

Assurance d'une activité illicite et devoir de conseil de l'assureur

Quoiqu'elle ait rencontré un grand succès auprès d'un certain public, c'est à la réprobation unanime de la jurisprudence que s'est heurtée l'exposition « Our body ». Le 16 septembre 2010, la Cour de cassation a en effet rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt confirmatif interdisant la poursuite, à Paris, de cette manifestation qui se composait essentiellement de 22 cadavres et autres organes humains « plastinés », ouverts ou disséqués, pour certains mis en scène dans des attitudes évoquant la pratique de différents sports (1). Mais, au jour où la Cour statuait ainsi, le contentieux s'était déjà déplacé sur le terrain assurantiel.

La société organisatrice avait souscrit le 25 février et le 7 novembre 2008 deux contrats d'assurance garantissant les pertes pécuniaires subies par suite de l'annulation, de l'ajournement ou de l'abandon de l'exposition survenant indépendamment de sa volonté. Le premier couvrait l'exposition qui s'était tenue sans encombre à Lyon de mars à octobre 2008. Le second couvrait l'exposition parisienne qui, elle, avait été suspendue, à compter du 23 avril 2009, par suite de l'ordonnance de référé du tribunal de grande instance de Paris du 21 avril 2009 (2), pour l'essentiel confirmée par la cour d'appel de Paris le 30 avril suivant (3).

Les assureurs avaient refusé de prendre en charge les pertes pécuniaires qui en étaient découlées, faisant valoir principalement que le contrat du 7 novembre 2008 était nul, et subsidiairement que les conditions de la garantie n'étaient pas réunies. La société organisatrice les assigna, demandant au juge de reconnaître la validité du contrat litigieux et d'ordonner aux assureurs de lui verser le montant de la garantie souscrite. À titre subsidiaire, elle sollicita notamment la réparation du préjudice dont elle soutenait qu'il avait été causé par le manquement des assureurs à leur devoir de conseil quant à l'assurabilité de l'événement. La cour d'appel de Paris l'ayant, par arrêt essentiellement confirmatif du 5 février 2013, débouté de ses demandes (4), la société introduisit un pourvoi en cassation.

Un premier moyen reprochait aux juges du fond d'avoir annulé le contrat du 7 novembre 2008 au motif que sa cause serait illicite, alors que l'article 16-1-1 du code civil serait entré en vigueur postérieurement à sa formation et que les articles 16 et suivants du même code n'auraient alors concerné que les personnes vivantes. Un second moyen faisait grief à l'arrêt d'avoir violé l'article 1147 du code civil en jugeant que le droit antérieur à la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 interdisait déjà l'exposition de cadavres à des fins commerciales tout en rejetant l'action indemnitaire de l'assuré, cependant que nul n'est censé ignorer la loi et qu'un professionnel du droit ne saurait arguer de l'incertitude quant à l'état réel du droit positif pour se dispenser d'exécuter son devoir de conseil.

Tout en confirmant la nullité du contrat d'assurance prononcée par les juges du fond (I), la première chambre civile s'est laissée séduire par ce second moyen, cassant partiellement l'arrêt au terme d'une appréciation singulière du devoir de conseil de l'assureur (II).

I - La nullité du contrat d'assurance confirmée

L'arrêt commenté (5) approuve les juges du fond d'avoir annulé le contrat d'assurance litigieux en raison du caractère illicite de sa cause (A), déduit d'un ordre public virtuel (B).

A - Une nullité fondée sur le caractère illicite de la cause

Dans le sillage de son arrêt du 16 septembre 2010, mais plus clairement encore, la première chambre civile juge ici qu'« qu'ayant relevé que le contrat d'assurance souscrit le 7 novembre 2008 [...] avait pour objet de garantir les conséquences de l'annulation d'une exposition utilisant des dépouilles et organes de personnes humaines à des fins commerciales, la cour d'appel en a exactement déduit que [...] le contrat litigieux avait une cause illicite et, partant, qu'il était nul ».

