

**Université Panthéon-Assas (Paris II)**

**École doctorale de droit privé**



**Université Panthéon-Assas**

**Les contrats de transfert de risque : essai d'une nouvelle catégorie**

Thèse en vue de l'obtention du grade de docteur en droit privé

Présentée et soutenue publiquement le 26 Janvier 2016 par

**Joséphine Hage Chahine**

Devant un jury composé de :

**Madame France Drummond**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Monsieur Jean-Jacques Daigre**

Professeur émérite à l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Paris I)

**Monsieur Antoine Gaudemet**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Monsieur Yves-Marie Laithier**

Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Paris I)

**Monsieur Pierre- Grégoire Marly**

Professeur à l'Université du Maine





## ***Avertissement***

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



## ***Remerciements***

Je remercie Madame le Professeur France Drummond pour la confiance qu'elle m'a témoignée tout au long de l'élaboration de ce travail, pour les conseils qu'elle m'a prodigués à cette occasion ainsi que pour les nombreuses relectures minutieuses.

Qu'elle veuille bien trouver ici l'expression de ma profonde reconnaissance.

Je remercie également Messieurs les Professeurs Jean-Jacques Daigre, Antoine Gaudemet, Yves-Marie Laithier et Pierre-Grégoire Marly d'avoir accepté de faire partie du jury de soutenance de ma thèse ainsi que de l'intérêt qu'ils ont bien voulu porter à mon travail.

*À mes parents.*

*À mes frères.*

*À ma sœur,*

*Pour leur amour et leur soutien indéfectible de tous les instants.*

## ***Les contrats de transfert de risque : essai d'une nouvelle catégorie***

### ***Résumé***

*Le législateur français a formellement prévu des contrats de transfert de risque de crédit sans pour autant en donner une définition. Partant de ce visa exprès, il est possible d'identifier substantiellement des contrats de transfert de risque, de les distinguer de contrats voisins et de les systématiser malgré leur diversité, en une catégorie autonome.*

*Ayant posé la définition d'un contrat de transfert de risque et analysé ses éléments constitutifs, un régime juridique commun ressort clairement, pour régir aussi bien la formation que les effets d'un tel contrat.*

*L'existence d'une notion de contrat de transfert de risque, qui va de pair avec un régime particulier ouvrira la voie aux praticiens à la conclusion de contrats innommés de transfert de risque, répondant à un besoin grandissant : celui de couverture des conséquences dommageables issues de la réalisation d'un évènement incertain.*

*Descripteurs :*

*Contrat de transfert de risque*

*Eléments constitutifs*

*Notion*

*Régime*

*Contrats innommés*

*Besoin de couverture*

## ***Risk transfer contract: essay of a new category***

### ***Abstract***

*The French legislator has formally established a credit risk transfer contract, but without actually defining it. Drawing on this, it is possible to substantially identify many risk transfer contracts, to distinguish them from neighbouring contracts, and assemble them despite their diversity in an autonomous category.*

*Having set a definition of a risk transfer contract and having analysed its essential components, a legal status that governs the formation as well as the effects of such a contract emerges naturally.*

*The existence of a risk transfer contract notion and as well as a corresponding legal status, makes it possible for the parties to conclude new contractual figures of risk transfer contract, in order to meet a growing need: the need to cover the pecuniary losses, resulting from the occurrence of an uncertain event.*

*Keywords:*

*Risk transfer contract*

*Essential components*

*Notion*

*Legal status*

*New contractual figures*

*Coverage needs*



## Principales abréviations

AMF	: Autorités des marchés financiers
Argus	: L'Argus de l'assurance
Art.	: Article
Ass. Plén.	: Assemblée plénière
Bull. civ.	: Bulletin des arrêts de la cour de cassation, chambres civiles
C. civ.	: Code civil
C. com.	: Code de commerce
CMF	: Code monétaire et financier
Cass. civ.	: Arrêt d'une chambre civile de la cour de cassation
Cass. com.	: Arrêt de la chambre commerciale, économique et financière de la cour de cassation
CCC	: <i>Contrats Concurrence Consommation</i>
Ch. mixte	: Chambre mixte de la cour de cassation
CGI	: Code général des impôts
CNC	: Commission des normes comptables
D.	: Recueil Dalloz
DP	: Dalloz périodique
éd.	: Edition
<i>et alii</i>	: Et autres
FBE	: Fédération bancaire européenne
FBF	: Fédération bancaire française
Gaz. Pal.	: <i>Gazette du palais</i>
IAS	: <i>Internationa accounting standards</i>
<i>ibid.</i>	: <i>ibidem</i>
<i>in</i>	: dans
<i>Infra</i>	: ci-dessous
IR	: Informations rapides
ISDA	: <i>International Swaps and Derivatives Association</i>
J.-Cl.	: <i>Juris-Classeur</i>
JCP	: <i>Juris-Classeur périodique, édition générale</i>
JCP E	: <i>Juris-classeur périodique, édition entreprise</i>
LGDJ	: Librairie générale de droit et de jurisprudence
obs.	: observations
<i>op. cit.</i>	: <i>opere citato</i>
p.	: page
PA	: <i>Les petites affiches</i>
PCG	: Plan comptable général
<i>préc.</i>	: précité
<i>préf.</i>	: préface
PUF	: Presse universitaire de France
<i>Rép. Civ.</i>	: <i>Répertoire civil, Encyclopédie Dalloz</i>
<i>Rép. Com.</i>	: <i>Répertoire commercial, Encyclopédie Dalloz</i>
<i>Rev. Banque</i>	: <i>Revue Banque</i>

<i>RDBB</i>	: <i>Revue de droit bancaire et de la bourse</i>
<i>RDBF</i>	: <i>Revue de droit bancaire et financier</i>
<i>RDC</i>	: <i>Revue des contrats</i>
<i>RGAT</i>	: <i>Revue générale des assurances terrestres</i>
<i>RGDA</i>	: <i>Revue générale de droit des assurances (à partir de 1996)</i>
<i>Risques</i>	: <i>Revue Risque</i>
<i>RJDA</i>	: <i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i>
<i>RTD civ.</i>	: <i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	: <i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>S.</i>	: <i>Recueil Sirey</i>
<i>s.</i>	: <i>Suivant(e)(s)</i>
<i>spéc.</i>	: <i>spécialement</i>
<i>Supra</i>	: <i>ci-dessus</i>
<i>V.</i>	: <i>Voir</i>
<i>V°</i>	: <i>verbo</i>
<i>Vol.</i>	: <i>volume</i>

## Sommaire

<b><i>Introduction</i></b> .....	<b>11</b>
<b><i>Première partie : La notion de contrat de transfert de risque</i></b> .....	<b>19</b>
<b>Titre 1 : L'identification des contrats de transfert de risque</b> .....	<b>20</b>
Chapitre 1 : L'approche formelle des contrats de transfert de risque : les dérivés de crédit.....	23
Chapitre 2 : L'approche substantielle des contrats de transfert de risque.....	46
<b>Titre 2 : La systématisation des contrats de transfert de risque</b> .....	<b>93</b>
Chapitre 1 : Les éléments constitutifs du contrat de transfert de risque .....	93
Chapitre 2 : L'autonomie du contrat de transfert de risque .....	134
<b><i>Deuxième partie : Le régime du contrat de transfert de risque</i></b> .....	<b>165</b>
<b>Titre 1 : La Formation du contrat de transfert de risque</b> .....	<b>166</b>
Chapitre 1 : La condition commune tenant au risque.....	168
Chapitre 2 : Les conditions spécifiques tenant aux parties.....	195
<b>Titre 2 : Les effets du contrat de transfert de risque</b> .....	<b>201</b>
Chapitre 1 : Les effets du contrat de transfert de risque entre les parties.....	201
Chapitre 2 : Les effets du contrat de transfert de risque à l'égard des tiers.....	260
<b><i>Conclusion générale</i></b> .....	<b>281</b>

## Introduction

---

« Rien ne se perd, rien ne se crée,  
tout se transforme et éventuellement se transfère. »<sup>1</sup>

1. « Il y a bien des manières pour ne pas réussir, mais la plus sûre est de ne jamais prendre de risques. »<sup>2</sup>

En 2011, la cour de cassation publie son rapport annuel intitulé « le risque »<sup>3</sup>, dans lequel elle insiste sur l'omniprésence du risque dans la société contemporaine, et renvoie d'une certaine manière à ce que les auteurs dénomment « la société du risque »<sup>4</sup> ou la « civilisation du risque »<sup>5</sup>.

Cette omniprésence ne date pas d'aujourd'hui, et le risque a toujours fait l'objet de diverses opérations entre particuliers. Face au risque, deux attitudes sont possibles: une *aversion*, qui fait naître un *besoin* accru de sécurité et de protection, voire de prévention. Ou une *passion*, qui fait naître un *désir* d'en tirer profit. En d'autres termes, il existe deux catégories d'opérations ayant pour objet le risque : la couverture, qui renvoie au proverbe « plus faibles sont les risques, meilleure est l'entreprise » et la spéculation, qui renvoie au proverbe « qui ne risque rien, n'a rien ».

2. Pour se couvrir ou pour s'enrichir, la technique est la même; il s'agit de conclure un contrat avec une personne qui accepte de combler ce besoin de sécurité, ou de spéculer dans le sens inverse. Le droit étant le reflet des phénomènes sociaux, n'a pas tardé à appréhender les opérations ayant pour objet le risque, quoique'au fil des

---

<sup>1</sup>Préface de Christian Boissieu, in P. Mathieu, P. D'Herouville, *Les dérivés de crédit, une nouvelle gestion du risque de crédit*, Paris Economica, coll. Gestion, 1998, qui a repris, en le modifiant, le théorème de Lavoisier.

<sup>2</sup>Benjamin Franklin.

<sup>3</sup>J. Moury (dir.), *Le risque*, Rapport de la Cour de cassation pour l'année 2011, La Documentation Française, 2012.

<sup>4</sup>U. Beck, *La société du risque, sur la voie d'une autre modernité*, Paris Aubier, collection alto 2001.

<sup>5</sup>P. Lagadec, *La civilisation du risque, catastrophes technologiques et responsabilité sociale*, Paris seuil collection science ouverte, 1981.

réglementations, nous avons pu observer que le législateur a toujours encouragé la couverture et s'est méfié de la spéculation.

En effet, dans la présentation du code civil, Portalis avait proclamé que « *dans l'ordre simple de la nature, chacun est tenu de porter le poids de sa propre destinée. Dans l'ordre de la société nous pouvons au moins en partie nous soulager de ce poids sur les autres.* »<sup>6</sup>

La question est donc de savoir dans quelle hypothèse (celle de la couverture ou celle de la spéculation), nous sommes en présence d'un véritable contrat de transfert de risque.

3. Nous avons choisi d'analyser les contrats de transfert de risque d'abord parce que le législateur utilise lui-même l'expression « transfert de risque » aux articles D. 211-1 alinéa 5 et L. 214-49-11 du code monétaire et financier, faisant ainsi du contrat de transfert de risque un contrat « nommé ». Ensuite, du fait de l'ampleur économique et sociale des opérations portant sur le risque, ainsi que du manque de clarté de la réglementation en la matière. Enfin, plusieurs auteurs ont émis le souhait de la consécration d'une catégorie de contrat de transfert de risque<sup>7</sup> ou de contrat de couverture<sup>8</sup>.

4. Notre étude sera limitée au transfert de risque par **voie contractuelle**, ce qui exclut les opérations de transfert de risque par acte juridique unilatéral<sup>9</sup>, ainsi que les transferts de risque en dehors de tout mécanisme volontaire, c'est-à-dire par le seul effet de la loi<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Tome 4, page 522.

<sup>7</sup> Ph. Didier, « Les contrats de transfert de risque », in *mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, 2011, page 154. Voir également M. Favero, « Pour un nouveau contrat nommé: le contrat d'échange de risques », *JCP E et Aff.* numéro 42, 21 octobre 2010, page 1899. « De l'intérêt d'un nouveau contrat nommé : le contrat de transfert de risque », *JCP G*, n° 49,6 décembre 2010, page 1222.

<sup>8</sup> P. Pailler, *Le contrat financier, un contrat financier à terme*, IRJS éd., 2010, page 431, numéro 387 : « émergence d'une catégorie juridique unitaire fondée sur l'obligation de couverture », et V. Mazeaud, *L'obligation de couverture*, IRJS Editions, 2010.

<sup>9</sup> C'est le cas par exemple de l'acte d'émission de titres de capital : en émettant des actions pour financer ses investissements, le propriétaire d'une entreprise transfère une part de ses risques *au prorata* de la mise de fonds aux nouveaux actionnaires. C'est également le cas de l'émission de parts d'OPCVM, qui emporte volonté de transférer le risque de réussite de l'entreprise sociale ou de l'activité du fonds commun, ainsi que de l'acte de souscription, qui emporte acceptation du transfert de risque. En effet, notre sujet s'intitule les CONTRATS de transfert de risque et non pas les INSTRUMENTS de transfert de risque.

