans son avis sous l'arrêt précité de la 2^{ème} Chambre civile du 19 février 2009, Cette appréciation n'exclut naturellement pas l'hypothèse d'une déclaration spontanée qui doit alors être sincère.

Dès avant l'entrée en vigueur de loi de 1989 la Chambre criminelle a atténué le principe du devoir d'initiative pesant sur le candidat à l'assurance lorsque l'assureur avait eu recours à un questionnaire.

Ainsi lorsqu'il existait une distorsion entre un questionnaire mal complété et les conditions particulières imputant à l'assuré, par une clause pré-imprimée, une réponse qui n'avait pas été fournie, la Chambre criminelle n'hésitait pas, en se retranchant derrière leur appréciation souveraine, à approuver les juges du fond qui refusaient de prononcer la nullité en considérant que l'assureur qui n'avait pas fait compléter le questionnaire et qui avait d'office attribué une réponse à l'assuré échouait dans la preuve de la mauvaise foi qui lui incombait³⁶.

En revanche, en l'absence de questionnaire, il était admis que l'assuré qui avait avalisé une clause pré-imprimée ne reflétant pas son profil en ne faisant pas, par exemple, état d'antécédents, devait prendre l'initiative, par une déclaration spontanée, de procéder à la rectification qui s'imposait³⁷.

Mais la Chambre criminelle, postérieurement à la mise en vigueur de la loi de 1989, dans des affaires où la loi ancienne s'appliquait en raison de la date de conclusion du contrat, a jugé que, sous l'empire de la loi nouvelle, le recours au questionnaire s'imposait, ce qui privait par là-même l'assureur de se prévaloir d'une clause pré-imprimée insérée dans les conditions particulières³⁸.

Sous l'empire de la loi de 1989, cette chambre a toujours fait la différence entre la phase pré-contractuelle et la phase de conclusion du contrat matérialisée par la signature de la police en affirmant qu'une exception de non-garantie ne peut être accueillie qu'à la condition de démonstration par l'assureur, que l'assuré a répondu de mauvaise foi aux questions qui lui ont été posées avant la conclusion du contrat, avec cette exigence que le questionnaire soumis à l'assuré soit clair³⁹.

On relève ainsi un arrêt du 12 mai 1993 (n° 92-83.786), remarquable en ceci que, comme en l'espèce, la mauvaise foi de l'assuré ne faisait aucun doute dès lors qu'il avait déjà été condamné pour état d'ivresse et pour deux accidents ; ces circonstances n'empêchent pas la Chambre criminelle d'approuver la décision qui refuse de dire nul le contrat d'assurance dès lors que les mentions portées dans la police n'établissent pas avec une certitude suffisante qu'elles découlent des déclarations de l'intéressé faute de production de la proposition d'assurance contenant le questionnaire.

La Chambre criminelle statue en ces termes :

Attendu que, pour rejeter cette exception, les juges d'appel retiennent que, "si le contrat mentionne que le conducteur habituel est le souscripteur"..., "les cases relatives au conducteur habituel et à sa situation familiale n'ont pas été remplies" sur la proposition

³⁶ Crim 29 mars 1989, n° 88-82.936 ; 13 Février 1992 n° 90-87.397.

³⁷ Crim 25 mai 1994, n 93-84.614.

³⁸ Crim 27 novembre 1996 n° 94-83.534.

³⁹ Lamy assurances 2013, n° 347, *Clarté du questionnaire*.

d'assurance signée par Henri G... et que, par suite, il ne peut être reproché à celui-ci ni "d'avoir fait une fausse déclaration" ni d'avoir omis de signaler "une modification d'un élément demeuré dans l'imprécision"

Attendu qu'en cet état, l'arrêt attaqué n'encourt pas les griefs allégués dès lors qu'il résulte de ces énonciations, exemptes d'insuffisance de contradiction et procédant de l'appréciation souveraine par les juges du fond des faits et circonstances de la cause contradictoirement débattus, qu'au regard des renseignements fournis dans la proposition d'assurance signée par Henri G..., l'assureur n'a pas administré la preuve de la mauvaise foi du souscripteur du contrat.

Il serait à cet égard erroné de penser qu'un arrêt plus récent traduit une renonciation à la rigueur affichée en 1993. La Chambre criminelle a en effet jugé le 10 mars 2009 (n° 08-82.798) qu'en l'absence même de la démonstration de réponses inexactes à des questions précises (en l'espèce une simple annexe du contrat d'assurances comportait une rubrique non signée relative aux déclarations des antécédents du risque) la cour d'appel a pu souverainement apprécier qu'était établie la mauvaise foi de l'assuré. Cette décision ne peut toutefois être regardée comme marquant un revirement de jurisprudence dans la mesure où le moyen ne portait pas sur l'existence d'un questionnaire.

