

Résumé de la thèse de Nicolas Leblond : « Assurances et sûretés »

L'actualité immédiate après la soutenance de la thèse Assurances et sûretés a démontré combien la relation des assurances et des sûretés est patente et combien l'assurance intervient de plus en plus dans le domaine de la garantie de l'impayé.

Ainsi, la loi du 17 décembre 2007, dont l'objet est d'améliorer les droits des bénéficiaires tout en les conciliant avec ceux des souscripteurs des contrats d'assurance vie, a profondément réformé le nantissement d'assurance vie. La loi du 5 mars 2007, instituant le droit au logement opposable, a créé un « fonds de garantie universelle des risques locatifs » qui bénéficie à certains bailleurs « qui ne souscrivent pas de contrats d'assurance contre le risque de loyers impayés ». Ce fonds apparaît donc comme un palliatif à l'absence d'assurance loyer. Surtout, l'assurance sert de référence mais encore de moyen de financement puisque ce fonds est alimenté en partie par une fraction des primes ou cotisations dues au titre des contrats d'assurance contre le risque locatif. Signe encore de la parenté existant entre les assurances et les sûretés, la loi du 25 mars 2009, dite de mobilisation pour le logement, qui a modifié l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 interdisant aux propriétaires ayant conclu une assurance des loyers de demander aux candidats locataires qu'ils fournissent une caution. On sait par ailleurs qu'il n'est quasiment plus aucun prêt pour lequel il n'est demandé à l'emprunteur de souscrire ou d'adhérer à une assurance qui couvre les risques qui peuvent avoir une influence sur leur capacité de remboursement. Ainsi, en 2005, ce sont plus de deux millions de demandes pour les contrats emprunteurs qui furent présentées aux assureurs. Et l'influence de cette garantie sur l'octroi des prêts est telle qu'une convention de janvier 2007 a créé un système qui permet aux personnes présentant un risque aggravé de santé d'obtenir une garantie d'assurance et donc, d'avoir accès au crédit.

Cette actualité démontre combien la relation des assurances et des sûretés est une réalité. Pourtant son étude juridique n'a jamais été menée de façon globale. Il faut avouer que la seule proposition de rapprocher les assurances et les sûretés pour tenter de les assimiler a certainement faussé le débat. Il s'agit de la tentative d'identification de l'assurance de responsabilité civile à une sûreté de la victime.

En dépit d'un charme certain et d'une influence fondamentale sur le droit de la responsabilité civile, cette tentative doit être dénoncée.

L'assurance de responsabilité civile ne saurait être la sûreté de la victime pour la simple raison qu'elle est une assurance de dette dont l'unique objet est de protéger le patrimoine du responsable. Elle n'est pas l'assurance d'une créance. Dans l'esprit des parties au contrat d'assurance de responsabilité civile, l'indemnité due en cas de sinistre n'est, tout au plus, qu'un moyen de paiement d'une dette. Et si ce moyen de paiement peut présenter des garanties pour la victime, ce n'est pas du fait du mécanisme d'assurance mais de l'existence de l'action directe qui lui est reconnue contre l'assureur du responsable. En dépit du refus d'assimiler assurance RC à une sûreté de la victime, ce rapprochement est néanmoins révélateur de l'existence d'une relation entre assurances et sûretés : l'assurance peut servir, au moins, de soutien aux sûretés avant peut-être de constituer par elle-même une sûreté.

C'est autour de ce mouvement progressif que la thèse s'organise. Sa première partie est consacrée à l'étude des assurances qui viennent au soutien des sûretés traditionnelles avant que ne soit étudiée la possibilité d'assimiler certaines assurances à des sûretés.

Outre l'avantage de correspondre à un mouvement progressif, ce plan permet de respecter la nature même des assurances et des sûretés qui ont toutes deux pour but d'offrir un surcroît de sécurité. En les associant progressivement, c'est alors vers toujours plus de sécurité que les créanciers peuvent tendre. Encore faut-il pour que cette sécurité soit atteinte, que les deux éléments de la relation soient pris en considération.

Or, lorsque les mécanismes d'assurances qui investissent le domaine des sûretés sont appréhendés juridiquement, c'est toujours une vision unilatérale qui est adoptée. Et sous prétexte qu'il s'agit de techniques d'assurance, c'est le seul droit des assurances qui est mis à contribution.

De cet unilatéralisme jaillissent toutes les difficultés.

L'idée force de la thèse est donc de faire toujours le lien entre droit des assurances et droit des sûretés afin que les mécanismes d'assurance qui investissent le champ de la garantie de l'impayé soient correctement appréhendés. Et à n'en pas douter, le rapprochement permet d'ouvrir de nouvelles perspectives pour résoudre les difficultés rencontrées, s'il ne permet de les résoudre.