<sup>10</sup> Sauf volonté contraire des parties, le transfert de propriété de la chose emporte par lui-même transfert de risque. Par contre, la mise en demeure opère un transfert inverse des risques de la chose (article 1138 alinéa 2 du code civil : « *elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier* »). Notons également que le transfert de la garde emporte transfert du risque de la chose sur le gardien, qui sera responsable objectivement du fait de la chose (Cass. civ. 2ème, 14 juin 1995, *Bull. civ.* II numéro 185 : « les juges du fond ne

Seuls les **contrats** dont l'objet principal, au sens de l'opération économique voulue par les parties est le transfert de risque, seront examinés ; les **clauses** opérant un tel transfert ne seront pas traitées, car elles sont incluses dans un contrat spécial qui n'est pas un contrat de transfert de risque « à l'état pur ». Comme exemple, nous citons les clauses de non garantie<sup>11</sup> contenues dans les contrats de vente, par lesquelles les risques de vices cachés ou d'éviction sont transférés à l'acheteur, alors que normalement ils sont à la charge du vendeur<sup>12</sup>. Ne seront pas traitées non plus, les clauses de rachat à prix fixe ou à prix plancher, stipulées dans les promesses d'achat ou de vente de droits sociaux. Par le biais de celles-ci, le promettant prend en charge le risque de fluctuation du prix des droits sociaux. Nous pouvons citer également les clauses de « *hardship* », par lesquelles le débiteur de l'obligation devenue plus onéreuse à cause d'un changement de circonstances, n'a pas à supporter cette onérosité, et cela contrairement à la solution classique admise en matière d'imprévision, à savoir la continuation du contrat selon les modalités prévues initialement.<sup>13</sup> Sans oublier la clause de ducroire<sup>14</sup>, par laquelle l'intermédiaire décharge son contractant du risque de défaillance des clients.

Plus généralement, ne sera pas traitée pour la même raison, toute clause de garantie (des vices cachés, d'éviction, du passif<sup>15</sup>...) qu'elle soit stipulée par un vendeur ou un bailleur.

Finalement, notre étude sera limitée aux contrats qui opèrent **uniquement** un transfert de risque et **indépendamment** du transfert de propriété de la chose, ces derniers étant des contrats autonomes, dotés d'une réglementation qui leur est propre. Le premier adverbe nous permet d'exclure le contrat de société, car s'il est vrai qu'il opère un

peuvent écarter la présomption de garde pesant sur le propriétaire et reconnaître une garde collective sans préciser les circonstances d'où aurait résulter un transfert de garde »).

<sup>11</sup>Egalement connues sous le nom de clause d'achat « à ses risques et périls ».

<sup>12</sup>Article 1625 du code civil : « la garantie que le vendeur doit à l'acquéreur a deux objets : le premier est la possession paisible de la chose vendue ; le second, les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires. »

<sup>13</sup>Dans le même ordre d'idées, on peut citer la clause de tarification forfaitaire dans les contrats d'entreprise, la clause de garantie du passif dans la cession de droits sociaux, ainsi que la clause stipulant la solidarité entre débiteurs. Cette dernière emportant transfert de risque de défaillance à l'ensemble des débiteurs.

<sup>14</sup>Définition de la clause de ducroire par le vocabulaire juridique Capitant : « nom donné à la stipulation annexe du contrat de distribution par laquelle un mandataire ou un commissionnaire garantit la solvabilité de ses clients, moyennant une augmentation de sa rémunération (dite prime du croire) et lorsqu'il a payé, subrogation dans les droits du vendeur à l'égard du client défaillant ».

<sup>15</sup>Clause « par laquelle le cédant s'engage à verser à la société des sommes qui correspondent aux dettes sociales dont l'origine est antérieure aux dettes déterminées, généralement celle de la cession et qui se révèlent après, ou à régler directement les créanciers sociaux pour le compte de la société, le montant des dettes pouvant être supérieur au prix de cession consenti entre les parties. » Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 16ème édition, Dalloz, page 866 numéro 655-1.

transfert du risque de la réussite de l'entreprise sociale sur les actionnaires, il emporte plusieurs autres effets, dont le plus important est la création d'une personne morale, indépendante de la personne des associés. Le deuxième adjectif nous permet d'exclure les contrats de vente, la rente viagère, la fiducie ainsi que les opérations de cession de créances<sup>16</sup>.

5. Notre recherche présente de multiples intérêts. Sur le plan théorique, il est utile de définir le risque, terme polysémique qui figure dans plusieurs articles de différents codes<sup>17</sup>, mais qui n'y est pas défini pour autant, de le distinguer de notions voisines et d'envisager la possibilité d'inclure dans la définition du risque, une acception moins péjorative<sup>18</sup>.

Il est utile aussi, après avoir identifié les véritables contrats de transfert de risque, de les systématiser en une nouvelle catégorie<sup>19</sup>, « cadre dans lequel prennent place les éléments de la vie juridique selon leur nature et leurs ressemblances »<sup>20</sup>.

En effet, « la prolifération et l'hétérogénéité des situations nouvelles résistent parfois au classement de celles-ci dans les catégories existantes »<sup>21</sup>. Ce qui amène les juristes à établir des catégories juridiques, qui sont « des ensembles de droits, de choses, de personnes, de faits ou d'actes ayant entre eux des traits communs caractéristiques et obéissant à un régime commun<sup>22</sup>... pour appliquer un traitement semblable à des choses similaires et des traitements différents à des choses dissemblables. »

L'effort de faire entrer une situation nouvelle dans les catégories existantes, ne doit pas être artificiel. Il faut alors sortir des cadres connus, et convenir qu'on est en présence d'une situation *sui generis*.

6. Le point de départ de notre raisonnement est les contrats de dérivés de crédit, que le législateur considère expressément comme des « contrats servant au transfert du

---

<sup>16</sup>Que celles-ci soient de droit commun, par application de l'article 1690 du code civil, ou par des voies plus simplifiées, comme l'endossement, l'escompte, l'affacturage ou la cession Dailly. De même, nous allons exclure la titrisation classique. En vertu de cette opération, un opérateur économique cède un ensemble d'actif (par exemple des créances), à une entité spécialisée. Afin de financer ladite acquisition, l'entité émet des titres dans le public, dont les revenus sont fonction du rendement de l'actif cédé. La titrisation synthétique opère transfert de risque accessoirement au transfert des créances ou de l'actif en général, contrairement à la titrisation synthétique, qui opère transfert de risque indépendamment de tout transfert de propriété.

<sup>17</sup>Code des assurances, code de la santé publique (loi du mars 2002, relative aux droit des malades et à la qualité du système de santé) et code civil dans 7 articles (889, 1138, 1182, 1257, 1585, 1629, 1792-6).

<sup>18</sup> Alors que classiquement, c'est l'idée de danger qui est associée au terme « risque ».

<sup>19</sup>Du bas latin *categoria*, du grec *kategoria* : groupe ou classe dans laquelle on range des éléments de même nature.

<sup>20</sup>F. Terré, *Introduction au droit*, op. cit., page 325, numéro 304.

<sup>21</sup>J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 5<sup>ème</sup> édition, 2012, page 243, numéro 187.

<sup>22</sup>J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, page 106.

risque de crédit.<sup>23</sup> ». Ensuite, nous retrouverons parmi les contrats nommés, et par une démarche intuitive, ceux qui méritent la qualification de contrats de transfert de risque. Il s'agit à ce niveau de notre étude de « regrouper des données concrètes, sans rapport immédiatement perceptible entre elles pour tenter de découvrir la règle qui leur est commune »<sup>24</sup>. De l'analyse de tous ces contrats, nous tirerons la définition et les éléments constitutifs d'un contrat de transfert de risque, notre objectif étant de passer d'une notion fonctionnelle qui consiste à dresser un catalogue des cas d'application, à une notion conceptuelle abstraitement déterminée. En d'autres termes, notre démarche consiste à passer de la description technique à une présentation synthétique et théorique.

7. Parmi les contrats de transfert de risque figurent certains contrats d'assurance, le cautionnement, la garantie autonome, les sûretés réelles, certains contrats financiers, et la tontine... divers contrats que nous tenterons d'exposer de manière simplifiée, malgré la technicité de la matière.

La plupart des figures nommées des contrats de transfert de risque sont d'origine anglo-saxonne. C'est le cas notamment des contrats financiers, des *pools* bancaires et des garanties autonomes. Ces figures ont été reçues dans le système romano-germanique, sans catégorisation ni systématisation<sup>25</sup> : en d'autres termes, il existe en droit français des figures éparses de contrats de transfert de risque, dotés chacun d'une réglementation propre. Cette même absence de systématisation existe dans d'autres pays de tradition romano-germanique, comme l'Allemagne, l'Italie, ou la Suisse. Ce qui rend notre tentative de systématisation encore plus utile.

8. *A priori* très dissemblables, lesdits contrats présentent, contrairement aux apparences, une certaine homogénéité issue de leurs nombreux *points communs* : le risque, une prestation caractéristique et une fonction particulière.

Il ne s'agit pas pour autant de faire de la catégorie des contrats de transfert de risque une catégorie « fourre-tout ». En effet, un contrat de transfert de risque n'est pas synonyme de contrat risqué, puisque tout contrat en général, dans lequel existe un

---

<sup>23</sup>Article D. 2111-1 A alinéa 5 du CMF.

<sup>24</sup>J. Honorat, *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, LGDJ, 1969, page 6.

<sup>25</sup>Les bienfaits d'une absence de conceptualisation sont la souplesse, le modelage selon la volonté des parties et l'adaptation rapide à l'évolution des pratiques, des besoins sociaux et de la législation.

risque de non exécution des prestations promises en raison de l'insolvabilité du débiteur, est un contrat risqué.

Nous nous poserons également la question de savoir si l'éventuelle nouvelle catégorie que nous proposons, et malgré « l'horreur des contrats innommés » exprimée par la majorité de la doctrine, est hermétique ou au contraire pourrait contenir les différents contrats innommés imaginés par les parties au nom de la liberté contractuelle ; « une application particulièrement significative de l'innommé étant constituée par l'incidence des nouveaux objets de contrat »<sup>26</sup>. L'idée directrice à ce stade, serait que l'objet du contrat au sens de l'opération économique voulue par les parties, à savoir l'opération de transfert de risque, serait le critère de distinction et de classification des contrats spéciaux, qu'ils soient nommés ou innommés.

9. Après avoir **identifié** et **systematisé** les véritables contrats de transfert de risque, en vue d'aboutir à la **notion** de contrat de transfert de risque, deux solutions pourraient se présenter: soit dégager un régime juridique unique à partir des différents régimes spéciaux qui régissent les contrats objet de notre étude, soit conserver à chaque contrat sa spécificité et son régime propre, malgré les nombreux points communs qui les rassemblent, de sorte que l'expression « contrats de transfert de risque » ne serait qu'un label purement descriptif de ces différents contrats, qui permet tout simplement de systématiser un ensemble de règles éparses et de les exposer de manière plus pédagogique.

10. Entre les contrats de transfert de risque et le contrat de transfert de risque, nous avons choisi la deuxième option. Autrement dit, notre étude a pour objectif de « retrouver derrière des figures modernistes le squelette d'un corps dont le droit romain avait parfaitement appréhendé la morphologie... et de ramener des schémas apparemment atypiques à une réalité beaucoup plus classique... la théorie générale des obligations demeurant un guide sûr pour ne pas s'égarer dans le labyrinthe. »<sup>27</sup>

S'il est vrai qu'il s'agit pour la plupart de contrats nommés soumis à une réglementation spécifique et détaillée, au delà de cette réglementation technique et disparate, il y a place pour un « droit commun » des contrats de transfert de risque,

---

<sup>26</sup> F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 2014, page 486 numéro 615

<sup>27</sup> A. Couret « Les aspects juridiques des opérations financières de gré à gré », *IVème rencontres juridiques de la BNP, la couverture des risques par les opérations de marché*, 1994.

qui a vocation à s'appliquer à ces divers contrats, de façon subsidiaire. Autrement dit, il y aurait place pour un droit commun des contrats de transfert de risque qui innoverait les différents régimes spéciaux, à titre résiduel. Tout en « conservant aux contrats spéciaux leur relative autonomie technique, nous soulignerons leurs points communs par le jeu des « familles », c'est-à-dire des grandes catégories thématiques, en contemplation de l'objet économique du contrat. »<sup>28</sup>

11. Nous tenterons donc d'établir au delà de la règlementation parcellaire régissant chaque contrat, un ensemble de règles juridiques cohérentes, qui seraient en quelque sorte « le droit commun » des contrats de transfert de risque. En effet, si « le trait constant de la règle de droit est sa généralité, elle ne peut régir les espèces qu'en les réunissant dans des catégories, c'est-à-dire sous des schémas abstraits qui ne retiennent que les traits communs à la situation de chacune d'elles. »<sup>29</sup>

12. L'utilité de ces règles communes est évidente, « car lorsque des particuliers concluent un contrat, ils n'ont souvent ni le temps ni l'aptitude de préciser en détail toutes les conditions et les conséquences de leur accord; et de toute façon il peut leur arriver souvent d'omettre de prévoir certaines questions ». <sup>30</sup>

Avec la catégorie proposée, les documents contractuels seraient allégés, ce qui faciliterait la négociation des contrats, et les risques inhérents aux interprétations judiciaires, liées à l'absence de qualification juridique seraient évités.