La Chambre criminelle a, au contraire, maintenu et réaffirmé sa jurisprudence lorsqu'elle a été saisie de pourvois dont un moyen portait sur cette question. Doivent ainsi être cités les arrêts suivants :

Crim. 18 septembre 2007 (n° 06-84.807, non publié)

« Attendu que, pour rejeter cette exception [de non-garantie], l'arrêt énonce que, faute de produire un questionnaire sur les circonstances de nature à faire apprécier l'objet du risque pris en charge, auquel Kamel S... était tenu de répondre avant la conclusion du contrat, l'assureur, dont le mandataire a manifestement négligé de confronter les affirmations du souscripteur de la police aux mentions de la carte grise, n'apporte pas la preuve d'une fausse déclaration intentionnelle faite de mauvaise foi par l'assuré ; que les juges ajoutent que les déclarations du prévenu, de l'assuré et des témoins, qui ont varié lors de l'enquête et des audiences, ne permettent pas d'établir que le premier ait été le conducteur habituel du véhicule à la date de la souscription du contrat d'assurance ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ... ».

Crim. 30 octobre 2007 (n° 07-81.481, non publié)

« Attendu que pour écarter l'exception de non-garantie ainsi soulevée, l'arrêt retient que, si, dans les conditions particulières du contrat, figure une déclaration de Samuel L..., selon laquelle il n'a pas fait l'objet d'un retrait de permis de plus de quarante-cinq jours au cours des trois dernières années, ces conditions se bornent à reprendre celles d'un précédent contrat, exception faite de données connues du seul assureur ; que les juges ajoutent que les questions alors posées à l'assuré sont ignorées et qu'ils en concluent qu'il n'est pas établi que Samuel L... a fait intentionnellement une fausse déclaration ; Attendu qu'en l'état de ces motifs, la cour d'appel a justifié sa décision ».

Crim. 27 janvier 2009 (n° 08-81.257, non publié)

« ... attendu que [...] que la cour d'appel, à qui il appartenait de rechercher si le souscripteur avait renseigné le formulaire de déclaration du risque prévu par l'article L. 113-2, 2°, du code des assurances et, dans l'affirmative, d'examiner son contenu et les réponses faites à toutes les questions posées par l'assureur, afin de vérifier le bien-fondé de l'exception au regard de la teneur de la police, n'a pas justifié sa décision [par laquelle elle a admis l'exception de non-garantie] ; D'où il suit que la cassation est encourue de ce chef ».

À la suite de ces décisions, l'arrêt publié du 10 janvier 2012 (Bull. n° 3) se lit comme la poursuite et la réaffirmation de la jurisprudence qui vient d'être évoquée.

« Attendu qu'en l'état de ces énonciations exemptes d'insuffisance ou de contradiction et procédant de l'appréciation souveraine par les juges du fond des faits et circonstances de la cause contradictoirement débattus, notamment de la bonne ou mauvaise foi du souscripteur du contrat et dès lors que l'assureur ne peut se prévaloir ni des conditions particulières, contiendraient-elles, sous une rubrique intitulée "déclaration", des dispositions présentées, sous une forme impersonnelle, comme se rapportant à des renseignements prétendument communiqués par l'assuré, ni d'une attestation recueillie de l'assuré postérieurement à la signature de la police, pour apporter la preuve de l'antériorité des questions qu'il est autorisé à poser par écrit à l'assuré avant la conclusion du contrat en application de l'article L. 112-3, alinéa 4, du code des assurances, la cour d'appel a justifié sa décision ;

Qu'en effet, ce formalisme implique, quelle que soit la technique de commercialisation employée, que les questions que l'assureur entend, au regard des éléments qui lui ont été communiqués, devoir poser par écrit, notamment par formulaire, interviennent dans la phase pré-contractuelle, ce qu'il doit prouver, en les produisant avec les réponses qui y ont été apportées, pour pouvoir établir que l'assuré a été mis en mesure d'y répondre en connaissant leur contenu ».

4. Les commentaires de la doctrine

Tout au plus peut-on relever que les avis sont partagés, et même très tranchés, à l'image de la divergence des jurisprudences de la deuxième Chambre civile et de la Chambre criminelle, cette dernière étant vue comme « l'agent provocateur qui déstabilise ou, au contraire, clarifie le droit à retenir, selon les convictions de chacun », tandis que la deuxième Chambre serait regardée comme « abusivement conservatrice ou, au contraire, raisonnablement pragmatique par les uns ou les autres⁴⁰».