Cette idée force se vérifie d'abord lorsque les assurances viennent en soutien des sûretés traditionnelles grâce à la valeur qu'elle représente.

Cette idée force est ensuite confortée à l'étude des assurances qui se proposent de garantir l'impayé.

En tant d'abord que soutien des sûretés, l'assurance peut en premier lieu accroître leur efficacité : c'est l'attribution de l'indemnité d'assurance aux créanciers privilégiés sur la chose assurée.

L'assurance peut en second lieu permettre à la sûreté d'exister, c'est le nantissement d'assurance vie

En ce qui concerne l'attribution de l'indemnité d'assurance au créancier privilégié, ce mécanisme suscite des difficultés qui sont principalement liées aux doutes relatifs à son fondement juridique.

Pour certains, l'attribution de l'indemnité d'assurance se justifierait par la subrogation réelle ; pour d'autres, il ne s'agirait que d'une action directe. Mais outre que les éléments nécessaires à l'identification de ces notions n'apparaissent pas dans l'attribution de l'indemnité d'assurance, il semble qu'il ne soit pas besoin d'aller chercher aussi loin la justification de cette attribution. La notion de sûreté réelle suffit à expliquer le mécanisme. Par la sûreté, c'est la valeur de la chose qui est réservée au créancier ; or, l'indemnité d'assurance représente justement la valeur de la chose grevée. Il est donc normal qu'elle revienne au créancier titulaire de la sûreté. Il est aussi normal que si plusieurs créanciers existent, l'attribution se fasse selon leur rang. C'est d'ailleurs ce que précise l'article L. 121-13, mais cette conséquence, les explications fondées sur subrogation réelle ou action directe ne pouvaient le justifier. Le recours à la notion de sûreté le permet.

Le recours à la notion de sûreté comme justification du mécanisme d'attribution permet surtout d'en éclairer la pratique. Par la découverte de ce véritable fondement, il est possible de déterminer les assurances qui sont concernées par le droit à l'attribution. Ce sont toutes celles qui correspondent à la valeur de la chose et parmi elles, à n'en pas douter, l'assurance des pertes d'exploitation, contrairement à ce qui est enseigné et jugé de façon

traditionnelle.

Grâce à cette proposition, il est aussi permis d'identifier les droits qui peuvent bénéficier de cette attribution : tous ceux qui affectent la valeur de chose au créancier. Par exemple, le droit de rétention ne saurait profiter de cette attribution, de même que toutes les propriétés garanties non fiduciaires parce que ces droits ne reposent pas sur l'affectation de la valeur de la chose.

Toutes ces conclusions conduisent à proposer une réforme du texte de l'article L. 121-13 C. ass qui s'efforce de concilier la dimension d'assurance et de sûreté du mécanisme d'attribution.

Ce besoin de réforme, dû à une absence de prise en considération de la double dimension d'assurance et de sûreté, se retrouve aussi en ce qui concerne la seconde modalité d'intervention de l'assurance au soutien des sûretés : le nantissement d'assurance vie.

Dans le nantissement d'assurance vie, un pas supplémentaire est franchi car, outre de permettre l'efficacité de la sûreté, l'assurance lui permet d'exister. Dans le nantissement d'assurance vie, la prise en considération de la dimension d'assurance et de sûreté permet d'accéder à la cohérence que le régime en vigueur lors de la rédaction de la thèse ne permettait pas suffisamment. Cette cohérence est d'autant plus nécessaire que le nantissement d'assurance vie a une importance capitale dès lors que les contrats d'assurance vie sont les supports d'épargne préférés des français. De ce fait, ils sont leur principal outil de crédit. Leur nantissement doit donc être efficace.

De cela, le législateur a certainement eu conscience puisque quelques semaines après la soutenance de cette thèse, le nantissement d'assurance vie faisait l'objet d'une réforme d'ampleur par la loi du 17 décembre. Si certaines des solutions adoptées vont dans le sens de celles qui furent proposées dans la thèse, on peut néanmoins estimer que le législateur s'est arrêté au milieu du gué.

Jusqu'à cette réforme le nantissement d'assurance vie était prévu... mais guère plus. Certes, les modalités de constitution de la sûreté étaient adaptées au contrat d'assurance puisque le nantissement peut être constitué par avenant au contrat. Mais pour le surplus, rien !