13. Dans la deuxième partie relative au *régime* des contrats de transfert de risque, nous examinerons le régime applicable à la *formation* desdits contrats, qui nécessite l'existence d'un risque<sup>31</sup>, remplissant des caractéristiques spécifiques, ainsi que la révélation dudit risque par une obligation d'information précontractuelle relative à l'étendue du risque. Il est évident que les contrats de transfert de risque se caractérisent par la nécessité de l'existence d'un risque, qui joue un rôle non seulement au niveau de la formation du contrat, mais également tout au long de sa vie, jusqu'à son extinction. Reste à définir le rôle joué par cet élément particulier, afin

---

<sup>28</sup>P.-Y. Gautier, « Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux », *RDC* 2006, 1 avril 2006, page 610, numéro 2.

<sup>29</sup>J.-L. Bergel, « Différence de nature= différence de régime », *RTD civ.*, page 257, numéro 3.

<sup>30</sup>F. Terré, *Introduction générale au droit*, 8ème édition, Dalloz 2009, page 417, numéro 492.

<sup>31</sup>Celui-ci devant présenter en outre des caractéristiques spécifiques.

de préciser la sanction adéquate à son absence, au moment de la formation du contrat, ainsi qu'à sa disparition en cours de contrat.

14. Nous examinerons également les *effets* des contrats de transfert de risque, tant entre les parties qu'à l'égard de trois catégories de tiers ; à savoir les tiers *penitus extranei*, les tiers créanciers de l'un des contractants et les tiers parties à un contrat de transfert de risque « au second degré ».

Les effets d'un contrat de transfert de risque entre les parties se ramènent à la naissance d'une obligation caractéristique qui doit être exécutée purement et simplement mais qui est susceptible d'être altérée en fonction de l'évolution du risque. Des incidents d'exécution peuvent survenir, qui, malgré les remèdes prévus par le législateur, peuvent donner lieu à des litiges internes ou internationaux.

15. Le plan que nous avons choisi est classique en raison de la complexité et de la technicité de la matière, privilégiant ainsi la simplicité et la clarté de l'exposé, sur l'originalité du plan<sup>32</sup>.

L'existence d'une nouvelle catégorie<sup>33</sup>, suppose d'établir l'existence d'une notion originale, et d'un régime juridique approprié. C'est pourquoi nous envisagerons la *notion* de contrat de transfert de risque dans une première partie, et le *régime* des contrats de transfert de risque dans une seconde partie.

---

<sup>32</sup>On ne peut se permettre deux originalités, une dans le sujet, et une autre dans le plan.

<sup>33</sup>Selon le vocabulaire juridique Cornu, le terme catégorie désigne « un groupe distinctif d'éléments présentant des caractères semblables ».

## Première partie : La notion de contrat de transfert de risque

---

16. Le terme notion est emprunté au latin *notio* et « désigne dans le langage philosophique l'idée que se fait l'esprit, la signification d'un mot et au sens général et technique du droit, l'acte de prendre connaissance, l'examen d'un objet ». <sup>34</sup>

« L'opposition entre notion et concept apparaît d'emblée relative, l'usage peu fixé, dans la mesure où la question même de leur distinction n'est pas tranchée. On emploiera indistinctement l'un comme l'autre pour désigner toute forme d'abstraction, de représentation mentale, sans que cela brouille le message » <sup>35</sup>.

Le doyen Sourioux <sup>36</sup> a avancé que « la tendance naturelle des juristes est de préférer le terme notion à celui de concept ».

Ayant opté pour le terme « notion », pour établir la notion de contrat de transfert de risque, notre démarche consiste à tirer une connaissance à partir d'observations empiriques. C'est pourquoi nous allons dans un premier temps **identifier** les contrats de transfert de risque (titre 1) et dans un second temps les **systematiser** (titre 2).

---

<sup>34</sup>In Trésor de la langue française informatisé, V° notion.

<sup>35</sup>*Les notions juridiques*, sous la direction de Guillaume Tusseau, collection études juridiques, numéro 39, Economica, 2009, page 22. Pour nuancer cette affirmation, voir *Ibidem*, page 49 : « alors que la notion reste au niveau de la description des faits, par un mouvement dialectique bien connu chez Hegel, le concept tend à réaliser l'idée de l'institution juridique. » Voir aussi Ch. Jarrosson, *la notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, page 217 numéro 454 : « en théorie cependant, on peut considérer que les deux termes sont équivalents. »

<sup>36</sup>J.-L. Sourioux, *Introduction au droit*, 2ème édition, PUF, 1990, page 42, numéro 40.

## TITRE 1 : L'IDENTIFICATION DES CONTRATS DE TRANSFERT DE RISQUE

17. Le législateur prévoit les contrats de transfert de risque dans deux articles du code monétaire et financier.

D'abord à l'article D. 211-1 A alinéa 5 du CMF<sup>37</sup>, qui fait référence aux « contrats à terme servant au transfert du risque de crédit ». Cette expression désigne ce que la pratique a convenu d'appeler les « dérivés de crédit », ces derniers faisant partie d'une catégorie plus large, les contrats financiers<sup>38</sup>. Il convient de noter que l'article D. 211 A vise « non pas des types de contrats précis, mais des structures contractuelles se prêtant à d'innombrables combinaisons »<sup>39</sup>.

Ensuite à l'article L. 214-49-11 du CMF<sup>40</sup> qui dispose: « *la présente sous-section s'applique aux organismes de titrisation ou aux compartiments d'organismes de titrisation qui supportent des risques d'assurance par la conclusion, avec un organisme d'assurance ou de réassurance ou un organisme de titrisation relevant de la présente sous-section ou un véhicule de titrisation étranger mentionné à l'article L. 310-1-2 du code des assurances*<sup>41</sup>, d'un ou plusieurs contrats transférant ces risques ». Ledit article ne vise que le transfert du risque d'assurance et de réassurance par le mécanisme de la titrisation synthétique<sup>42</sup>.

L'article L. 214-49-11 doit être complété par l'article L. 310-1-2 *in fine* du code des assurances, qui dispose que « *les contrats par lesquels un véhicule de titrisation assume un risque d'assurance ne constituent pas des contrats d'assurance au sens du livre Ier, ni une opération d'assurance au sens de l'article L. 310-2.* »

---

<sup>37</sup>Article issu de l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers.

<sup>38</sup>Article L. 211-1 III du code monétaire et financier : « *les contrats financiers, également dénommés " instruments financiers à terme ", sont les contrats à terme qui figurent sur une liste fixée par décret* ».

<sup>39</sup>A. Couret et H. Le Nabasque (dir.), *Droit financier, op. cit.*, n° 999, page 723.

<sup>40</sup>Article issu de l'ordonnance n° 2008-556 du 13 juin 2008 transposant la directive 2005/68/ CE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2005 relative à la réassurance et réformant le cadre juridique des fonds communs de créances.

<sup>41</sup>Article L. 310-1-2 du code des assurances : « *I.-Un « véhicule de titrisation » est une entité juridique, dotée ou non de la personnalité morale, autre qu'un organisme d'assurance ou de réassurance, qui supporte des risques d'assurance qui lui sont cédés par un organisme d'assurance ou de réassurance et qui finance en totalité l'exposition à ces risques par l'émission de parts, d'actions, de titres de créances ou par un autre mécanisme de financement, dont les droits à remboursement sont subordonnés aux engagements de ce véhicule envers l'organisme lui ayant transféré des risques.*

*Aux fins du présent code, ce véhicule est :*

*1° Soit constitué sous la forme d'un organisme de titrisation régi par les dispositions de la section 2 du chapitre IV du titre Ier du livre II du code monétaire et financier ;*

*2° Soit un véhicule agréé par un autre Etat membre de la Communauté européenne ou par un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, dans les conditions mentionnées à l'article 46 de la directive 2005 / 68 / CE du 16 novembre 2005 relative à la réassurance.*

*II.-Les contrats par lesquels un véhicule de titrisation assume un risque d'assurance ne constituent pas des contrats d'assurance au sens du livre Ier, ni une opération d'assurance au sens de l'article L. 310-2.* »

La titrisation synthétique<sup>43</sup> est une opération qui se déroule en deux temps : d'abord la conclusion d'un dérivé de crédit, ensuite l'émission de titres dans le public.

Contrairement à la tritrisation classique, « l'opérateur exposé à un risque<sup>44</sup>, peut décider, non de céder l'objet du risque<sup>45</sup>, mais seulement de transférer le risque y relatif<sup>46</sup>. Pour cela, l'opérateur conclut un dérivé de crédit<sup>47</sup>, avec un organisme de titrisation par lequel il cède son risque. Sur le fondement de ce dérivé, l'opérateur verse des primes à l'organisme de titrisation. En cas de réalisation du risque<sup>48</sup>, l'organisme verse une indemnité à l'opérateur. Ce transfert n'a pour objet que des flux, constitués des primes et de l'indemnité en cas de perte, et non les contrats ou les créances détenues en portefeuille. Le fonds émet des obligations en représentation de ce risque, souscrites par des investisseurs, dont la valeur est indexée sur la performance du contrat ou de la créance. Le mécanisme de la titrisation repose sur l'émission d'un titre en représentation du risque, qui devient par conséquent négociable. »<sup>49</sup>

Le champ d'application de la titrisation synthétique a été considérablement étendu par l'ordonnance du 13 juin 2008<sup>50</sup>, relative au transfert du risque d'assurance et de réassurance. Le législateur a expressément prévu la titrisation synthétique du risque d'assurance<sup>51</sup>, opération à laquelle l'assuré reste tiers conformément à l'article L. 111-3 du code des assurances<sup>52</sup>. Ce qui signifie que la titrisation synthétique d'autres risques reste soumise à la liberté contractuelle. De même, la directive européenne 2005/68 CE du parlement européen et du conseil<sup>53</sup>, reconnaît que tout risque d'assurance est titrisable, à savoir, les risques de dommages aux biens, aux personnes, comme ceux de responsabilité, ou liés à la durée de vie humaine.

<sup>42</sup>Opération à laquelle l'assuré reste tiers, conformément à l'article L. 111-3 du code des assurances.

<sup>43</sup>Equivalent anglais : *securitisation*. Pour plus de détails sur la titrisation synthétique, voir S. Praicheux, *V° Instruments financiers à terme in : Rép. Sociétés, op. cit.*, numéros 78 et s.

<sup>44</sup>D'assurance, de réassurance, ou de crédit.

<sup>45</sup>Les contrats d'assurance et de réassurance, ou les créances.

<sup>46</sup>La titrisation classique est prévue aux articles L. 214-1 et s. du code monétaire et financier. Des actifs sont cédés à une entité *ad hoc* (fonds commun non doté de la personnalité juridique ou une SICAV), qui en fait l'acquisition en se finançant par l'émission de titres souscrits par des investisseurs. L'entité perçoit les flux générés par les actifs cédés et les reverse aux investisseurs par le paiement d'intérêts et le remboursement de leurs titres.

<sup>47</sup>Par exemple un dérivé sur un événement de crédit, tel que le défaut de paiement, la restructuration ou la dégradation de la notation d'une entité de référence.

<sup>48</sup>Par exemple, la réalisation de l'évènement de crédit prédéfini.

<sup>49</sup>P. Pailler, *op. cit.*, page 24, numéro 13.

<sup>50</sup>Articles L. 214-49-11 à L. 214-49-13, D. 214-10 à D. 214-112, R. 214-113 et R. 214-114 du code monétaire et financier.

<sup>51</sup>Article L. 310-1-2 du code des assurances précité.

<sup>52</sup>Article L. 111-3 du code des assurances : « dans tous les cas où l'assureur se réassure contre les risques qu'il a assurés ou les transfère à un véhicule de titrisation mentionné à l'article L. 310-1-2, il reste seul responsable vis-à-vis de l'assuré. »

<sup>53</sup>Du 16 novembre 2005, relative à la titrisation du risque d'assurance.

Quoique le législateur ait fait référence au contrat de transfert de risque de crédit à deux endroits différents, dans les deux hypothèses, le transfert du risque se fait à travers le même contrat : le dérivé de crédit. Le législateur a donc formellement prévu un seul contrat de transfert de risque.

A côté de ce contrat de transfert de risque nommé, il est possible de recenser plusieurs contrats de transfert de risque non formellement qualifiés comme tels par le législateur, mais qui répondent en tous points à la définition et aux éléments constitutifs d'un tel contrat.

L'identification des contrats de transfert de risque se fera donc en deux temps : d'abord par une *approche formelle* (chapitre 1), ensuite par une *approche substantielle* (chapitre 2).

## Chapitre 1 : L'approche formelle des contrats de transfert de risque : les dérivés de crédit

18. Les dérivés de crédit sont nés aux États-Unis au début des années 90, sur les marchés de gré à gré, et se sont par la suite diffusés vers le Japon et l'Europe<sup>54</sup>.