M. Krajewski, maître de conférences, observe⁴¹ que « l'exigence d'un questionnaire ne doit pas être confondue avec une exigence d'écrit ». Il constate que l'article L. 113-2 du code des

⁴⁰ D. Noguéro, *La déclaration du risque : quel support ?* GP 27 avril 2013, n° 117, p. 9.

⁴¹ Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, n° 2707 et s. Dalloz Action 2012 /2013.

assurances, par l'emploi de l'adverbe *notamment*, fait une référence non exclusive au formulaire de déclaration des risques. Les questions, selon cet auteur, peuvent être posées oralement et les réponses apportées figurer sur les documents remis à l'assuré et signés par celui-ci. Il ne manque pas de relever la différence qui existe entre la jurisprudence de la deuxième Chambre civile qui admet que l'assuré se borne à signer un document récapitulant ses réponses et celle de la Chambre criminelle qui manifeste « *un attachement des juges au système questions / réponses réalisé antérieurement à la souscription* ».

Le professeur Kullmann, commentateur du *Lamy assurances* (Ed. 2013, n° 280) fait le même constat en observant qu'à son sens, « *la position défendue par la Chambre criminelle doit être condamnée* » car si les formules de déclaration sont claires et précises, il n'existe rigoureusement aucune raison de pas en tenir compte dans l'appréciation de l'éventuelle mauvaise foi du preneur d'assurance. Il n'est certainement pas dans l'intention du législateur de leur dénier une parfaite valeur juridique et elles doivent donc être assimilées aux questions mentionnées par l'article L. 113-2 du code des assurances ».

Cette opinion est confirmée par le même auteur quand il écrit⁴² : « *Une lecture primaire de l'article L. 113-2 exclut ainsi la méthode de l'affirmation suivie de la signature du proposant. Ne pourraient être qualifiées de fausses déclarations au sens des articles L. 113-8 et L. 113-9 du code des assurances ni les déclarations pré-imprimées fournies par l'assureur au proposant, ni les précisions spontanément apportées par ce dernier, dans le but, par exemple, d'obtenir une réduction de la prime*⁴³. Pareille conception de la déclaration du risque est contraire à l'esprit tant de la loi spéciale à l'assurance que du principe général de bonne foi exigé de toute relation contractuelle ».

Cet auteur développe encore cette thèse dans un commentaire approbateur, publié au n° 1 de l'année 2013 de la Revue générale du droit des assurances, de trois arrêts⁴⁴ rendus par la deuxième Chambre civile, contraires à la jurisprudence de la Chambre criminelle.

En substance, il soutient que la présence de la locution prépositive « *lors*⁴⁵ » interdit « *d'affirmer péremptoirement que, pris à la lettre, l'article L. 113-2 du code des assurances impose de placer la déclaration du risque dans une période clairement antérieure à la conclusion du contrat d'assurance* ». Il admet toutefois, au nom du bon sens, que « *si l'assureur exige une déclaration relative au risque, il veut avoir connaissance des éléments de celui-ci avant de se décider ... donc avant la rencontre des consentements. De là à pouvoir toujours distinguer*

⁴² Note critique sous Crim , 28 septembre 1999, n° 98-84.313 , Revue générale de droit des assurances, 2000, p. 52.

⁴³ En réalité, la Chambre criminelle n'a jamais interdit l'usage de telles déclarations en phase pré-contractuelle ; il paraît certain qu'elle tiendrait compte de déclarations spontanées mensongères faites par le souscripteur pendant cette phase pour admettre une exception de non-garantie.

⁴⁴ Cass. 2^{ème} civ. 12 avril 2012, n° 11-30.075 ; 28 juin 2012, n° 11-20.793 ; 4 octobre 2012, n° 11-23.897.

⁴⁵ Rappelons que l'article L. 113-2 2° du code des assurances fait obligation au souscripteur d'assurance « *De répondre exactement aux questions posées par l'assureur notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge* »

clairement entre phase pré-contractuelle et phase de conclusion du contrat d'assurance, la pratique peut se faire se dresser quelques obstacles ». Il refuse ainsi de distinguer une phase pré-contractuelle proprement dite et la phase de conclusion du contrat, estimant qu'il s'agit, en quelque sorte, d'un continuum où la décision de l'assureur suit immédiatement la prise de connaissance des éléments de risque : *« les modalités de souscription de contrats d'assurance de grande consommation, pourrait-on dire, ne s'étirent pas plus dans le temps que celles qui président à l'achat d'un vêtement de grande confection : la simultanéité des échanges d'informations et de l'échange des consentements est similaire »*.