La Cour met ainsi à distance le cortège d'arguments avancés au soutien de l'interdiction de l'exposition, au profit de l'affirmation d'un seul critère : la finalité commerciale poursuivie par l'exposition de dépouilles et restes humains. Le critère est discutable. N'affaiblit-il pas la cause que les juges ont entendu défendre ? Il semble effectivement porteur d'une relativisation de l'obligation de traiter avec décence et respect les restes des personnes décédées. Le critère est également peu clair. Il est des musées qui font des bénéfices. Et, pour éviter la casuistique tirée de la question de savoir « à quel tarif d'entrée commence la commercialisation » (6), il faudrait accepter l'hypothèse que la finalité des expositions organisées par des institutions publiques ne saurait qu'être scientifique, artistique ou pédagogique avant que d'être commerciale (7). Où l'on perçoit que le critère n'est pas sans risques. Les monopoles culturels d'exploitation n'étant pas à l'abri du droit de la concurrence (8), la réprobation de la « mort à profits » (9) n'ouvre-t-elle pas la porte à des questionnements sur les pratiques des « opérateurs » sur le marché des « cadavres et restes humains » ?

L'arrêt commenté confirme, par ailleurs, la force d'irradiation de l'illicite : le caractère illicite d'une activité peut vicier les contrats les plus divers qui concourent à son exercice. Ont ainsi été annulés les contrats du personnel domestique employé par une maison de tolérance, la location ou la vente d'un immeuble destiné à accueillir ce genre d'institution, ou encore le prêt ayant permis l'acquisition du local affecté à un tel usage (10). Le contrat d'assurance a rarement connu le même sort, mais le fait qu'il le puisse peut se revendiquer de l'analyse économique du droit : la garantie de l'assureur n'est pas sans favoriser la commission de l'illicite. Le fondement juridique de l'annulation du contrat d'assurance n'est, en revanche, pas toujours très clair, comme en témoigne l'arrêt qui se borne à approuver les juges du fond d'avoir retenu qu'« une assurance garantissant l'exercice illégal d'activités professionnelles est nulle comme contraire à l'ordre public » (11). De ce point de vue, l'arrêt commenté présente l'intérêt de fonder clairement une telle annulation sur le caractère illicite de la cause du contrat. Ce fondement semble d'autant plus pertinent que la cause illicite constitue *de lege lata* le support privilégié d'une police des contrats arrimée à un ordre public virtuel.

B - Une nullité déduite d'un ordre public virtuel

À l'heure où la survie de la cause est menacée, l'arrêt commenté illustre l'un des intérêts que revêt la prohibition de la cause illicite, comparativement à celle des conventions contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs. Effectivement, quand l'article 6 du code civil dispose qu'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs », son article 1133 énonce que « la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public ». Mis en avant par le premier de ces textes, le fondement textuel de l'ordre public se dissipe dans le second (12). Or il n'a échappé ni au demandeur au pourvoi ni à la doctrine que l'ordre public auquel s'arrimait l'annulation du contrat d'assurance était en l'espèce moins textuel que virtuel.

L'arrêt commenté affirme que « le principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du code civil ». Préalablement, la cour d'appel avait fait valoir que les « dispositions nouvelles, d'ordre public, n'ont fait qu'étendre explicitement au cadavre humain la protection de la dignité et du respect dus à l'être humain découlant de l'article 16 du code civil, étant observé qu'au moment de la formation du contrat, les articles 16-1 et 16-5 prohibaient déjà la patrimonialisation du corps humain et l'article 16-3 l'atteinte à l'intégrité du corps humain, sans distinguer entre le corps des personnes vivantes et celui des morts ». Pourtant, comme l'a observé Monsieur Loiseau, il n'était « nullement question, ni dans la lettre, ni dans l'esprit de la loi du 29 juillet 1994 dont ces textes sont issus, d'étendre le statut conçu pour le corps des êtres humains vivants au cadavre des individus décédés » (13).