Jusqu'aux années 90, pour transférer le risque de défaillance d'un débiteur, les établissements bancaires disposaient d'instruments classiques, comme le cautionnement, les garanties à première demande, les lettres de crédit<sup>55</sup>, l'assurance-crédit, les sûretés réelles traditionnelles ou encore les instruments de cession de créance comme la titrisation. La logique était qu'en cédant une créance, on transfère implicitement le risque de crédit associé à la bonne exécution de ses obligations par le débiteur de cette créance, qui disparaît du patrimoine du cédant.<sup>56</sup>

Petit à petit, la pratique a mis en place des instruments de transfert de risque sans qu'il soit nécessaire de céder la créance : ce sont les dérivés de crédit. Pour illustrer ces propos, donnons l'exemple suivant :

19. Un établissement bancaire accorde un prêt à une entreprise, appelée entité de référence. Pour se protéger du risque de défaillance de ladite entreprise, l'établissement bancaire conclut un dérivé de crédit, en vertu duquel la contrepartie au dérivé de crédit, dite « vendeur de protection » s'engage à lui verser une somme déterminée par les stipulations contractuelle, si un événement de crédit préalablement défini se réalise. Celui-ci peut être la faillite<sup>57</sup> de l'entité de référence, le défaut de paiement<sup>58</sup>, qui correspond à l'inexécution par l'entité de référence d'une obligation de paiement exigible, la déchéance du terme<sup>59</sup>, la contestation ou le moratoire prononcé sur la dette<sup>60</sup>, et enfin, la restructuration de la dette<sup>61</sup>. Cette dernière hypothèse vise le cas de réduction du taux ou des intérêts payables ou du montant en principal à l'échéance : il peut s'agir

---

<sup>54</sup>O. Grégoir, « Les marchés des produits dérivés », Banque, n° 548, mai 1994, page 30.

<sup>55</sup>Dites aussi « crédit documentaire » : engagement de paiement généralement irrévocable souscrit par le banquier d'un acheteur de marchandises ou autres prestations commerciales de payer le vendeur si celui-ci lui présente pendant la période de validité de cet engagement les documents conformes à ceux spécifiés dans le crédit documentaire et qui sont censés attester de la bonne exécution par le vendeur de ses obligations.

<sup>56</sup>S. Praicheux, *V° Instruments financiers à terme, Rép. Sociétés*, numéro 58.

<sup>57</sup>*Bankruptcy*.

<sup>58</sup>*Failure to Pay*.

<sup>59</sup>*Obligation Acceleration*.

<sup>60</sup>*Repudiation/Moratorium*.

<sup>61</sup>*Restructuring*.

d'une extension du terme de la dette, d'un report d'échéance ou d'un changement dans le rang de priorité de la dette.

En contrepartie de cet engagement de la part du vendeur de protection, l'acheteur de protection (qui dans notre exemple est l'établissement bancaire) verse une prime. A travers la conclusion d'un dérivé de crédit, l'établissement bancaire se protège contre le risque de défaillance de son client, c'est-à-dire contre le risque de crédit.

20. Tout comme les autres techniques de transfert de risque, et de manière complémentaire ou concurrente, les dérivés de crédit permettent d'alléger le bilan des banques, et de libérer ce que l'on appelle du capital réglementaire.<sup>62</sup> En effet, suite à la conclusion d'un dérivé de crédit, les pertes pouvant résulter de la défaillance de l'entité de référence, sont compensées par les sommes versées en exécution du dérivé de crédit. Le banquier n'a plus d'obligation réglementaire de constituer des provisions pour couvrir ce risque.

Mais ils présentent par rapport aux instruments classiques de transfert de risque l'intérêt suivant : ils permettent aux opérateurs, surtout les banques, de conserver une relation avec leurs clients tout en cédant le risque associé à cette relation. Et ceci, à la différence d'une cession de créance, qui emporte une transmission des rapports contractuels.

21. L'article D. 211-1 A alinéa 5 du CMF vise les « *contrats à terme servant au transfert du risque de crédit* ». Le terme « crédit » a deux acceptions. D'abord et dans un sens étymologique, il peut désigner la confiance, ensuite il peut désigner une opération de mise à disposition de fonds. Ce qui signifie que l'expression « risque de crédit » a deux significations : la probabilité de réalisation d'évènements qui diminuent les capacités d'une entité de référence à exécuter ses obligations<sup>63</sup>, et la probabilité de diminution du rendement d'une opération de mise à disposition de fonds sous-jacente<sup>64</sup>.

22. Les dérivés de crédit<sup>65</sup> conclus sous forme contractuelle sont des contrats de transfert de risque de crédit nommés, régis par les articles L. 211-35 à L. 211-40 du

---

<sup>62</sup>S. Paraicheux, *V° Instruments financiers à terme, op. cit.*, numéro 60. Voir aussi les dispositions de Bâle 3, qui déterminent le niveau minimum des fonds propres en fonction des risques encourus.

<sup>63</sup>C'est le risque de défaillance d'une entité de référence.

<sup>64</sup>C'est le risque d'évolution défavorable du taux d'intérêt d'un actif de référence.

<sup>65</sup>Par opposition aux titres dérivés.

CMF. Il s'agit de « contrats entre deux contreparties, prévoyant des échanges de flux liés à l'évolution du risque de crédit d'un ou de plusieurs actifs de référence. »<sup>66</sup>

La caractéristique essentielle des dérivés de crédit est l'abstraction<sup>67</sup>. En d'autres termes, les dérivés de crédit sont des « instruments de transfert du risque, associé à la valeur d'une chose, sans la chose elle-même. »<sup>68</sup>

Les dérivés de crédit sont des contrats qui permettent de réaliser une opération économique précise. Il convient donc dans un premier temps de décrire les dérivés de crédit (section 1) et ensuite d'analyser l'opération économique de transfert de risque (section 2).

## Section 1 : La description des dérivés de crédit

23. Dans un dérivé de crédit, un contractant transfère le risque de crédit à un autre contractant, qui estime courir un risque identique mais en sens contraire. Ce qui aboutit à « la rencontre de prévisions symétriquement opposées sur l'évolution de la valeur d'une chose »<sup>69</sup>, qui est dans notre cas, la qualité du crédit.

Les dérivés de crédit peuvent être conclus sur les marchés règlementés<sup>70</sup> ou sur les marchés de gré à gré<sup>71</sup>. Dans un premier temps, c'est uniquement sur les marchés règlementés que les contrats étaient standardisés, que les appels de marge étaient quotidiens, et que l'intervention d'une chambre de compensation à titre de garantie était obligatoire<sup>72</sup>. Du fait de cette intervention, un auteur a déduit que sur les marchés règlementés, il n'y a pas de conclusion de contrats mais souscription d'actes unilatéraux.<sup>73</sup> Cette opinion peine à convaincre, parce que l'interposition de la chambre de compensation affecte le mode d'exécution du contrat, et non pas la nature

---

<sup>66</sup>R. Bruyère et alii, *Les produits dérivés de crédit*, préface J.-L. Laurens, avant-propos J.-P. Moustier, 2ème édition, Economica, collection AFTE, 2004.

<sup>67</sup>A. Gaudemet, *op. cit.*, page 104, numéro 217 : « la nature de la chose sous-jacente est indifférente sur le plan juridique. Les dérivés sont les contrats qui ont pour objet d'abstraire la valeur d'une chose sous-jacente pour permettre aux parties d'y exposer leurs espérances ou leurs craintes sur l'avenir. Cet objet particulier permet de les distinguer des autres contrats qui ont semblablement pour objet de transférer le risque attaché à une chose, sans la chose elle-même, comme l'assurance ou les garanties de paiement.»

<sup>68</sup>A. Gaudemet, *Les dérivés*, *op. cit.*

<sup>69</sup>R. Dambre, *Le droit des sociétés face à l'innovation financière, l'exemple des contrats financiers sur actions*, thèse Paris I numéro 49.

<sup>70</sup>Afin de garantir un maximum de liquidité, les contrats sont standardisés (volume, quantité, échéance, prix...). Les prestataires de service d'investissement jouissent d'un monopole seulement si l'instrument financé est conclu ou cédé sur les marchés règlementés.

<sup>71</sup>Le marché de gré à gré est un indicateur des besoins des agents en termes de couverture, aboutit le plus souvent à la standardisation du produit puis son développement sur le marché règlementé.

<sup>72</sup>Elle est par contre conventionnelle et facultative sur les marchés de gré à gré, c'est-à-dire qu'on y a recours seulement si les parties concluent à une convention cadre qui prévoit la compensation.

<sup>73</sup>A.-C. Rouaud, *Contribution à l'étude de l'opération de marché étude de droit des marchés financiers*, IRJS Editions, 2010.

des obligations des parties ou l'essence même de l'instrument. Ce qui signifie que les dérivés de crédit sont juridiquement des contrats, quel que soit le marché sur lequel ils sont conclus. Actuellement, les différences entre marchés réglementés et marchés de gré à gré tendent à s'estomper. C'est ce qui ressort de l'exposé des motifs de la directive MIFID 2<sup>74</sup> et de l'article 4 du règlement EMIR<sup>75</sup>.

Une chambre de compensation intervient en s'interposant entre acheteurs et vendeurs et en leur garantissant la bonne fin des opérations. Ce qui évite tout risque de défaillance des opérateurs. Il s'agit, et conformément aux règles de la compensation<sup>76</sup>, d'une double novation à la fois par changement de créancier et de débiteur.<sup>77</sup>

24. Les dérivés de crédit ne représentent pas une catégorie unique et uniforme, mais un ensemble d'instruments distincts qui ont pour point commun le fait d'engendrer le transfert d'un risque de fluctuation des cours ou d'un risque de défaillance<sup>78</sup>, sans transfert du sous-jacent.

Il existe trois principaux types de dérivés<sup>79</sup> : sur événement de crédit<sup>80</sup>, sur écart de taux, sur événement de crédit et écart de taux cumulativement.

---

<sup>74</sup>Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers. Le considérant numéro 13 dispose : « il est nécessaire d'instaurer un cadre réglementaire global régissant l'exécution des transactions sur instruments financiers, quelles que soient les méthodes de négociation utilisées à cette fin, afin de garantir une grande qualité d'exécution aux transactions des investisseurs et de préserver l'intégrité et l'efficacité globale du système financier. Il convient donc de prévoir un cadre réglementaire cohérent et ajusté au risque, applicable aux principaux types de systèmes d'exécution des ordres actuellement en activité sur la place financière européenne. Pour cela, il est indispensable de reconnaître l'émergence, parallèlement aux marchés réglementés, d'une nouvelle génération de systèmes organisés de négociation, qui devraient être soumis à des obligations tendant à préserver le fonctionnement efficace et ordonné des marchés financiers et à s'assurer que ces nouveaux systèmes organisés de négociation ne bénéficient pas de failles réglementaires ».

<sup>75</sup>Règlement européen n°648/2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux. En vertu de cet article 4, pour certains dérivés de crédit conclus sur les marchés de gré à gré, il existe une obligation d'enregistrement à la chambre de compensation.

<sup>76</sup>Section 1.3.5 des règles de la compensation de LCH. Clearnet SA, intitulée contrepartie centrale.

<sup>77</sup>L'acheteur n'a plus comme contractant le vendeur, mais la chambre de compensation et inversement, le vendeur n'a plus comme contractant l'acheteur mais la chambre de compensation. Voir en ce sens également l'article 2 du règlement EMIR précité, et le paragraphe 15 de l'exposé des motifs de la directive MIFID 2. Voir également l'article 1.3.2.1 des règles de la compensation LCH. Clearnet : « toutes les transactions conformes aux critères énoncés à l'article 1.3.1.6 soumises à LCH.Clearnet SA, pendant les heures de compensation telles que figurant dans un Avis sont enregistrées au nom de l'adhérent Compensateur. Dès l'enregistrement, il y a novation. Du fait de cette novation, LCH.Clearnet SA devient la contrepartie de l'Adhérent compensateur et devient titulaire des droits et obligations résultant de la Transaction enregistrée au nom de l'adhérent compensateur. »

<sup>78</sup>S. Praicheux, *V° Instruments financiers à terme, op. cit.*, numéro 23.

<sup>79</sup>Sources professionnelles (*FBF, FBE, ISDA*).

<sup>80</sup>Dits *CDS*. Ce sont les dérivés de crédit les plus courants et représentent plus de la moitié du marché. Comme autres dérivés de crédit, on peut citer les *Equity Default Swaps* (l'évènement est la baisse du prix d'une action de référence, au-delà d'un seuil spécifié dans le contrat), ainsi que les *Swaps* d'inconvertibilité ou de dévaluation (pour lesquels la compensation est déclenchée en cas d'inconvertibilité ou de dévaluation de la devise dans laquelle l'actif de référence est libellé).

25. Dans l'hypothèse d'un dérivé sur événement de crédit, l'évènement peut être le défaut de paiement ou plus généralement une inexécution, ou la dégradation de la notation pouvant faire craindre une inexécution à terme. Il peut s'agir également de la restructuration de l'entité de référence, voire de l'ouverture d'une procédure collective à son encontre. Dans la terminologie habituelle, achat d'un *CDS* signifie achat de protection.

En cas de réalisation de l'évènement prédéfini par une clause contractuelle, il y a paiement d'une indemnité en contrepartie d'une rémunération.

26. Ensuite les dérivés sur écart de taux<sup>81</sup> entre un actif de référence et un actif détenu. Dans cette hypothèse, il s'agit de « se prémunir contre la variation de l'écart entre deux taux de rendement ; celui d'un actif financier (A), et celui d'un autre actif financier (B), de moins bonne qualité »<sup>82</sup>. Si la valeur de l'actif détenu est inférieure à celle de l'actif de référence, l'acheteur de protection qui a déjà payé une contrepartie, reçoit une indemnité, calculée en fonction de l'écart de taux des deux actifs. Cette indemnité vient compenser la dévaluation de l'actif détenu. Dans le cas contraire, c'est à l'acheteur de protection de payer ladite indemnité.