Cet éminent universitaire est cependant contredit par le professeur Groutel qui approuve la jurisprudence de la Chambre criminelle et critique avec vigueur celle de la deuxième Chambre civile. M. Groutel écrit⁴⁶ en effet, dans une note sous l'arrêt déjà cité rendu le 28 juin 2012 (n° 11-20.793) par cette chambre, particulièrement topique de sa jurisprudence divergente de celle de la Chambre criminelle :

Cet arrêt [...] est à verser au dossier de l'opposition entre la deuxième Chambre civile et la Chambre criminelle. Celle-ci exige la production d'un questionnaire, entendu au sens propre, tandis que celle-là se contente d'un questionnaire supposé à partir de déclarations pré-imprimées aux conditions particulières.

La préoccupation de la Chambre criminelle est d'empêcher que le souscripteur se fasse piéger par des réponses auxquelles il n'a prêté qu'une attention distraite et dont il n'a pas mesuré la portée.

De prime abord, ici, l'assuré n'aurait pas été exposé à ce danger, puisque, nous dit-on, la réponse pré-imprimée était précise et ne nécessitait aucune interprétation. Soit ! Mais, dans le pourvoi, il était invoqué l'absence de questionnaire, la « déclaration du souscripteur » ne pouvant en tenir lieu. À quoi, il est répondu que : « le moyen ne tend qu'à remettre en discussion devant la Cour de cassation l'appréciation souveraine de la valeur et de la portée des éléments de preuve par la cour d'appel ».

Du même coup, la deuxième Chambre civile abandonne tout contrôle, et laisse les juges du fond libres d'accueillir ou non, selon leur humeur, les réponses pré-imprimées.

Le professeur Mayaux ne livre pas une analyse différente⁴⁷ :

- quand il observe *« que le système de la déclaration provoquée est contestable car la déclaration (qu'elle soit sur l'honneur ou non) est trop provoquée pour que le procédé soit honnête du côté de l'assureur. Poser une question en suggérant la réponse, à l'image de ce que font certains instituts de sondage, ce n'est pas la meilleure garantie d'une réponse sincère »*.

⁴⁶ H. Groutel, *Responsabilité civile et assurances* n° 11, comm. 326, Novembre 2012.

⁴⁷ L. Mayaux, note sous Cass. 2^{ème} civ, 19 février 2009, n° 07-21-655, *Revue générale de droit des assurances*, 1^{er} avril 2009, p. 474 ; la même analyse est contenue dans son commentaire au Dalloz, *Repertoire civil*, V° Assurances terrestres, 2^o le contrat d'assurance, n° 266 : *« Quand il pose la question ... et donne en même temps la réponse ... tout en laissant à l'assuré le soin de le contredire, l'assureur encourage les silences frauduleux. Dès lors, on peut se demander s'il mérite d'être protégé »*.

- quand il approuve⁴⁸ en ces termes l'arrêt, également déjà cité, de la Chambre criminelle du 10 janvier 2012 (Bull. crim. n° 3) :

À notre avis, c'est la position de la chambre criminelle qui est préférable, cela pour trois raisons :

La première est que donner la réponse à la place de l'assuré en anticipant sur elle, ce n'est pas poser une question, ce n'est pas interroger, pour reprendre les termes de l'article L. 113-2 du Code des assurances. Le dispositif du « questionnaire fermé » adopté par ce texte n'est respecté, ni formellement, ni dans sa finalité protectrice de l'assuré, car des conditions particulières pré-rédigées attirent moins l'attention de ce dernier que des questions auxquelles il est tenu de répondre ;

La deuxième raison [...] est que l'adhésion sollicitée de l'assuré aux réponses données pour lui par l'assureur vient trop tard quand elle figure dans les conditions particulières du contrat. L'obligation de déclarer les risques à la souscription (à la différence de la déclaration des aggravations de risque) est nécessairement une obligation pré-contractuelle, car son exécution est nécessaire pour éclairer le consentement de l'assureur [...];

La troisième raison est que si, d'après la jurisprudence [de la 2^{ème} Chambre civile, arrêt du 19 février 2009], la fausse déclaration peut être sanctionnée indépendamment de l'exécution de l'obligation déclarative, quand elle est faite à l'initiative de l'assuré qui cherche à minimiser la prime, c'est à la condition qu'elle soit réellement spontanée.

Or, il n'y a rien de spontané à adhérer par sa signature à une déclaration dont l'assureur a lui-même pris l'initiative.