On en déduisait donc qu'il fallait recourir au droit commun. Cependant, l'application du droit commun du gage ne permettait pas d'aborder en toute confiance le nantissement d'assurance à raison de la particularité de son assiette : un contrat d'assurance vie.

Cette particularité s'illustre à trois égards : le contrat d'assurance vie est assis sur le mécanisme de la stipulation pour autrui ; il est doté dans la plupart des cas du droit au rachat ; en outre, le contrat peut être stipulé en unités de compte, c'est-à-dire que sa valeur peut être déterminée par référence à des valeurs mobilières.

De ces trois spécificités, trois difficultés résultaient qu'une approche unilatérale, soit de droit des assurances, soit de droit des sûretés ne permettait pas de régler. En revanche en liant ces deux droits, des solutions cohérentes et respectueuses de la double dimension du nantissement d'assurance vie peuvent être proposées.

La première difficulté concernait le rôle du bénéficiaire acceptant du contrat d'assurance vie. Fallait-il avoir son autorisation pour nantir le contrat ? La jurisprudence l'a

estimé considérant que la mise en œuvre du nantissement reviendrait à révoquer sa désignation. La loi nouvelle a consacré cette solution, même si elle a soumis à son tour l'acceptation du bénéficiaire à l'accord du souscripteur. Cependant, en dépit de cette atténuation, on peut douter que l'intervention du bénéficiaire acceptant est nécessaire et qu'elle est opportune.

Économiquement, la solution restreint la capacité de crédit des souscripteurs de contrats d'assurance vie ; ce qui est d'autant plus discutable que les bénéficiaires sont bien souvent aussi les héritiers des souscripteurs. Or, avant d'être reçu, un héritage demande à être construit. Juridiquement surtout, l'acceptation du bénéficiaire ne peut être réduite à l'acceptation du bénéfice ; elle est celle du bénéfice du contrat ce qui devrait conduire à penser que le bénéficiaire acceptant à accepter le jeu du contrat, dans toutes ses dimensions et donc, avec les droits du souscripteur. Cette thèse a d'ailleurs été consacrée par un arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation du 22 février 2008 en ce qui concerne l'exercice du droit au rachat, ce qui permet de penser que pour les contrats régis par le régime antérieur à la loi du 17 décembre 2007, l'acceptation du bénéficiaire acceptant n'est plus nécessaire à la constitution du nantissement.

La deuxième difficulté concerne la vie du contrat d'assurance vie nanti. Si celui-ci est stipulé en unité de compte, le souscripteur peut-il librement procéder à des arbitrages ? À cette question, la jurisprudence a répondu par l'affirmative, en réservant la possibilité d'une convention contraire. On voit que modèle est pris sur le nantissement de compte d'instruments financiers.

La loi nouvelle ne dit mot sur ce point. Mais il faut constater que si c'est la solution connue en matière de nantissement de compte d'instrument financier qui a servi de modèle, en cette matière la solution est admise grâce à l'intervention d'une loi spéciale.

Donc à défaut de précision par la loi nouvelle, c'est le droit commun qui devrait s'appliquer de sorte que le créancier devrait avoir un droit de regard sur ces arbitrages pour la simple raison que s'ils sont mal dirigés, ils peuvent faire perdre au contrat et donc à la sûreté, sa valeur. La solution retenue en jurisprudence méconnaît certainement la dimension de sûreté du nantissement d'assurance vie.

La troisième difficulté provient de l'existence de la faculté de rachat, c'est-à-dire le droit pour le souscripteur de débloquent son capital investi sur le contrat d'assurance avant l'échéance de celui-ci.

La question était posée de savoir si le souscripteur constituant de la sûreté conservait cette faculté ou si elle était transmise au créancier. L'application du droit commun, même après la réforme du droit des sûretés opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006, commandait que cette faculté ne puisse plus être mise en œuvre par le constituant. Mais en même temps, elle ne pouvait être transmise au créancier du fait de la seule constitution du nantissement.

À cet égard, la réforme du droit des sûretés, en autorisant le pacte comissoire, a permis un assouplissement. Mais on pouvait aller plus loin car les conditions posées à l'existence et à l'exercice de ce pacte, notamment l'évaluation par expert, ne sont pas adaptées au contrat d'assurance vie dont la valeur est déjà déterminée. Aussi il était possible de proposer que cette faculté soit transmise au créancier nanti qui pourrait l'exercer en cas de défaillance de son débiteur, ce qui permettrait de concilier la dimension d'assurance et de sûreté du nantissement de contrat d'assurance vie.