27. Enfin les dérivés de transfert de rendement d'une créance<sup>83</sup>. Dans cette hypothèse, il y a transfert des revenus de la créance et du risque de crédit, en contrepartie d'une prime. Dans un tel cas, « le vendeur du risque transfère à l'acheteur pendant une période déterminée, l'intégralité des revenus de l'actif sous-jacent, et reçoit en contrepartie une rémunération ; d'autre part des flux qui représentent l'évolution de la qualité de l'actif »<sup>84</sup>. En cas d'augmentation de la valeur de l'actif sous-jacent, le vendeur du risque verse à l'acheteur une somme définie en fonction de cette augmentation. Et à l'inverse, en cas de dépréciation de l'actif, c'est l'acheteur qui verse au vendeur une compensation. En cas de réalisation du risque, c'est-à-dire en cas de réalisation de l'évènement de crédit, les flux réciproques seront arrêtés, l'actif évalué et l'acheteur de protection sera désintéressé à concurrence de la perte subie.

---

<sup>81</sup>Dits aussi *credit spread*. On utilise l'appellation *forward* lorsqu'il s'agit d'un contrat à terme ferme, et l'appellation *option*, lorsque le contrat donne naissance à un droit d'option.

<sup>82</sup>T. Bonneau, F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, op. cit., page 253, numéro 67.

<sup>83</sup>Ils prennent l'appellation de « *total return swap* ».

<sup>84</sup>T. Bonneau, F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, op. cit., page 254, numéro 167.

Comme exemple de ce dernier type de dérivé de crédit, on peut citer le contrat financier de transfert de rendement total sur actions. Dans cette hypothèse, « l'un des contractants s'engage à verser à sa contrepartie l'ensemble des dividendes liés au panier d'actions sous-jacent, ainsi que la plus-value correspondant à l'augmentation de valeur des actions à terme, le cas échéant. À l'inverse, la contrepartie s'oblige à verser l'éventuelle moins value à terme. Économiquement, l'une des parties est donc immunisée contre une diminution de la valeur des titres, tandis que l'autre se trouve dans la situation économique d'un actionnaire. »<sup>85</sup>

28. Le mode normal d'extinction d'un dérivé de crédit est l'extinction **par le paiement**<sup>86</sup> en cas de réalisation de la condition suspensive. Si cette dernière ne se réalise pas, il y a **caducité** du dérivé de crédit.

Il existe également deux autres hypothèses d'extinction d'un dérivé de crédit. La première est celle du non paiement de l'appel de marge ; la sanction est la **liquidation**<sup>87</sup> du contrat en cours. Celle-ci repose sur « la réalisation d'une opération identique (portant sur la même quantité du même actif sous-jacent, à la même échéance), de sens inverse, suivie de la liquidation de la position du débiteur. La liquidation d'office permet de déterminer le montant de la dette de l'opération, qui résulte schématiquement de la différence entre le cours auquel l'opération initiale a été conclue et le cours de liquidation, et par la même de limiter les pertes en évitant que sa position débitrice soit creusée par une nouvelle évolution défavorable des cours. »<sup>88</sup>

La deuxième hypothèse est **la sortie du marché** par la volonté unilatérale de l'investisseur, à travers la conclusion d'une opération en sens inverse ; la compensation se faisant sur la tête de l'investisseur qui a décidé de sortir du marché. Ce dernier n'a qu'à payer la différence de prix entre le contrat initial et le contrat de sortie. En effet, « la prise de position qui résulte de l'exécution de l'ordre de bourse est par nature irrévocable car prendre une position c'est s'engager. Son titulaire peut seulement jouer sur la position prise en souscrivant une position (un engagement)

---

<sup>85</sup>R. Dambre, *op. cit.*, numéro 22.

<sup>86</sup> Le terme paiement doit être pris au sens large, à savoir au sens de l'exécution de la prestation promise.

<sup>87</sup> Il s'agit d'une déchéance du terme, qui n'est pas sans nous rappeler l'article 1188 du code civil, qui dispose : « *le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier.* »

<sup>88</sup>A.-C. Rouaud, *op. cit.*, page 371, numéro 612.

inverse, ce qui modifiera sa position globale. Ce n'est pas une négociabilité, car l'opération n'est pas une cession de contrat. »<sup>89</sup>

Dans l'hypothèse de la liquidation d'office ainsi que celle de la sortie du marché, il s'agit du mécanisme de la compensation au sens du code civil : la double novation dont il est question plus haut, assure le caractère réciproque des obligations.

Ayant présenté les dérivés de crédit, nous allons préciser leur contenu ainsi que leurs caractères.

## §1- Le contenu d'un dérivé de crédit

29. La particularité des dérivés de crédit réside dans leur **dénouement**, qui est toujours en décalage par rapport au moment de leur conclusion. Ce qui permet à la fois au risque d'évoluer (fluctuation des taux d'intérêt, de la valeur du sous-jacent, de la situation financière de l'entité de référence) et de fixer les conditions de compensation de cette fluctuation au jour de la conclusion du dérivé. D'ailleurs, l'article L. 211-1 III du CMF qualifie les contrats financiers, dont les dérivés de crédit, « d'instruments à terme ». Ce terme constitue l'échéance de l'obligation principale du dérivé de crédit (A) et justifie l'existence de l'obligation accessoire (B).

### A. La naissance d'une obligation principale

30. Chaque contractant s'engage à payer une somme d'argent en cas de hausse ou de baisse du cours du sous-jacent, ou à livrer le sous-jacent. Il s'agit d'une **obligation alternative**, et conformément à l'article 1189 du code civil, « *le débiteur d'une obligation alternative est libéré par la délivrance de l'une des deux choses qui étaient comprises dans l'obligation* ». Il convient de noter que l'obligation de livrer le sous-jacent est une obligation en nature, et diffère de l'obligation de payer la différence de prix, obligation monétaire, en ce que la première n'est pas affectée par la dévaluation monétaire. En pratique, le mode de dénouement d'un dérivé de crédit est monétaire ; le professeur Didier parle d'une « obligation de payer une différence orientée ».<sup>90</sup>

Selon une opinion, à laquelle nous nous rallions<sup>91</sup>, la qualification de « dérivés de crédit » devrait être attribuée uniquement aux contrats dans lesquels les parties ont

<sup>89</sup> *Ibidem*, page 239, numéro 381.

<sup>90</sup> Ph. Didier, *op. cit.*, page 166, numéro 41.

<sup>91</sup> A. Gaudemet, *Les dérivés de crédit, op. cit.*

éliminé entièrement<sup>92</sup> ou partiellement<sup>93</sup> la possibilité de transférer la propriété du sous-jacent et qui se dénouent par le paiement d'une différence de prix<sup>94</sup>. Plusieurs raisons militent en faveur d'une telle affirmation. D'abord un argument terminologique d'après lequel le terme « dérivé » signifie : « dont la valeur dérive de celle d'un actif sous-jacent ». Ensuite un argument historique, selon lequel les dérivés se sont développés dans la pratique parce que les instruments classiques de transfert de risque indépendamment du transfert de propriété<sup>95</sup> étaient devenus insuffisants pour combler les besoins des agents économiques. Enfin, un argument téléologique<sup>96</sup>, d'après lequel l'opération voulue par les parties est de s'exposer à la valeur de marchandises sous-jacentes plutôt que de rechercher leur propriété. Autrement dit, « dans un contrat à terme « ordinaire », les parties ont en considération la propriété ou les attributs d'un bien ; dans un dérivé, elles ont en vue la valeur de ce bien.

Par conséquent, à travers la conclusion d'un dérivé de crédit, le but recherché par les agents économiques est de transférer le risque associé à la valeur d'une chose, sans la chose elle-même<sup>97</sup>, pour y exposer leurs craintes ou leurs espérances. Aussi, chaque fois que les parties ont volontairement écarté le transfert du bien au terme de leur contrat et prévu le paiement d'une somme d'argent aux lieux et place de ce transfert, on devrait considérer que l'on est en présence d'un dérivé<sup>98</sup>...le règlement en espèces manifeste l'intérêt des parties pour la valeur des marchandises en cause plutôt que pour leur propriété<sup>99</sup>. D'ailleurs, le fait réserver la qualification de « dérivés de crédit » aux seuls contrats qui se dénouent par le paiement d'une différence de prix, à l'exclusion de ceux qui se dénouent par la livraison du sous-jacent confirme notre point de départ, selon lequel les contrats de transfert de risque opèrent ledit transfert, indépendamment de tout transfert de propriété.

31. L'obligation de payer la différence de prix est la prestation caractéristique des dérivés de crédit. Le législateur la désigne par l'expression « obligation financière »<sup>100</sup> aux articles L. 211-36 et s. du code monétaire et financier.

---

<sup>92</sup> Dès la conclusion du contrat.

<sup>93</sup> Contrats dans lesquels les parties ont prévu une obligation alternative, en se réservant la possibilité de choisir à l'échéance.

<sup>94</sup> Le problème se pose uniquement lorsque le sous-jacent est un bien susceptible d'être livré.

<sup>95</sup> Assurance, garanties.

<sup>96</sup> C'est le critère de l'objet du contrat, qui se mêle également au critère relatif à l'intention des parties.

<sup>97</sup> A. Gaudemet, *Les dérivés*, numéro 20.

<sup>98</sup> *Ibidem*, page 16, numéro 31.

<sup>99</sup> *Ibidem*, numéro 32 :

<sup>100</sup> Il s'agit de l'objet de l'obligation.

L'obligation caractéristique du dérivé de crédit est assortie d'abord d'une condition suspensive, préalablement définie par une clause claire du dérivé. Il s'agit de la réalisation d'un évènement de crédit comme la faillite, le défaut de paiement, la restructuration de la dette ou la dépréciation du rendement du sous-jacent<sup>101</sup>. Et ensuite d'un terme (l'échéance du dérivé) ; la condition devant se réaliser avant l'expiration du terme. On peut parler d'obligation « différée » dans le temps.

32. Entre la conclusion du dérivé et son exécution, le quantum de cette obligation ainsi que son débiteur sont indéterminés. En effet, d'une part, « le résultat définitif d'un dérivé quant aux avantages et aux pertes dépend des variations de valeur de la chose sous-jacente. Or cette valeur est par hypothèse aléatoire. D'autre part, le résultat probable du contrat quant aux avantages et aux pertes varie pendant toute la durée du contrat : un jour ce résultat est promis à une partie, l'autre jour, à l'autre partie »<sup>102</sup>. Cette particularité fait du dérivé de crédit un contrat **aléatoire**, en ce sens que le résultat final de l'opération quant aux avantages et aux pertes subies par chacun des contractants, demeure inconnu au jour de la conclusion du contrat et est tributaire de la variation de la valeur du sous-jacent. Ce caractère aléatoire permet à certains égards de rapprocher les dérivés de crédit du contrat d'assurance et du pari<sup>103</sup>.

33. A l'échéance, et si l'évènement de crédit<sup>104</sup> préalablement défini se réalise, soit le vendeur de protection verse à l'acheteur de protection une somme représentant la différence entre le montant notionnel et la valeur de cette dette (prêt ou titre), soit l'acheteur de protection livre au vendeur de protection les titres ou la créance sous-jacents pour un montant égal au montant du notionnel du *CDS*. C'est-à-dire l'acheteur de protection transfère au vendeur de protection un sous-jacent dévalorisé au prix convenu au jour de la conclusion.

Dans la première hypothèse, on parle de règlement en numéraire ou *cash settlement* et dans la seconde hypothèse, on parle de livraison physique ou *physical delivery*<sup>105</sup>.

---

<sup>101</sup> Evolution défavorable du taux d'intérêt du prêt sous-jacent.

<sup>102</sup> A. Gaudemet, *op. cit.*, page 129, numéro 268.

<sup>103</sup> Voir *infra* numéros 213 et 214.

<sup>105</sup> Hypothèse que ne correspond pas à la qualification de contrat de transfert de risque et que nous avons exclue.

L'obligation de payer la différence de prix est une obligation de donner. Mais l'obligation de donner n'est pas de l'essence du dérivé, car il est tout à fait possible de concevoir un dérivé de crédit qui donne naissance à une obligation de faire, c'est-à-dire accomplir une prestation déterminée. Par contre, il est impossible de concevoir un dérivé de crédit qui donne naissance à une obligation de ne pas faire : comment couvrir un risque sans accomplir de prestation.

## **B. La naissance d'une obligation accessoire**

34. Les parties à un dérivé de crédit sont dans l'obligation de payer quotidiennement les marges. Il s'agit, pour l'un des contractants de verser la différence entre le prix du sous-jacent au jour de la conclusion du contrat et ce même prix, le jour suivant, et ainsi de suite<sup>106</sup> jusqu'à l'échéance.

La raison d'être des appels de marge est de sécuriser les opérations financières, de sorte à s'assurer que le contractant est en mesure de remplir ses engagements au jour de l'échéance, quelle que soit l'évolution du cours du sous-jacent.

Comme le dérivé de crédit est un contrat à terme, les capacités financières d'un des contractants à remplir ses engagements à terme peuvent diminuer entre la conclusion du dérivé et son échéance. C'est pourquoi, chaque contractant doit répondre quotidiennement à l'appel de marge à travers son prestataire de service d'investissement<sup>107</sup>. Ce versement vient compléter le dépôt initial de garantie<sup>108</sup>.