On voit ainsi se dessiner trois types de situation :

- soit le candidat à l'assurance répond mensongèrement aux questions qui lui sont posées au cours d'une phase pré-contractuelle : la nullité est certaine dès lors qu'est prouvée l'existence des questions ;

- soit ce candidat prend sur lui, alors même qu'il ne lui est posé aucune question, de faire une déclaration mensongère à l'assureur, qu'il réitère par la signature de la formule pré-rédigée qu'il trouve dans les conditions particulières du contrat : la nullité est derechef encourue (hypothèse à laquelle répond l'arrêt du 19 février 2009 précité de la deuxième Chambre civile) ;

- soit, enfin, il se contente de signer dans les conditions particulières une déclaration pré-rédigée, censée contenir la réponse à une question dont rien ne vient par ailleurs justifier qu'elle a été posée : c'est ici, et ici seulement, que se situe la divergence entre la deuxième Chambre civile et la Chambre criminelle.

Dans une convaincante étude, Mme Astegiano-La Rizza⁴⁹, maître de conférence, porte l'attention sur un point dont l'importance a également été relevée par les professeurs Groutel et Mayaux et qui constitue le fondement de la jurisprudence de la Chambre criminelle.

⁴⁸ L. Mayaux, Semaine juridique Ed. G n° 14, 1^{er} avril 2013, doct. 400.

⁴⁹ Axelle Astegiano-La Rizza, *La déclaration initiale des risques par le souscripteur*, D. 2012, p. 1753.

Cette universitaire relève, à notre sens à juste titre, que les déclarations pré-rédigées, insérées dans les conditions particulières sont « *hors du champ d'application de l'article L. 112-3 du code des assurances, formellement et temporellement* ».

- Au plan formel, cet auteur approuve, en substance, le raisonnement de la Chambre criminelle selon lequel une simple « déclaration » pré-rédigée et donc impersonnelle ne peut être regardée comme ayant donné lieu à une réponse personnelle pouvant être imputée à l'assuré. En d'autres termes, l'emploi d'une formule pré-rédigée permet de « faire dire » à l'assuré ce qui autorise la conclusion du contrat, alors même qu'il ne l'a peut-être pas dit puisqu'il n'est pas justifié qu'une question quelconque lui a été posée.

- C'est au plan temporel que l'objection est la plus importante. L'auteur de la chronique observe que, par définition, la déclaration des risques doit se situer au cours d'une phase pré-contractuelle, à la suite de laquelle l'assureur accepte ou refuse de contracter⁵⁰. Or, la déclaration pré-rédigée figurant dans les conditions particulières ne relève pas de cette phase pré-contractuelle mais se situe déjà dans la sphère consensuelle de la conclusion du contrat.

Il est logique d'en déduire, au rebours de ce que juge la deuxième Chambre civile que, même approuvée par la signature du contractant, la « déclaration » figurant dans le contrat ne peut être celle qui est attendue au cours de la phase précédent la conclusion dudit contrat, et ne peut donc être regardée comme constituant le support d'une demande en nullité.

C'est ce que, par la motivation déjà citée, la Chambre criminelle a jugé le 10 janvier 2012.

Cet arrêt appelle un commentaire approuvateur de J. Landel qui écrit « [...] *l'exigence de l'antériorité ne fait pas de doute : c'est sur la base des renseignements communiqués par l'assuré avant la conclusion du contrat que l'assureur peut ensuite calculer le montant de la prime et éditer les conditions particulières* ». Critiquant la pratique des déclarations pré-imprimées, cet auteur ajoute /

« En premier lieu, on ne peut jamais être certain que l'assuré avait effectivement lu les « déclarations pré-imprimées », surtout si, comme en l'espèce, elles figurent au milieu de conditions particulières comportant quatre pages dont seule la dernière est signée. [...] – en deuxième lieu cette pratique est de nature à favoriser des réponses inexactes, comme l'ont souligné certains auteurs [...] ; – en troisième lieu, cette pratique arrange les assureurs. Peu importe que le souscripteur ait fait une déclaration inexacte, dès lors que sa souscription leur apporte, dans le contexte de concurrence actuel, un surcroît de chiffre d'affaires. Dans le meilleur des cas, le souscripteur n'occasionne pas de sinistre et l'assureur a ainsi augmenté son portefeuille. Dans le pire des cas, l'assuré provoque un ou plusieurs sinistres, à l'occasion

⁵⁰ On a vu qu'au cas de refus, le candidat à l'assurance peut saisir le Bureau central de tarification. Il est cependant permis de penser que les assureurs sont peu enclins à voir se multiplier les clients imposés par ce bureau qui, même s'ils vont payer une prime plus élevée, vont constituer un risque ne correspondant au profil souhaité par leurs services économiques. Peut-on dès lors à coup sûr écarter l'idée qu'un assureur avisé préférera ne pas refuser les sujets ne rentrant pas exactement dans la clientèle souhaitée, mais se réservera, en cas de sinistre, la possibilité de contester la validité du contrat en arguant du caractère inexact de la déclaration pré-rédigée signée par l'assuré sans que l'on puisse établir la précision des questions éventuellement posées, ni même de l'information dont il aura bénéficié sur ce point ?