L'arrêt commenté semble ainsi s'inscrire dans le sillage de la jurisprudence admettant que « la cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit prohibée par la loi » (14). Mais les assureurs pouvaient-ils alors se voir reprocher de n'avoir pas dessiné, par anticipation, les contours de l'ordre public ultérieurement découvert par les juges ?

II - L'appréciation singulière du devoir de conseil de l'assureur

Autant l'existence, à la charge de l'assureur, d'un devoir de conseil est classique, autant son fondement (A) et sa portée (B) semblent ici l'objet d'une appréciation singulière.

A - Un fondement surprenant

Comme l'y invitait le moyen, c'est au visa de l'article 1147 du code civil que la première chambre civile censure l'arrêt d'appel en ce qu'il a écarté l'existence d'une violation, par les assureurs, de leur devoir de conseil. Il est pourtant difficile de comprendre à quel titre les assureurs pouvaient engager leur responsabilité contractuelle. Non seulement l'obligation de conseil afférente au risque d'annulation de l'exposition ne pouvait qu'être précontractuelle (15), mais le contrat dont elle constituait l'accessoire était nul !

Il est admis que la responsabilité précontractuelle est en principe délictuelle. C'est donc sur le fondement de l'article 1382 du code civil que la responsabilité de l'assureur ou du courtier pour manquement à son devoir précontractuel d'information et de conseil devrait être poursuivie (16). En visant l'article 1147 du code civil, la Cour semble pourtant étendre aux assureurs la jurisprudence qui retient que le banquier dispensateur de crédit excessif, qui manque à son devoir précontractuel de mise en garde, engage sa responsabilité contractuelle (17). Les justifications d'une analyse contractuelle de ce devoir et de la responsabilité correspondante sont connues, qui tiennent notamment à la porosité des frontières entre formation et exécution du contrat. Il serait cohérent qu'une fois conclu, le contrat prenne en charge les relations précontractuelles, puisque c'est en qualité de contractant que le débiteur s'acquitterait de son obligation d'information, l'inexécution de cette dernière ne se révélant qu'en cours d'exécution. Outre les limites de principe que l'on peut opposer à ces raisonnements (18), il faut admettre que leur pertinence s'estompe lorsque, comme en l'espèce, l'anéantissement rétroactif du contrat est prononcé.

La responsabilité contractuelle suppose un contrat valable : « il y aurait une antinomie entre la malformation du contrat et l'inexécution de l'obligation. Un contrat nul ne saurait produire le moindre effet » (19). Il est certes des arrêts qui évoquent « l'exécution » ou « l'inexécution » de contrats nuls, mais c'est en tant que le contrat, qui « bénéficie d'une certaine façon d'une

présomption d'innocence juridique » (20), produit ses effets jusqu'à son annulation. Dès l'annulation, le contrat est en revanche réputé n'avoir jamais existé, l'inexécution contractuelle s'analysant comme un fait générateur de responsabilité délictuelle. La Cour de cassation a ainsi censuré pour violation des articles 1147 et 1382 du code civil l'arrêt condamnant un contractant au paiement de dommages-intérêts sur le fondement du premier de ces textes, alors que, « par l'effet de l'anéantissement rétroactif du contrat », sa responsabilité « ne pouvait être recherchée que sur le fondement délictuel ou quasi délictuel » (21).

Que la responsabilité encourue mérite, dans les circonstances de l'espèce, d'être « fondée sur une obligation générale autonome, et comme telle soumise aux règles de la responsabilité délictuelle » (22), s'avère, en outre, conforme au droit des assurances. En effet, la Cour de cassation exclut l'application de la prescription biennale de l'article L. 114-1 du code des assurances à l'action en responsabilité intentée contre l'assureur pour manquement à son obligation précontractuelle d'information, au motif que « l'action de l'assuré engagée sur ce fondement ne dérive pas du contrat d'assurance » (23).