## **§2-Les caractères d'un dérivé de crédit**

35. Le dérivé de crédit est un contrat **synallagmatique**, étant donné que « les contractants s'obligent de façon réciproque et interdépendante à payer la différence de prix<sup>109</sup>, en contrepartie du versement d'une prime. La prime est tributaire de la qualité de la signature de l'entité de référence. En pratique, elle est payable périodiquement, tous les trois mois.

---

<sup>106</sup>Le client fait un dépôt de garantie initial auprès de l'adhérent et ce dernier fait de même auprès de la chambre de compensation. De même pour les appels de marge.

<sup>107</sup>A côté de cette prestation caractéristique, qui est l'obligation principale dans les contrats financiers, il existe une obligation accessoire, qui est l'obligation de payer les appels de marge. Cette obligation a un caractère successif, elle se poursuit jusqu'à l'échéance.

<sup>108</sup>Définition du dépôt en garantie, dite aussi collatéralisation : remise en pleine propriété de valeurs, de titres, opposables aux tiers sans formalités. C'est une fiducie-sûreté, prévue à l'article L. 211-38 du CMF.

<sup>109</sup> Nous avons exclu plus haut l'hypothèse d'un dénouement par livraison du sous-jacent.

Le caractère synallagmatique du dérivé n'est pas de son essence, puisque la prestation caractéristique du dérivé est unique : il s'agit de l'obligation de livrer le sous-jacent ou de payer la différence de prix. Le fait qu'une partie soit exclusivement débitrice ou créancière ne modifie pas la substance du dérivé. Plus généralement, l'opposition entre contrat synallagmatique et contrat unilatéral n'est pas définitive. En effet, un contrat unilatéral peut se transformer en contrat synallagmatique.<sup>110</sup> Et inversement, un contrat synallagmatique lors de sa formation, peut devenir unilatéral si par la suite l'obligation de l'autre partie venait à s'éteindre. Ce qui signifie que le caractère synallagmatique ou unilatéral d'un contrat est évolutif et n'est jamais de son essence.

36. Les dérivés de crédit sont également **onéreux**<sup>111</sup> : chaque partie va se procurer un avantage ; l'acheteur de protection recevra la chose sous-jacente en cas de dénouement physique ou la différence de prix en cas de règlement monétaire, et le vendeur de protection recevra la prime. Chaque partie est donc assujettie « à donner ou à faire quelque chose ». Il est toutefois possible de concevoir théoriquement un dérivé de crédit conclu à titre gratuit ; le vendeur de protection étant animé d'une intention libérale. Il peut s'agir par exemple d'une société mère qui accorde une couverture à sa filiale sans contrepartie. Ce qui signifie que le caractère onéreux du dérivé relève simplement de sa nature : une obligation de livrer le sous-jacent ou de payer la différence de prix peut être accordée à titre gratuit, quoique cela soit rare dans le monde des affaires.

37. Le dérivé de crédit est un contrat **aléatoire**<sup>112</sup>, mais ce caractère n'est pas de l'essence d'un dérivé : les contractants peuvent préalablement quantifier l'obligation de payer la différence de prix par une clause contractuelle claire, sans que cela ne disqualifie le dérivé en un autre type de contrat.

Le fait de qualifier le contrat d'aléatoire ou de commutatif a un intérêt théorique beaucoup plus que pratique, parce que si la lésion<sup>113</sup> ne joue qu'en ce qui concerne les contrats commutatifs, encore faut-il que l'on soit en présence d'un contrat de vente

---

<sup>110</sup>On parle de contrat synallagmatique imparfait. C'est le cas d'un contrat de dépôt conclu initialement à titre gratuit, et qui donne naissance en cours d'exécution à une obligation d'indemniser le dépositaire pour les dépenses occasionnées pour la conservation de la chose.

<sup>111</sup>Article 1106 du code civil : « *le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose.* »

<sup>112</sup>Voir *supra* numéro 32.

<sup>113</sup>Les articles du code civil applicables à la lésion sont les suivants : 889, 1118, 1304, 1305, 1674.

immobilière. Le seul intérêt de la qualification de contrat aléatoire, se manifeste au niveau de la qualification de contrat de pari, et par suite l'application de l'exception de jeu de l'article 1965 du code civil. Or l'article L. 432-20 du CMF<sup>114</sup> écarte expressément l'exception de jeu pour toutes les opérations à terme, dont les dérivés de crédit.

38. Les dérivés de crédit peuvent être à exécution **successive ou instantanée**, selon que le dérivé de crédit est conclu à échéance unique ou à plusieurs échéances<sup>115</sup>. Dans ce dernier cas, la livraison ou le paiement de la différence de prix doit être effectuée à chaque période énoncée au contrat, si la condition suspensive se réalise. Ils sont également à durée déterminée : les dérivés de crédit sont stipulés avec un terme extinctif.

39. La **fongibilité** des dérivés de crédit est issue de la standardisation, ce qui facilite leur « négociabilité », c'est-à-dire la sortie du marché par la conclusion d'une opération inverse. Les dérivés de crédit constituent un engagement **dépersonnalisé**, de sorte que la personnalité du donneur d'ordre n'a aucune influence.<sup>116</sup> Toutefois, les contractants peuvent conclure un dérivé de crédit « sur mesure » et inclure l'*intuitus personae* dans leur engagement, en ayant recours au marché de gré à gré.

40. Dans un dérivé de crédit, l'objet du contrat au sens d'opération économique voulue par les parties n'est pas de transférer la propriété d'un bien, mais de se décharger sur la tête d'un tiers, donc dans un autre patrimoine, du risque associé à la valeur de la chose, sans la chose elle-même. Ce qui permet au contractant de conserver le bien dans son patrimoine, en éliminant le risque y relatif.

« Les dérivés sont des contrats ayant pour objet d'abstraire la valeur d'une chose sous-jacente, pour permettre aux parties d'y exposer leurs espérances ou leurs craintes sur l'avenir »<sup>117</sup>. Cette **abstraction** dont la raison d'être est de sécuriser les opérations sur les marchés financiers, a deux conséquences : d'abord, les

---

<sup>114</sup>Article L. 432-20 du CMF : « *les instruments financiers à terme mentionnés au 4 du I de l'article L. 211-1 sont valides, alors même qu'ils feraient l'objet de dispositions législatives spéciales, pour autant que leur cause et leur objet sont licites. Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui résultent d'opérations à terme, se prévaloir de l'article 1965 du code civil, lors même que ces opérations se résoudraient par le paiement d'une simple différence.* »

<sup>115</sup>*Ibidem*, page 68 et s.

<sup>116</sup>Un contrat *intuitu personae* est incessible entre vifs, il est éteint par le décès du contractant et doit être personnellement exécuté par le débiteur.

engagements des parties à un dérivé, sont autonomes par rapport à la chose sous-jacente, sauf indivisibilité contractuelle. Par exemple, si le prêt sous-jacent est annulé, le dérivé reste valable<sup>118</sup>. Ensuite, les règles matérielles qui s'appliquent au sous-jacent ne s'appliquent pas au dérivé lui-même. C'est le cas notamment de la réglementation bancaire, qui est applicable au prêt sous-jacent, mais non au dérivé lui-même<sup>119</sup>. La note de présentation de la convention cadre relative aux opérations sur instruments financiers à terme de la FBF, souligne bien cette autonomie<sup>120</sup>.

41. Nous pouvons déduire que le dérivé de crédit est un contrat en vertu duquel un contractant s'engage à payer la différence de prix, si le risque de crédit prédéfini dans le contrat se réalise à l'échéance.

Il ressort de cette définition que les deux éléments essentiels d'un dérivé de crédit sont d'une part le **risque de crédit** défini comme étant la probabilité de défaillance d'une entité de référence ou de dépréciation de la qualité d'un actif de référence<sup>121</sup>.

Et d'autre part une **obligation de couverture différée**, c'est-à-dire assortie de la condition suspensive de réalisation du risque dans le terme préfixé<sup>122</sup>. Cette dernière est soit une obligation de donner ou de faire. Et comme toute obligation, elle doit avoir une cause au sens de contrepartie, à savoir une rémunération ou une intention libérale.

Mais pour être en présence d'un contrat de transfert de risque, il faut, en plus des deux éléments sus-mentionnés, que le contrat soit conclu dans un **but de couverture**, et non de spéculation<sup>123</sup>.

---

<sup>117</sup>A. Gaudemet, *op. cit.*, page 128, numéro 266.

<sup>118</sup>Tribunal commercial de Versailles, 5 décembre 1996 : « les contrats de garantie de taux plafond et plancher conclus entre les parties ne contiennent aucune stipulation liant ces conventions aux contrats de prêt ou d'ouverture de crédit ». Voir aussi tribunal commercial de Nanterre du 21 octobre 1994, « attendu que les contrats -de garantie de taux plafond et plancher- ne comportent aucune clause expresse permettant d'établir un lien formel d'indivisibilité juridique et ne nécessitent pour être applicables, aucune convention complémentaire de quelque nature que ce soit ; qu'ils sont donc autonomes et à finalités variables. », *Banque et Droit* numéro 51, janvier-février 1997, chron. H. de Vauplane, page 36.

<sup>119</sup>A. Gaudemet, *op. cit.*, page 105, numéro 220.

<sup>120</sup>« Lorsqu'une opération est conclue à titre de couverture, elle est régie par un contrat indépendant du contrat de prêt ou de l'opération de placement, objet de cette couverture. En conséquence, toute modification affectant le contrat de prêt ou l'opération couverte ne donne pas lieu à une modification automatique de l'opération de couverture, qui continue dans les mêmes conditions jusqu'au terme convenu lors de sa conclusion. »

<sup>121</sup>En général un prêt.

<sup>122</sup>C'est l'évènement de crédit.

<sup>123</sup>Voir *infra* numéros 46 et s.

## Section 2 : L'analyse de l'opération de transfert de risque

42. Un dérivé de crédit peut être conclu à des fins de couverture ou à des fins de spéculation. Seul dans le premier cas, nous pouvons parler d'une opération de transfert de risque voulue par les parties (§1). Le traitement comptable n'est pas le même dans les deux hypothèses (§2).

### §1-La signification juridique du transfert de risque : l'obligation de couverture

43. Deux utilisations des dérivés de crédit sont observables. D'abord la couverture contre le risque de défaillance du débiteur, ou le risque de taux, qui est le risque de crédit. Selon une opinion doctrinale<sup>124</sup>, « une opération de couverture est définie comme telle si elle est subordonnée aux opérations sur les marchés physiques et vise en priorité à réduire l'exposition au risque de fluctuation. »

A travers la conclusion d'un dérivé de crédit, il ne s'agit pas d'éliminer le risque mais d'en faire une donnée négociable. Le principe est simple : il existe des négociants qui acceptent de se charger de risques dont d'autres opérateurs veulent se défaire par souci de protection.

La fonction de couverture n'a jamais été vue d'un mauvais oeil. « Plus qu'une obligation propre à certains contrats, la prévision du risque doit devenir une des finalités du contrat »<sup>125</sup>. Le besoin de sécurité que les particuliers cherchent à combler est un motif jugé « noble » et « impérieux » par le législateur. De même, ce besoin de sécurité dans la vie des affaires, favorise l'octroi des crédits et la marche de l'économie.<sup>126</sup>

44. Ensuite la spéculation<sup>127</sup>, qui correspond aux opérations ne répondant pas aux deux critères précités. C'est le cas d'une personne qui n'est pas exposée à un risque, qui par conséquent ne détient pas le sous-jacent, et qui conclut une opération de transfert de risque en contrepartie d'une prime si le contrat est optionnel, ou d'un

---

<sup>124</sup>Y. Simon et D. Lautier, *Marchés dérivés de matières premières et gestion du risque de prix*, *op. cit.*, page 267.

<sup>125</sup>J.-C. Brulant, *Aléa, incertitude et risque dans les obligations contractuelles*, thèse Paris II, 1972, page 260 numéro 287.

<sup>126</sup>Pas d'économie sans crédit, et pas de crédit sans garantie.

<sup>127</sup>« Couverture et spéculation sont les deux faces d'une même opération. De plus, le motif de l'une des parties est ignoré et indifférent à l'autre partie, mais en plus, il est classique que l'un soit animé par la couverture et l'autre par la spéculation ». Ph. Didier, « Les contrats de transfert de risque », *op. cit.*, page 169, numéro 49.

transfert parallèle si le contrat est ferme. En d'autres termes, la spéculation consiste à souscrire un dérivé de crédit « à nu », c'est-à-dire sans détenir les titres de dettes correspondants, ce qui revient à spéculer sur un risque de défaut de l'émetteur des titres en question.

Le dérivé de crédit conclu à titre de spéculation n'est pas une opération de transfert de risque, car le contractant s'expose volontairement aux pertes. Il s'agit plus exactement d'un achat d'une chance du côté du contractant (A) et de la vente d'une chance du côté du contractant (B), qui n'est pas sans nous rappeler la *venditio spei* du droit romain. Celle-ci est qualifiée de vente d'une espérance, contrat aléatoire<sup>128</sup>, distincte de la vente d'une chose espérée, contrat conditionnel<sup>129</sup>. Une autre possibilité serait de qualifier les dérivés de crédit conclus à titre de spéculation, de paris autorisés par la loi.