desquels l'assureur peut faire une enquête et s'apercevoir de la fausse déclaration. S'il obtient la nullité du contrat, le sinistre est alors pris en charge par le fonds de garantie, qui dispose ensuite d'un recours contre le conducteur. Débiteur final de l'indemnisation des victimes, celui-ci à toutes les chances de se trouver dans une situation financière difficile.

5. Les réponses aux consultations du parquet général

A/ Les acteurs institutionnels

a) En dépit d'une relance, le **ministère de l'économie et des finances** n'a pas fait parvenir de réponse à la date du dépôt de cet avis.

b) **L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution** s'est, quant à elle, exprimée en ces termes :

En résumé, pour qu'une déclaration pré-rédigée soit opposable à l'assuré en cas de fausse déclaration de celui-ci, il nous semble que ce dernier [en réalité, lire « l'assureur »] doit être à même de rapporter la preuve :

- du contenu exact et du caractère clair et précis des questions posées à l'assuré sur la base desquelles a été libellée la déclaration pré-rédigée ;

- que lesdites questions ont été posées à l'assuré à titre pré-contractuel.

Dans les faits, cette double preuve semble rarement rapportée. La pratique actuelle des assureurs "consistant à insérer dans les conditions particulières une mention stéréotypée attribuant au souscripteur une réponse sur les circonstances objectives ou subjectives du risque à assurer" ne nous paraît dès lors pas répondre "aux exigences de la loi en matière de déclaration du risque ».

C'est dire que ce service hautement qualifié regarde comme seule conforme au droit applicable la solution retenue par la Chambre criminelle, avec cette précision très importante selon laquelle, l'ACPR a pu constater que certains acteurs significatifs du marché de l'assurance automobile faisaient remplir au souscripteur un questionnaire pré-contractuel d'évaluation du risque, sans pouvoir toutefois évaluer la part de cette pratique au sein du marché.

c) **L'institut national de la consommation** observe que le fait de poser des questions oralement ne paraît pas en soi contraire aux dispositions du code des assurances, mais complique la constitution de la preuve de la fausse déclaration intentionnelle ainsi que la saisine ultérieure du Bureau central de tarification puisque l'assureur doit mettre à la disposition de l'assuré un document intitulé formulaire de souscription, en d'autres termes un formulaire de risque. L'accent est mis sur l'article R. 132-1 du code de la consommation qui présume abusives de manière irréfragable les clauses des contrats de consommation ayant pour objet ou pour effet « d'imposer au non-professionnel ou au consommateur la charge de la preuve qui, en vertu du droit applicable devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat ».

B/ Les associations de défense des consommateurs

a) **L'association UFC-Que choisir** siège, en qualité de représentant des assujettis au Bureau Central de tarification⁵¹, ce qui peut donner un poids particulier à son analyse. Elle observe « *qu'il est rare que le mandataire de l'assureur attire l'attention du souscripteur profane sur des stipulations contractuelles figurant [...] sous les conditions particulières* ». Elle conclut, en définitive, que seule une déclaration pré-contractuelle, précise et écrite, est de nature à caractériser une fraude susceptible d'être sanctionnée, et que, s'il est évident que la fausse déclaration intentionnelle de l'assuré doit être sanctionnée, il n'en demeure pas moins qu'une telle fraude doit être prouvée par l'assureur.

C'est encore la jurisprudence de la Chambre criminelle qui est privilégiée.

b) **L'association Consommation, logement et cadre de vie (CLCV)** ne se prononce pas différemment quand elle constate, au terme d'une enquête conduite auprès de 670 personnes au cours du deuxième trimestre 2012, qu'en matière d'assurance, « *le consommateur est face à des contrats d'adhésion sans la moindre possibilité pour lui d'en négocier le contenu* ». Pour cette association, « *il ne paraît pas acceptable qu'un assureur puisse considérer que l'insertion d'une clause dans ses conditions générales puisse à elle seule justifier une demande de nullité du contrat pour fausse déclaration* ». Il est observé que « *non seulement rien ne prouve que les questions destinées à sélectionner le risque ont effectivement été posées, [mais que] la probabilité est forte pour que le consommateur ait été découragé de lire le contrat jusqu'au bout avant de le signer et n'ait donc pas pris connaissance des clauses litigieuses* ». La CLCV conclut en conséquence que « *seule l'édition d'un questionnaire détaillé, détaché des conditions générales d'abonnement et complété et signé par l'assuré est de nature à apporter une information* ».