Mais l'arrêt commenté ne se borne pas à raviver les « mystères et paradoxes de la période précontractuelle » (24). Il fait aussi preuve d'une sévérité notable dans l'appréciation des conditions de la responsabilité des assureurs.

B - Une appréciation sévère

Les juges du fond avaient rejeté le moyen tiré de la violation, par l'assureur, de son devoir de conseil, au motif que c'était à la société organisatrice de s'assurer de la licéité de l'exposition projetée. Ce professionnel de l'événementiel, de surcroît assisté de son propre courtier pour la souscription du contrat litigieux, ne pouvait, compte tenu des circonstances de la cause, ignorer que la licéité de l'exposition était sujette à caution. En revanche, il n'était pas démontré que les assureurs eussent eu connaissance des modalités pratiques de l'exposition d'où procédait son caractère illicite. La première chambre civile a balayé cette motivation, au motif « qu'il ne résult[ait] pas de ces constatations et énonciations que les assureurs avaient attiré l'attention de la société [...] sur le risque d'annulation de l'exposition litigieuse ».

Ainsi, l'arrêt ne se borne pas à réaffirmer que c'est au débiteur du devoir d'information et de conseil de prouver son exécution (25) : il laisse aussi entendre que c'est à tort que la cour d'appel a exclu l'existence d'un tel devoir à la charge de l'assureur. Pourtant, les compétences de l'assuré sont classiquement prises en compte pour apprécier à la fois l'existence et l'étendue du devoir de conseil de l'assureur (26) et du courtier (27). De plus, l'assuré était ici assisté de son propre courtier, lequel, « mandataire de l'assuré, est tenu à l'égard de ce dernier d'un devoir d'information et de conseil » (28). Que cet intermédiaire n'ait pu ignorer le risque d'interdiction procédait de ce que, interrogé par l'un des assureurs, il avait répondu que l'exposition, qui avait été présentée dans le monde entier depuis 1995, n'avait jamais rencontré de refus d'installation. Quant à la société organisatrice, le simple fait qu'elle ait souscrit une assurance couvrant le risque d'annulation de l'exposition témoignait de ce qu'elle était consciente d'un tel risque.

Le tribunal avait cependant relevé que la garantie ne s'appliquait qu'aux pertes pécuniaires résultant des « retraits d'autorisation ou interdictions administratives », de telle sorte qu'elle n'aurait pu être mobilisée en cas d'interdiction judiciaire. Dans cette perspective, on pourrait estimer que ce qui est, au fond et classiquement, reproché aux assureurs, c'est de n'avoir pas éclairé l'assuré sur l'adéquation entre les garanties souscrites et les risques qui le menaçaient (29), lors même que ces risques n'excédaient pas le cadre de l'opération d'assurance proposée (30). Mais les assureurs pouvaient-ils, avant la souscription, mettre en garde l'assuré contre le risque d'interdiction judiciaire,

quand l'ordre public virtuel motivant pareille interdiction n'avait été qu'ultérieurement dégagé par le juge judiciaire ?

Comme l'y invitait le pourvoi, la Cour de cassation rapproche ainsi les conditions de responsabilité respectives de l'assureur et des professionnels du droit : l'obligation d'information est maintenue, non seulement en présence d'un client compétent ou assisté par une personne compétente, mais encore d'une évolution de la jurisprudence dont il était pourtant permis de douter qu'elle fût ici prévisible (31). L'on peine alors à se départir du sentiment que la haute juridiction entreprend, sous couvert d'un manquement au devoir de conseil de l'assureur, de décourager la conclusion de contrats illicites (32), vouant ainsi l'obligation d'information non pas tant à éclairer le consentement des parties, qu'à assumer une fonction de police préventive des conventions contraires à l'ordre public de direction.