45. Il convient de noter que la spéculation est « garante du fonctionnement collectif du marché, en permettant à chacun de trouver une contrepartie sur le marché, condition de l'équilibre des positions sur le marché règlementé. Ensuite, par extension, elle permet d'assurer la liquidité des positions en octroyant rapidement aux opérateurs une contrepartie leur permettant de sortir du marché et de se désengager avant terme. Autrement dit, qui prendrait une position contraire aux évolutions du marché sinon un spéculateur. D'autre part, la spéculation n'est pas un jeu fondé exclusivement sur le hasard ; elle constitue une véritable anticipation de l'évolution du risque. En ce sens, elle présente une véritable utilité sociale en lissant l'évolution du risque de prix dans le temps, en régularisant les cours ; elle procède moins d'un pari que d'une réflexion des opérateurs sur l'évolution probable du risque »<sup>130</sup>

46. Distinguer entre un dérivé de crédit conclu à titre de couverture ou à titre de spéculation peut s'avérer délicat car il s'agit d'un critère psychologique, qui conduit à scruter l'intention des parties. Il faut s'adonner de façon casuistique à une analyse complexe des mobiles. Il est toutefois possible de pallier cet inconvénient en ayant recours à un critère objectif de distinction : la détention du sous-jacent. En effet, un contractant qui détient le sous-jacent conclut un dérivé de crédit afin de se protéger

---

<sup>128</sup>Le contractant doit exécuter son obligation, même si la chose n'existe pas.

<sup>129</sup>Si la chose existe.

<sup>130</sup>P. Pailler, *op. cit.*, page 295, numéro 269.

des risques de pertes encourues du fait de la fluctuation de la valeur dudit sous-jacent, donc dans un but de couverture. D'ailleurs les articles R. 332-45 à R. 332-47 du code des assurances<sup>131</sup> utilisent ce critère objectif.

Une deuxième difficulté réside dans le fait qu'une même opération peut-être une couverture pour le contractant (A) et une spéculation pour le contractant (B).

De surcoût, le législateur soumet les dérivés de crédit conclus à titre de couverture et ceux conclus à titre spéculatif au même régime juridique, prévu aux articles L211-35 et suivants du CMF.

47. S'il est vrai qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas, plusieurs raisons militent en faveur d'une telle distinction ; isoler les dérivés de crédit en fonction de leur finalité n'a pas pour objectif de leur appliquer sélectivement les quelques dispositions du CMF y relatives<sup>132</sup> mais d'attribuer la qualification de contrat de transfert de risque uniquement à ceux qui en remplissent les conditions essentielles.

On invoque d'abord un argument d'ordre historique : la jurisprudence a toujours traité différemment ces deux genres de contrats, en distinguant entre « marchés sérieux » soustraits à la qualification de pari et donc à l'exception de jeu, et « marchés non sérieux, ou fictifs », lorsque les parties étaient convenues dès l'origine d'opérer un règlement par différence de cours.

Ensuite un argument d'ordre textuel : il a fallu une intervention législative expresse<sup>133</sup> pour donner aux contrats financiers conclus à titre spéculatifs, le plus souvent qualifiés de pari, leur pleine efficacité, en excluant l'application de l'exception de jeu.

Enfin un argument d'ordre substantiel : dans un contrat conclu à titre spéculatif, il n'y a pas de transfert de risque au sens de déplacement ou de transmission d'un lieu à un autre : avant la conclusion du contrat, le contractant qui spéculé ne subit aucun risque, qu'il souhaiterait déplacer sur la tête de son cocontractant. Bien au contraire,

---

<sup>131</sup>Article R. 332-45 du code des assurances : «...le placement ou le groupe de placements est **détenu** ou a été acquis à terme avec une échéance antérieure à la date d'échéance ou d'exercice de cet instrument... »

Article R. 332-46 du code des assurances : «...l'entreprise **détient** ou recevra avant la date d'échéance ou d'exercice de cet instrument un montant de liquidités au moins égal au montant notionnel de l'instrument. »

Article R. 332-47 du code des assurances : « ... l'emprunt **contracté** ou la dette **émise** est identique ou assimilable au sous-jacent de cet instrument...»

<sup>132</sup>Articles L. 211-35 à L. 211-40 du CMF.

<sup>133</sup>Article L. 432-20 du CMF précité.

il choisit d'assumer volontairement un risque au jour de la conclusion du contrat. Autrement dit, le spéculateur ne transfère pas un risque, il prend un risque.

Une autre différence de taille réside dans la capacité exigée pour conclure l'un ou l'autre des contrats financiers.<sup>134</sup> Les personnes physiques ne sont pas soumises à « un régime rigide d'incapacité »<sup>135</sup>, et peuvent librement conclure tout contrat financier. Par contre, pour les personnes publiques<sup>136</sup>, les entreprises d'assurance<sup>137</sup> et les organismes de placement collectif<sup>138</sup>, il existe des limitations de capacité, « pour des raisons d'ordre public tenant à la protection de l'intérêt général, de l'épargne publique ou de la mutualité des assurés »<sup>139</sup>. Elles peuvent uniquement en conclure, dans un but de couverture et sous certaines conditions.<sup>140</sup> Le législateur n'a pas précisé la sanction attachée à la violation de ladite exigence. Nous pensons que cette condition de capacité est exigée dans un intérêt public, et sa violation doit théoriquement être sanctionnée par la nullité absolue.

48. Plusieurs textes distinguent entre les dérivés conclus à titre de couverture et ceux conclus à titre de spéculation. Il s'agit d'abord du règlement EMIR<sup>141</sup> qui dispose au considérant numéro 29 ce qui suit : « *il est reconnu que les contreparties non financières utilisent les contrats dérivés de gré à gré pour se couvrir contre les risques commerciaux directement liés à leurs activités commerciales ou à leurs activités de financement de trésorerie. Pour déterminer si une contrepartie non financière devrait être soumise à l'obligation de compensation, il faudrait donc tenir compte du but dans lequel elle utilise des contrats dérivés de gré à gré et de l'ampleur des expositions qu'elle détient sur ces instruments.* » Il convient de compléter ces propos par le considérant numéro 30, qui dispose que « *pour déterminer si un contrat dérivé de gré à gré réduit les risques directement liés aux activités commerciales et aux activités de financement de trésorerie*

<sup>134</sup>Notons également l'article L. 532-1 du CMF relatif à l'agrément des prestataires de service d'investissement.

<sup>135</sup>A. Gaudemet, *Les dérivés*, op. cit., page 135, numéro 279.

<sup>136</sup>Circulaire interministérielle du 15 septembre 1992 relative aux contrats de couverture du risque de taux d'intérêt offerts aux collectivités locales et aux établissements publics locaux. Cette circulaire pose plusieurs conditions pour qu'une opération soit qualifiée d'opération de couverture.

<sup>137</sup>Articles R. 332-45 à R. 332-48 du code des assurances : « ...le placement ou le groupe de placements est détenu ou a été acquis à terme avec une échéance antérieure à la date d'échéance ou d'exercice de cet instrument... »

<sup>138</sup>Article L. 214-22 I alinéa 2 du CMF : « ...un OPCVM nourricier peut investir jusqu'à 15 % de son actif dans les éléments suivants : ...2° Des contrats financiers mentionnés au 5° du I de l'article L. 214-20, qui peuvent être utilisés uniquement à des fins de couverture... ».

<sup>139</sup>A. Gaudemet, op. cit., page 136, numéro 280.

<sup>140</sup>*Ibidem*, page 136 à 141, numéros 280 à 289. Notons que l'auteur doute de l'application de la jurisprudence *Lizardi* aux contrats financiers pour protéger le contractant, qui ignore l'incapacité de sa contrepartie.

<sup>141</sup>Le but du règlement est d'imposer une obligation de compensation centrale de l'ensemble des dérivés négociés de gré à gré jugés par l'ESMA (autorité européenne des marchés financiers) suffisamment liquides et standardisés. De ce fait, le risque de contrepartie sera intégralement transféré aux chambres de compensation.

*d'une contrepartie non financière, il y a lieu de tenir dûment compte des stratégies globales de couverture et d'atténuation des risques de cette contrepartie non financière. Il convient, en particulier, d'examiner si un contrat dérivé de gré à gré est approprié économiquement pour réduire les risques dans le cadre de la conduite et de la gestion de cette contrepartie non financière, lorsque ces risques sont liés aux fluctuations des taux d'intérêt, des taux de change, des taux d'inflation ou des prix des matières premières. »*

Le but de la distinction établie par le règlement EMIR est de soumettre les contrats dérivés de gré à gré conclus par des contreparties non financières à l'obligation de compensation, uniquement s'ils l'ont été dans un but de couverture et non de spéculation.

Le deuxième texte qui pose une telle distinction est la directive MIFID 2. En effet, on peut lire au considérant 21 ce qui suit : *« aux fins de la présente directive et du règlement (UE) no600/2014, qui réglementent à la fois les instruments dérivés négociés de gré à gré et cotés au sens du règlement (UE) no600/2014, **les activités réputées apporter une contribution à la réduction des risques** directement liés aux activités commerciales ou aux activités de financement de trésorerie qui peuvent être objectivement mesurées et les transactions intragroupe devraient être considérées d'une manière qui soit compatible avec le règlement (UE) n° 648/2012. »*

Il convient également de mentionner la note de présentation de la convention cadre FBF relative aux opérations sur instruments financiers à terme, dans laquelle on peut lire que *« les produits dérivés peuvent être, pour la partie qui souhaite y recourir, une **technique de couverture** souple pour ses crédits, son portefeuille de titres financiers, la gestion des devises qu'elle doit recevoir ou verser au titre d'opérations financières ou commerciales, ou dans le cadre d'une activité industrielle ou commerciale portant sur des matières premières »*.

Quant à l'article 38 alinéa 6, 2° du code général des impôts, il est relatif au contrat à terme qui a pour cause exclusive **de compenser le risque** d'une opération de l'un des deux exercices suivants. Le 3° du même article, est relatif aux positions symétriques, sachant que *« des positions sont qualifiées de symétriques si leurs valeurs ou leurs rendements subissent des variations corrélées telles que le risque de variation de valeur ou de rendement de l'une d'elles est compensé par une autre position, sans*

*qu'il soit nécessaire que les positions concernées soient de même nature ou prises sur la même place, ou qu'elles aient la même durée. »*

Enfin, l'article 372-2 du plan comptable général définit l'opération de couverture par les termes suivants : « *une opération n'est qualifiée de couverture que si elle présente toutes les caractéristiques suivantes :*

*les contrats ou options de taux d'intérêt achetés ou vendus ont pour effet de réduire le risque de variation de valeur affectant l'élément couvert ou un ensemble d'éléments homogènes ;*

*l'élément couvert peut être un actif, un passif, un engagement existant ou une transaction future non encore matérialisée par un engagement si cette transaction est définie avec précision et possède une probabilité suffisante de réalisation ;*

*l'identification du risque à couvrir est effectuée après la prise en compte des autres actifs, passifs et engagements ;*

*une corrélation est établie entre les variations de valeur de l'élément couvert et celles du contrat de couverture, ou celles de l'instrument financier sous-jacent s'il s'agit d'options de taux d'intérêt, puisque la réduction du risque résulte d'une neutralisation totale ou partielle, recherchée, a priori, entre les pertes éventuelles sur l'élément couvert et les gains sur les contrats négociés, ou l'option achetée, en couverture. »*

Cet article du plan comptable général doit être complété par les avis du Conseil National de la Comptabilité numéro 167-1 intitulé « traitement comptable des options sur actions et numéro 167-2 intitulé « traitement comptable des positions couvertes sur actions »<sup>142</sup>, qui réservent un traitement comptable différent selon que le contrat financier est conclu dans un but spéculatif ou de couverture<sup>143</sup>.

Par conséquent, la distinction entre les dérivés de crédit conclus à titre de couverture et ceux conclus à titre de spéculation a une assise non seulement logique, mais également textuelle ; il convient donc de l'adopter.

49. Pour toutes ces raisons, seuls les dérivés de crédit conclus à titre de couverture méritent d'être qualifiés de contrat de transfert de risque. La couverture désignant « le motif qui pousse une personne exposée à un risque à organiser la compensation des éventuelles conséquences négatives de la réalisation de ce risque...elle obtiendra de

---

<sup>142</sup>Bulletin CNC numéro 30, février 1993, page 8.

son contractant une somme qui vient compenser la perte subie si le risque se réalise ». <sup>144</sup> Une doctrine a en effet avancé que « se couvrir n'est rien d'autre que transférer son risque à autrui, qui accepte de l'assumer. » <sup>145</sup>

## **§2- La traduction économique du transfert de risque : un mouvement comptable**

50. La comptabilisation des dérivés de crédit est soumise à l'article 372-2 du plan comptable général, dont la teneur a été explicitée par les avis 167-1 et 167-2 du CNC sus-mentionné. Cet article distingue entre le montant nominal du contrat financier, qui n'est pas comptabilisé au bilan, et les variations de valeur dudit contrat. Pour ces dernières, ledit article réserve un traitement différent selon que le contrat financier s'inscrit dans le cadre d'une opération de couverture ou de spéculation.

Dans l'hypothèse d'un contrat qualifié de couverture selon les critères établis par l'article 372-2 du plan comptable, les variations de valeur sont enregistrées dans un compte d'attente, puis rapportées au compte de résultat, de manière symétrique au mode de comptabilisation des produits et charges sur cet élément. Cette symétrie est expliquée par l'avis 167-2 par l'expression suivante : « existence d'une corrélation entre les variations de l'élément couvert et celles de l'instrument de couverture ».