* *
*

On ne peut s'empêcher de remarquer que les analyses qui précèdent sont conformes en tous points aux observations émises par la Commission des clauses abusives qui dans une Recommandation n° 89/01 publiée au BOCCRF du 14 juillet 1989, émettait déjà l'avis suivant :

Recommande :

I- Que soient éliminées des contrats d'assurance des véhicules automobiles de tourisme les clauses suivantes ayant pour objet ou pour effet :

1. de soumettre le preneur d'assurance aux sanctions prévues pour non-déclaration ou déclaration inexacte du risque assuré lorsqu'il a omis de signaler des circonstances ou des faits autres que ceux sur lesquels l'assureur l'a explicitement interrogé au moyen d'un questionnaire écrit, avant la conclusion du contrat, en cours de contrat ou lors de son renouvellement
[...]

⁵¹ Cf. <http://www.bureaucentraldetarification.com.fr/BCTA>

Bien plus récemment, la Commission des clauses abusives a adopté une recommandation relative au crédit à la consommation qui paraît pouvoir être transposée à la question ici examinée⁵², suivant laquelle « *la clause des conditions générales d'un contrat ainsi rédigée : "Je/Nous soussigné(e)(s)(ées) reconnais/(sons) avoir (...) obtenu les explications nécessaires sur les caractéristiques du crédit qui correspondent à mes/nos besoins et déclare/(ons) accepter les termes du présent contrat de crédit", mérite d'être réputée abusive* ».

* *
*

IV. Solution du pourvoi

Le **moyen unique de cassation** invite d'abord à juger qu'il n'appartient pas à l'assuré, lors de la conclusion du contrat d'assurance, de déclarer spontanément les éléments utiles à l'appréciation du risque couvert mais qu'il lui incombe seulement de répondre avec exactitude aux questions préalablement posées par l'assureur sur les circonstances permettant de se faire une opinion du risque.

On a effectivement vu que le grand apport de la loi de 1989 est d'avoir précisément renversé la charge de la preuve en faisant peser sur l'assuré non plus une obligation de déclaration spontanée, mais celle de répondre avec exactitude aux questions précises qui lui sont posées.

L'argument, ou plutôt le constat, est indiscutable, mais ne suffit pas à lui seul à déterminer la solution du pourvoi.

C'est dans les deuxième et troisième propositions articulées par le moyen que l'on trouvera les éléments sur lesquels la Chambre mixte est précisément appelée à se prononcer. Il est soutenu :

- d'une part, que l'assureur ne peut obtenir la nullité du contrat pour fausse déclaration intentionnelle qu'à la condition de prouver qu'il a, au cours de la phase pré-contractuelle, interrogé l'assuré sur la circonstance formant l'objet de la fausse déclaration alléguée et que l'assuré a répondu inexactement à la question posée

- d'autre part, que cette preuve, qui ne saurait résulter des seules mentions figurant aux conditions particulières de la police, doit être rapportée par la production du questionnaire soumis à l'assuré et des réponses apportées par ce dernier.

En dépit de la longueur des développements qui précèdent, ces arguments invitent, à faire un choix entre deux solutions qui sont finalement d'une grande simplicité et qui ont chacune leurs partisans et leurs détracteurs.

* *
*

⁵² Avis n° 13-01 de la Commission des clauses abusives relatif à un contrat de crédit à la consommation, publié le 15 juill. 2013, <http://www.clauses-abusives.fr/avis/13a01.htm> ; *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 01 octobre 2013 n° 9, P. 7 note de Mme Sabine Bernheim-Desvaux.

Il a été vu :

- que les questions que doit poser l'assureur à tout candidat à l'assurance précèdent par définition la conclusion du contrat et s'inscrivent donc nécessairement dans une phase pré-contractuelle même si l'article L. 113-2 2° est source d'ambiguïté en évoquant des questions posées « lors » de la conclusion du contrat ;

- que la sanction de réponses inexactes aux questions posées par l'assureur est la nullité du contrat ;

- qu'il n'est nullement exigé que ces questions figurent dans un écrit, mais que des questions simplement orales ou non reproduites posent à l'assureur un crucial problème de preuve.

De ces éléments, il ressort avec force que, pour apprécier si elles ont reçu une réponse inexacte, les questions posées doivent être produites ; cette exigence est d'autant plus justifiée que, d'une part, la loi dit de ces questions qu'elles doivent être précises — (comment vérifier la précision d'une question non produite ?) — et que, d'autre part, la sanction du mensonge est d'une particulière gravité, s'agissant de la nullité d'un contrat en matière d'assurance de responsabilité obligatoire.