Sur ce point la loi nouvelle a fait un pas, mais elle n'a pas achevé la marche. S'il est précisé que le créancier peut exercer le rachat, rien de plus n'est dit. On ne sait donc comment

le créancier peut et doit exercer cette faculté, dont la mise en œuvre peut pourtant être lourde de conséquences, notamment fiscales, pour le souscripteur du contrat d'assurance vie.

En livrant ces précisions, la loi aurait achevé de faire œuvre utile et aurait permis au nantissement d'assurance vie d'offrir la plus grande sécurité aux créanciers. Toutefois, à ceux qui ne seraient pas totalement rassurés, l'assurance offre certainement d'autres modalités pour atteindre cette sécurité tant recherchée.

En effet, le remboursement des créances peut être encore plus parfaitement atteint, non plus en mettant les assurances au service des sûretés, mais en faisant directement intervenir les assurances dans le domaine des sûretés.

En ce cas, l'assurance pourrait constituer une sûreté. Mais pour savoir si cette assimilation est possible, il faut déterminer si l'impayé peut être garanti par l'assurance et si, dans l'affirmative l'assurance de l'impayé entre dans les habits des sûretés.

La pratique montre que l'intervention directe de l'assurance dans la garantie de l'impayé et donc, dans le domaine des sûretés, est une chose parfaitement connue : assurance des emprunteurs, individuelles ou collectives, mais aussi l'assurance crédit, l'assurance caution et l'assurance des loyers sont autant de manifestations de cette intervention de l'assurance dans le champ des sûretés.

Mais de là à procéder à leur assimilation...

Pourtant, à l'étude, il semble que le rapprochement soit logique.

Cette logique procède évidemment de l'objectif commun aux assurances et aux sûretés de procurer à leurs bénéficiaires un surcroît de sécurité. Surtout, l'évidence du rapprochement apparaît du fait de l'identification de l'impayé à un risque assurable dès lors que les notions de risque et d'aléa sont correctement entendues.

Pour tenter d'assimiler ces assurances à des sûretés, il a donc fallu reprendre l'étude de ces notions.

D'abord, l'aléa. Contrairement à ce qui est traditionnellement admis, l'aléa ne constitue pas la cause du contrat d'assurance, mais est en réalité son objet. De fait, le contrat d'assurance n'est pas souscrit parce qu'il existe un aléa car cela ne signifie rien. En revanche, il est exact que ce contrat existe parce qu'il y a une réalité attachée à cette incertitude : le risque de subir des conséquences du fait de la réalisation d'un événement. Partant, c'est ce risque qui motive le contrat d'assurance et donc, qui constitue sa cause. Mais immédiatement, on se rend compte que le contrat d'assurance permettra à l'aléa – l'incertitude – de ne pas produire ses effets dans le patrimoine de l'assuré.

En conséquence, l'aléa intéresse l'effet du contrat d'assurance et constitue son objet. En tant qu'objet du contrat, l'aléa doit exister à la formation du contrat car si l'aléa est une incertitude, c'est celle des effets du contrat. Le contrat d'assurance n'est tel que si à sa conclusion, aucune des parties n'est définitivement fixée quant à l'effet du contrat à son égard. On sait pourtant que la Cour de cassation ne l'entend pas ainsi depuis ses arrêts du 23 novembre 2004...

Mais peu importe. En ce qui concerne l'impayé, il est un risque, dès lors qu'il est l'incertitude de perdre la valeur attachée à la créance, mais encore un risque aléatoire puisque sa réalisation est inconnue des parties de même que l'événement qui y conduit ne dépend pas

de leur volonté. Dès lors, l'impayé en tant que risque assurable peut être garanti par l'assurance. Mais cette assurance n'est pas encore une sûreté.

Pour que tel puisse être le cas, les assurances de l'impayé doivent revêtir l'habit de lumière des sûretés : leur caractère accessoire.

Le caractère accessoire des sûretés procède de leur finalité : sans la créance principale, prise dans son aspect négatif que représente l'impayé, elles ne sont rien. Elles ne sont d'aucune utilité.

De la même façon, les assurances n'ont aucune finalité si un risque à garantir n'existe pas. Les assurances sont donc accessoires au risque qu'elles couvrent.

Et si ce risque est l'impayé, celui-ci ne pouvant exister sans créance, il apparaît que comme les sûretés, les assurances de l'impayé sont des accessoires des créances dont elles garantissent le paiement.

La voie de l'assimilation des assurances de l'impayé aux sûretés semble donc emprunter un chemin tout tracé. Mais un pas doit être encore effectué. Pour être des sûretés, ces assurances doivent aboutir au même résultat.