(1) Civ. 1re, 16 sept. 2010, n° 09-67.456, Bull. civ. I, n° 174 ; D. 2010. 2157, obs. C. Le Douaron, 2750, note G. Loiseau, 2145, édito. F. Rome, 2754, note B. Edelman, et 2011. 780, obs. E. Dreyer ; AJDA 2010. 1736 ; RTD civ. 2010. 760, obs. J. Hauser ; JCP 2010. 1239, note B. Marrion ; Dalloz actualité, 27 sept. 2014, obs. C. Le Douaron.

(2) TGI Paris, 21 avr. 2009, n° 09/53100, D. 2009. 1278, 1129, édito. F. Rome, et 1192, entretien X. Labbé ; AJDA 2009. 797 ; Constitutions 2010. 135, obs. X. Bioy ; RTD civ. 2009. 501, obs. J. Hauser ; Juris-Data n° 2009-002176.

(3) Paris, 30 avr. 2009, n° 09/09315, D. 2009. 1278, obs. C. Le Douaron, 2019, note B. Edelman, et 2010. 604, obs. J.-C. Galloux ; AJDA 2009. 910 ; Constitutions 2010. 135, obs. X. Bioy ; RTD civ. 2009. 501, obs. J. Hauser ; JCP 2009. 12, note G. Loiseau ; Dalloz actualité, 5 mai 2009, obs. C. Le Douaron.

(4) TGI Paris, 12 avr. 2012, n° 10/11215 ; Paris, pôle 2, ch. 5, 5 févr. 2013, n° 12/10020, Juris-Data n° 2013-001841 ; RCA 2013. Alerte 11, obs. L. Bloch ; JCP 2013. 195, note C. Byk, et 411, note G. Loiseau.

(5) Civ. 1re, 29 oct. 2014, n° 13-19.729, D. 2014. 2242 ; JCP 2014. 1170, obs. G. Loiseau ; LEDC 2014, n° 11, p. 1, obs. O. Sabard.

(6) C. Le Douaron, obs. préc.

(7) B. Marrion, note préc.

(8) D. Truchet, Les monopoles, RFDA 2014. 851.

(9) B. Edelman, note préc.

(10) V. G. J. Martin et J.-B. Racine, Contrats et obligations. Objet du contrat, J.-Cl. Civ. Code, art. 1126 à 113, fasc. 10, 2014, n° 61 et réf. citées.

(11) Civ. 1re, 5 mai 1993, n° 91-15.401.

(12) Cette « valeur ajoutée » de la cause illicite pourrait toutefois être mise à mal si l'art. 16 du projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie était consacré. Ce texte envisage effectivement de prohiber les conventions contraires « à l'ordre public et aux bonnes moeurs ». V. not. C. Pérès, La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie, D. 2009. 381.

(13) G. Loiseau, note ss Paris, 5 févr. 2013, préc.

(14) Civ., 4 déc. 1929, S. 1931. 1. 49, note P. Esmein.

(15) La haute juridiction ne précise pas, en l'espèce, à quel moment la mise en garde aurait dû intervenir. Or le devoir de conseil de l'assureur ne s'achève pas lors de la souscription du contrat (Civ. 2e, 5 juill. 2006, n° 04-10.273, Bull. civ. II, n° 180 ; D. 2008. 120, obs. H. Groutel). Pourtant, au jour de l'interdiction, « l'annulation de l'exposition » n'était plus un risque assurable, mais une réalité connue de tous, dépourvue d'aléa et inassurable, dont l'assureur ne pouvait vraisemblablement plus être tenu d'avertir son client au titre des contrats déjà souscrits (Civ. 3e, 6 mars 2002, n° 99-20.637, RDI 2002. 211, obs. B. Boubli; RTD civ. 2003. 81, obs. J. Mestre et B. Fages; RGDA 2002. 386, note L. Mayaux).