À partir de là, s'ouvre une alternative :

- Il est possible de considérer que la réalité et le contenu des questions posées se déduisent avec évidence de la réponse apportée sous forme d'une approbation des conditions particulières du contrat.

C'est à cette solution qu'invite en particulier le professeur Kullmann et que se range la deuxième Chambre civile avec un raisonnement cependant différent.

Le premier considère qu'il résulte, à la seule lecture des conditions particulières approuvées par le souscripteur que des questions précises ont été posées et que les réponses inexactes apportées prouvent la mauvaise foi de l'intéressé. Mais avec tout le respect dû à cet éminent universitaire, l'évidence est loin d'être au rendez-vous si l'on considère les controverses doctrinales et les divergences de jurisprudence.

Pour la deuxième Chambre civile, une large place est faite au pouvoir souverain des juges du fond, ce qui revient à valider l'analyse qui vient d'être rappelée et à n'exercer qu'un contrôle « léger » sur ce qui touche pourtant à un domaine éminemment juridique, s'agissant de la nullité éventuelle d'un contrat.

- Il est au contraire envisageable de juger, avec la Chambre criminelle, qu'il ne saurait se déduire de l'approbation de conditions particulières stéréotypées qu'il a effectivement été posé des questions précises, auxquelles l'assuré a, le cas échéant, répondu de manière inexacte, et qu'à défaut de la production des questions posées, il ne peut être admis que la preuve de leur existence est rapportée.

À cet égard, la sévérité de la sanction, dont la loi dit qu'elle ne peut intervenir qu'à la condition de réponses inexactes à des questions précises, justifie amplement que soient produites les questions sans renvoyer à la déduction et aux supputations l'appréciation non seulement de leur existence mais aussi de leur caractère précis.

En d'autres termes, l'assureur qui renonce à l'utilisation d'un questionnaire, ou plutôt qui renonce pour des motifs qui lui sont propres à le produire alors même qu'il a nécessairement recueilli et conservé les éléments d'appréciation du risque, se place dans une situation qui lui interdit de soulever ultérieurement la nullité du contrat.

C'est un choix qui lui appartient et l'on voit mal à quel titre il pourrait ensuite en faire peser les conséquences sur la communauté des assurés en renvoyant vers le Fonds de garantie les mauvais risques qu'il a acceptés sans opposer aux candidats un refus qui les aurait orientés vers le Bureau central de tarification.

Admettre une analyse contraire reviendrait à permettre à l'assureur de ne se livrer à aucun filtrage sérieux en se gardant, au cas de réalisation du risque, la possibilité d'invoquer une cause de nullité. Ainsi se trouveraient pénalisés non seulement d'authentiques fraudeurs mais aussi des personnes qui, bien que n'entrant pas dans les critères exacts posés par des conditions générales et particulières, auraient pu de bonne foi se croire assurées, sans oublier la communauté des assurés qui verrait se renchérir le montant des polices par l'augmentation des contributions au Fonds de garantie dont les comptes doivent rester en équilibre, et les victimes privées de certaines des garanties apportées par les entreprises d'assurance exclusivement.

Il n'est pas neutre à cet égard que non seulement les associations de défense des consommateurs ainsi que l'INC mais aussi l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution se déclarent en faveur de la solution induite par la jurisprudence de la Chambre criminelle. Une telle analyse, loin de se résumer en une sorte de procès fait aux entreprises d'assurance, est la seule qui paraisse de nature à conférer toute leur effectivité aux garanties que le législateur a voulu instaurer en faveur des assurés.

Par ailleurs, pour ce qui concerne l'espèce ici examinée, il se justifiait d'autant plus d'exiger la production du document contenant les questions⁵³ précises posées à M. X... que l'on a vu la très grande légèreté avec laquelle a été assuré ce conducteur très particulier.

Ces différents éléments devraient en conséquence conduire à la censure de la décision par laquelle a été accueillie l'exception de non-garantie soulevée par la société Aviva.

Il appartiendra à la cour de renvoi d'inviter cette société à justifier de l'existence et du contenu des questions posées et de tirer, le cas échéant, les conséquences de la production de la preuve demandée, ou de son absence.

Nous avons en conséquence l'honneur de conclure à la cassation de l'arrêt attaqué.

D. Boccon-Gibod

⁵³ Questions dont on ne trouve la preuve ni dans les conditions générales ni dans les conditions particulières du contrat rappelées au début de cet avis.