À cet égard, une distinction doit être faite car la garantie de l'impayé par l'assurance peut prendre deux formes. Soit une forme indirecte, dans laquelle l'assurance garantit un risque qui, s'il se réalise, conduira à l'impayé. Soit de façon plus radicale et directe, l'assurance garantira l'impayé en lui-même.

Dans les assurances indirectes de l'impayé la garantie de celui-ci procède de l'affectation au créancier, par la stipulation pour autrui, de l'indemnité d'assurance relative au risque subi par l'assuré dans sa personne. Mais on se rend alors compte que comme les sûretés réelles, l'assurance indirecte de l'impayé permet l'affectation d'une valeur au créancier. Le rapprochement des assurances indirectes de l'impayé à des sûretés réelles est alors proposé.

Dans les assurances directes de l'impayé, l'assureur s'engage à intervenir si la créance garantie n'est pas payée. C'est alors l'engagement de l'assureur qui constitue, en lui-même, la garantie dont profite le créancier. La garantie procède donc d'un droit personnel. Tout est alors réuni pour que les assurances directes de l'impayé reçoivent la qualification de sûreté personnelle dont le contenu, sinon l'ensemble de la construction contractuelle, est assimilable à celle du cautionnement.

La mise au jour de ces qualifications ne serait cependant rien si elles n'emportaient des conséquences pratiques utiles. À cet égard, la qualification de sûreté révèle toutes les dimensions et les potentialités de ces assurances.

Riche d'apports théoriques, la tentative d'assimilation des assurances de l'impayé à des sûretés permet surtout d'offrir de nouvelles perspectives à la pratique grâce aux solutions qu'elle permet de proposer.

En ce qui concerne les assurances indirectes de l'impayé, leur qualification de sûreté réelle justifie notamment la fixation par la jurisprudence d'un double point de départ de la prescription dans ces assurances.

Ce double point de départ, soit le refus de garantie de l'assureur, soit la demande de remboursement du prêteur, est le seul qui permette de prendre en considération la double

nature juridique de ces assurances. Le refus de garantie de l'assureur traduit la dimension d'assurance de la garantie, tout en étant adaptée à la fonction de garantie de l'impayé de cette assurance puisque le refus de l'assureur peut amener à l'impayé. La demande de remboursement du prêteur réalise quant à elle la prise en considération totale de la fonction de sûreté.

De façon identique, la qualification de sûreté à côté de celle d'assurance des assurances indirectes de l'impayé permet de porter un regard nouveau sur la validité de certaines clauses des contrats d'assurance emprunteur qui contredisent la véritable finalité de garantie de l'impayé de ces assurances. Et si la jurisprudence semble encline à s'engager dans la voie de la condamnation de ces clauses, la qualification de sûreté lui offre pour cela l'appui qui lui manque et lui indique des pistes pour de nouvelles avancées.

Par ailleurs, la qualification de sûreté des assurances indirectes et directes de l'impayé justifie qu'en cas de cession de la créance de remboursement, le bénéfice de ces assurances soit transmis automatiquement au cessionnaire, ce qui n'est pas le cas actuellement alors que l'assurance a conditionné l'existence de la créance et lui donne une grande part de sa valeur.

S'agissant des assurances directes de l'impayé, leur qualification de sûreté personnelle permet de régler simplement et de façon cohérente la question des recours de l'assureur *solvens*, chose qui n'est pas faite de façon satisfaisante à l'heure actuelle. En outre, cette qualification permet d'affirmer que l'assureur doit bénéficier non seulement d'un recours subrogatoire, mais encore, par exception au droit commun de l'assurance, qu'il peut prétendre à jouir d'un recours personnel contre le débiteur défaillant.

Par ailleurs, la qualification de sûreté des assurances directes de l'impayé met en lumière leur identité d'objet de sorte qu'il est possible de proposer que toutes soient soumises au même régime, celui du contrat d'assurance, et que celui-ci ne soit exclu que par exception lorsqu'il contrarie la fonction de sûreté de ces assurances.

Grâce à la qualification de sûreté, les assurances de l'impayé trouveraient donc non seulement une cohérence institutionnelle, mais surtout un guide solide pour leur mise en œuvre. Or, avoir un guide, c'est tendre vers la sécurité. Et parce que la sécurité permet la confiance, le rapprochement des mécanismes d'assurance étudiés des sûretés constitue certainement la clé de leur développement pratique.

Plus loin, la tentative de rapprochement des assurances et des sûretés a permis de remettre sur le métier l'étude de leurs caractères fondamentaux. Par là, le rapprochement leur permet de tendre encore vers la sécurité parce qu'assurances et sûretés ressortent mieux connues de leur comparaison.