(16) En ce sens, V. not. Com. 15 sept. 2009, n° 08-13.997 ; Civ. 2e, 8 oct. 2009, n° 08-18.928, Bull. civ. II, n° 239 ; D. 2009. 2488.

(17) V. H. Boucard, v° Responsabilité contractuelle, in Rép. civ. 2014, n° 120 et réf. citées.

(18) V. not. D. Mazeaud, note ss Com. 20 oct. 2009, n° 08-20.274, RDC 2010. 30.

(19) H. Boucard, préc. n° 128.

(20) J. Mestre et B. Fages, note ss Civ. 1re, 15 juin 2004, n° 00-16.392, RTD civ. 2004. 508.

(21) Civ. 3e, 18 mai 2011, n° 10-11.721, Bull. civ. III, n° 79 ; adde Civ. 3e, 28 janv. 1998, n° 95-19.095, RDI 1998. 256, obs. P. Malinvaud et B. Boubli.

(22) L. Leturmy, La responsabilité délictuelle du contractant, RTD civ. 1998. 839.

(23) Civ. 2e, 22 janv. 2004, n° 02-19.595, D. 2004. 2033, obs. J. Lemée ; 2 juin 2005, n° 04-14.916 ; adde Civ. 1re, 30 janv. 2001, n° 98-18.145, Bull. civ. I, n° 14 ; D. 2001. 672.

(24) D. Mazeaud, Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle, LGDJ, 2001, p. 637.

(25) En matière d'assurance, V. Civ. 2e, 8 avr. 2004, n° 03-11.485, Bull. civ. II, n° 163 ; D. 2004. 1349.

(26) V. not. L. Mayaux, v° Contrat d'assurance, in Rép. civ. 2014, n° 220 ; G. Durry, L'obligation de conseil et d'information de l'assureur et des intermédiaires envers l'assuré, RDI 2001. 33.

(27) Civ. 2e, 24 oct. 2013, n° 12-27.000.

(28) Ibid.

(29) V. not. Civ. 1re, 13 déc. 2012, n° 11-27.631, Bull. civ. I, n° 259 ; D. 2013. 6, et 1981, obs. H. Groutel.

(30) V. not. Civ. 1re, 2 juill. 2002, n° 99-14.765, Bull. civ. I, n° 178 ; D. 2003. 169, note B. Beignier ; RTD civ. 2003. 81, obs. J. Mestre et B. Fages.

(31) Les manquements des professionnels du droit à leur devoir de conseil ne peuvent s'apprécier qu'au regard du droit positif existant à l'époque de leur intervention, l'existence d'une incertitude

juridique ne les dispensant toutefois pas de leur devoir de conseil (V. not. Civ. 1re, 9 déc. 1997, n° 95-21.407, Bull. civ. I, n° 362 ; 18 févr. 2003, n° 00-16.447, Bull. civ. I, n° 50). Si la jurisprudence est en ce sens qu'on ne peut leur imputer à faute de n'avoir pas prévu une évolution ultérieure du droit, un arrêt leur a toutefois imposé de tenir compte d'une évolution prévisible de la jurisprudence dans la mesure où celle-ci serait déjà apparue dans un précédent arrêt de la Cour de cassation (Civ. 1re, 7 mars 2006, n° 04-10.101, Bull. civ. I, n° 136 ; D. 2006. 2894, note F. Marmoz ; AJDI 2006. 587; RTD civ. 2006. 521, obs. P. Deumier, 580, obs. P.-Y. Gautier, et 2007. 103, obs. J. Mestre et B. Fages; JCP 2006. I. 166, obs. P. Stoffel-Munck). Or, la cour d'appel avait ici fait référence à l'arrêt du Conseil d'État du 2 juill. 1993 ayant jugé que « les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci ». Pouvait-on en déduire que l'interdiction de l'exposition ne procédait que d'une évolution antérieure de la jurisprudence ?

(32) Rapp. O. Sabard, obs. préc.