En d'autres termes, « le droit comptable autorise un traitement particulier des opérations de couverture, c'est-à-dire des opérations qui ont pour effet de réduire le risque de variation de valeur affectant un élément couvert. Les gains et les pertes nés d'un dérivé conclu à titre de couverture sont constatés en compte de résultat symétriquement aux produits et aux charges nés de l'élément. En cas de disparition ou de cession de l'élément couvert, le dérivé se maintient mais il ne bénéficie plus du régime comptable de faveur » <sup>146</sup>. Autrement dit, « dans le cas d'une opération de couverture, il doit exister une corrélation entre les variations de valeur de l'élément couvert et celles du sous-jacent de l'instrument financier, ce qui permet à terme une compensation parfaite entre les variations de valeur affectant l'opération couverte et

---

<sup>143</sup>Voir *infra* numéros 47 et s..

<sup>144</sup>A. Gaudemet, *op. cit.*, page 159, numéro 24.

<sup>145</sup>A. Couret, H. Le Nabasque, M.-L. Coquelet, T. Garnier, D. Poracchia, A. Raynouard, A. Reygrobellet, D. Robine, *Droit financier, op. cit.*, page 536, numéro 915.

<sup>146</sup>A. Gaudemet, *op. cit.*, page 109, numéro 228.

l'opération de couverture. La comptabilité doit alors mettre en évidence la symétrie entre les deux opérations ». <sup>147</sup> Ladite corrélation ou symétrie montre bien que les pertes issues de la variation de la valeur du sous-jacent sont compensées par l'indemnité reçue en exécution du dérivé de crédit. Cette indemnité constitue une charge à l'égard du « vendeur de protection », et un résultat pour l'acheteur de protection ; les pertes sont subies par le vendeur de protection, le patrimoine de l'acheteur de protection reste indemne.

51. Au niveau européen ou international, les règles comptables relatives aux instruments financiers ne sont pas normalisées. Ce qui engendre un manque d'uniformisation des données comptables et une illisibilité des comptes consolidés <sup>148</sup>. Pour pallier ces inconvénients, les entreprises ont recours aux normes *IAS 39* <sup>149</sup>. L'*IAS 39* établit ce qu'on appelle la comptabilité de couverture, par opposition à la comptabilisation en juste valeur ou en valeur de marché. Dans cette deuxième hypothèse, il convient d'inscrire l'instrument financier à sa juste valeur au bilan, puis d'inscrire les variations de valeur dans le compte de résultat. Or cette variation est en quelque sorte « artificielle », puisque ladite variation vient compenser une perte liée à une évolution défavorable du sous-jacent. Afin d'éviter cet artifice, l'*IAS 39* a prévu, par dérogation à la comptabilisation en juste valeur, une comptabilisation de couverture, à condition d'en remplir toutes les conditions. <sup>150</sup> Ladite comptabilité s'applique à une relation de couverture, qui est un lien entre un élément couvert, un risque couvert et un instrument de couverture. Afin d'appliquer la comptabilité de couverture, il convient d'établir l'existence d'une relation de couverture. L'*IAS 39* contient plusieurs définitions qui permettent d'établir ladite relation. Ces définitions sont les suivantes :

-« Un instrument de couverture est un dérivé désigné ou (pour une couverture du seul risque de variation des taux de change) un actif ou passif financier désigné non dérivé dont on s'attend à ce que la juste valeur ou les flux de trésorerie compensent les variations de juste valeur ou de flux de trésorerie d'un élément couvert désigné ».

---

<sup>147</sup>P. Pailler, *op. cit.*, page 438, numéro 394 : voir l'article 372-2 PCG relatif à la qualification et au traitement comptable des opérations de couverture, l'avis numéro 29 relatif au Matif et numéro 32 relatif aux options de taux d'intérêt, en vertu desquels « la comptabilité doit mettre en évidence le principe de symétrie entre les deux opérations ».

<sup>148</sup>C'est-à-dire relatif à l'ensemble de tout le groupe de sociétés.

<sup>149</sup>*International accounting standards*. *IAS* est l'ancien nom des normes comptables internationales. Les normes comptables internationales développées à partir du 1er avril 2001 s'appellent *IFRS*. Certaines *IAS* ont été remplacées par des *IFRS* (*international financial reporting standards*), d'autres sont toujours en vigueur.

-« Un élément couvert est un actif, un passif, un engagement ferme, une transaction prévue hautement probable ou un investissement net dans une activité étrangère qui expose l'entité à un risque de variation de juste valeur ou de variation de flux de trésorerie futurs et qui est désigné comme étant couvert ».

« L'efficacité d'une couverture est le degré de compensation des variations de juste valeur ou de flux de trésorerie de l'élément couvert attribuables au risque couvert par des variations de la juste valeur ou des flux de trésorerie de l'instrument de couverture ».

Par conséquent, l'opération économique de couverture apparaît dans le bilan du cédant du risque : les variations de valeur du sous-jacent, objet de la couverture, sont compensées par les résultats (gains ou pertes) du dérivé de crédit.

52. Quant aux dérivés de crédit conclus à titre de spéculation, le contractant ne détenant pas le sous-jacent, aucune corrélation entre les variations de valeur de l'élément couvert et celles du sous-jacent n'est exigée par les règles comptables.<sup>151</sup> Pour les opérations de spéculation, les variations de valeur sont portées au compte de résultat en charge ou produits financiers.

Cette différence de traitement comptable entre un dérivé de crédit conclu à titre de couverture et un dérivé de crédit conclu à titre de spéculation va dans le sens de la nécessité de distinguer entre les deux, tel que démontré plus haut<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup>Article 88 de l'IAS.

<sup>151</sup>*Ibidem*.

<sup>152</sup> Voir *supra* numéros 47 et s.

## Conclusion du chapitre 1

53. Le législateur a formellement qualifié les dérivés de crédit de contrat de transfert du risque de crédit<sup>153</sup> à l'article D. 211-1 alinéa 5 du CMF; ceux-ci peuvent être conclus de façon isolée ou dans le cadre d'une opération de titrisation synthétique.

L'analyse des dérivés de crédit nous a permis de distinguer entre les dérivés conclus à titre de couverture et ceux conclus à titre de spéculation. Seuls les premiers méritent la qualification de contrat de transfert de risque. Dans ce dernier cas, ils peuvent être définis comme l'accord de volonté en vertu duquel une partie dite « vendeuse de protection » s'engage à une obligation conditionnelle de payer une somme d'argent, en faveur d'une autre partie dite « acheteuse de protection » ; la condition suspensive étant la réalisation durant la durée du contrat, de l'évènement de crédit préalablement défini. Ladite obligation peut être contractée à titre onéreux ou à titre gratuit.

Partant de cette définition, les trois éléments essentiels d'un contrat de transfert de risque sont le risque, l'obligation de couverture différée, c'est-à-dire retardée dans son existence et/ou son échéance, et la fonction de couverture. Ce dernier élément permet de distinguer clairement le contrat de transfert de risque d'un pari, « folle convention dédaignée par la loi »<sup>154</sup>. Il convient de noter que la fonction de couverture et le risque sont deux éléments qui ne se confondent pas : si *a priori* l'existence d'un risque, donc d'une probabilité de perte laisse présumer la fonction de couverture, il arrive qu'un contrat de transfert de risque réalise une « sur couverture », le résultat étant non pas une simple compensation des pertes, mais un gain au profit du cédant. Un contrat de transfert de risque qui réalise une « sur couverture » ne peut être disqualifié, pour la simple raison que le résultat final d'un tel contrat demeure inconnu jusqu'à l'échéance.

Après avoir analysé le contrat de transfert de risque expressément qualifié comme tel par le législateur, il convient à présent d'examiner les contrats de transfert de risque selon une approche substantielle, c'est-à-dire en retrouvant dans les différentes figures contractuelles nommées, les trois éléments essentiels sus-mentionnés.

---

<sup>153</sup>Ce risque pouvant être lié au bénéficiaire du crédit (évènement de crédit) ou au crédit lui-même (évolution du taux d'intérêt).

<sup>154</sup>R. Kahn, *La notion de l'aléa dans les contrats*, thèse, Paris, 1924, page 96, numéro 79.

## Chapitre 2 : L'approche substantielle des contrats de transfert de risque

54. Le législateur n'a pas défini le contrat de transfert de risque, il n'a pas non plus établi une liste exhaustive de ces contrats. L'absence de définition législative ou jurisprudentielle, ainsi que la rareté des dispositions y relatives nous imposent une démarche teintée d'empirisme, en présupposant la qualification de contrat de transfert de risque de certaines techniques nommées. La présupposition sera confirmée en vérifiant l'existence des trois éléments essentiels d'un contrat de transfert de risque dans chaque figure contractuelle. Autrement dit, malgré une absence de qualification législative formelle en termes de contrats de transfert de risque, plusieurs figures contractuelles permettent la couverture d'un risque. Certains contrats permettent la couverture de tout genre de risque, d'autres permettent la couverture d'un risque particulier : le risque de marché, le risque de crédit ou le risque viager.

S'il est *a priori* plus esthétique d'analyser les figures contractuelles qui permettent le transfert de tout genre de risque, pour ensuite analyser celles qui permettent le transfert des risques particuliers, nous avons choisi d'analyser d'abord les contrats qui permettent le transfert d'un risque particulier et plus précisément du risque de marché, puisqu'ils s'agit des contrats financiers, tout comme les dérivés de crédit analysés plus haut<sup>155</sup>. La continuité et la cohérence de la démonstration seraient donc mieux assurées.

La classification des contrats de transfert de risque en fonction du risque transféré permet d'orienter le choix des contractants vers la figure contractuelle la plus adaptée au type de risque qu'ils cherchent à couvrir : entre une figure « générale » et une figure plus spécialisée, le choix se fera en fonction du coût de la couverture, de la simplicité dans la négociation et la rédaction des documents contractuels et du caractère bien assis<sup>156</sup> du contrat dans la pratique.

---

<sup>155</sup>Voir *supra* numéros 18 et s.

<sup>156</sup>Un contrat bien assis dans la pratique bénéficie de plus de réformes législatives, de décisions jurisprudentielles et d'analyses doctrinales, ce qui contribue à son perfectionnement, de manière à rassurer les contractants.

## **Section 1 : Les contrats de transfert d'un risque particulier**

55. Nous avons pu recenser trois types de risque particuliers qu'un contrat de transfert de risque permet de couvrir : le risque de marché, le risque de crédit et le risque viager.

### **§1-Les contrats de transfert du risque de marché : les autres contrats financiers**

56. Après avoir présenté les autres contrats financiers (A), nous allons démontrer qu'ils méritent la qualification de contrat de transfert de risque (B).

#### **A. La présentation des contrats financiers**

57. Le contrat financier est l'accord de volonté en vertu duquel un contractant s'engage (de façon ferme ou sous réserve de levée de l'option) à livrer une certaine quantité de biens à l'échéance, ou une certaine somme d'argent, dite différentiel,<sup>157</sup> à l'échéance. Cet engagement se fait en contrepartie d'une rémunération ou d'un engagement réciproque.

L'origine des contrats financiers remonte à la bible<sup>158</sup>. En effet, on y évoque un contrat à terme optionnel. Celui-ci était conclu entre Jacob et Laban concernant le droit d'épouser Rachel : Jacob devait travailler pendant sept ans, ce qui constituait la prime de l'option, et au terme des sept ans, il décidait de lever l'option d'épouser ou non Rachel.

Quant aux athéniens, ils méprisaient les sciences, et Aristote voulut leur prouver le contraire. Lui, qui avait prédit un bon temps donc une bonne récolte d'olive, a acheté l'option de louer tous les réservoirs d'huile d'olive. Comme il avait bien anticipé, il leva l'option et loua dix fois plus cher.

Il a fallu attendre le 17ème siècle en Hollande pour l'apparition des premiers marchés d'option: au lieu d'un contrat à terme ferme sur les bulbes de tulipes<sup>159</sup>, on a eu recours aux options de vente : le maximum de perte du producteur étant la prime.

---

<sup>157</sup>Différence entre le prix du bien au jour du contrat, et ce même prix à l'échéance.

<sup>158</sup>J.-B. Mojuyé, *Le droit des produits dérivés financiers (swaps, options, futures...)* en France et aux Etats-Unis, préface C. Jauffret-Spinosi, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2005.

<sup>159</sup>Ce qui signifie que le contractant doit s'exécuter quel que soit le cours.

Les marchés d'options connurent également un développement au Japon grâce aux seigneurs japonais qui louaient leurs terres aux vassaux, et recevaient des loyers en nature, c'est-à-dire une partie de la récolte de riz. Les vassaux, pour se prémunir des fluctuations du prix du riz, concluaient des contrats optionnels.

C'est aux Etats-Unis que les marchés à terme connurent la plus grande évolution. En 1851 les contrats sur le maïs étaient négociés tout d'abord à la bourse de Chicago, puis à New York<sup>160</sup>.

58. Les marchés à terme portaient sur des marchandises stockables (blé, cacao, sucre, céréales, métaux, l'or, l'argent, le cuivre) ou non stockables comme les bovins.<sup>161</sup> Ensuite, le sous-jacent devint de plus en plus financier<sup>162</sup> (actions, obligations et titres divers) et de plus en plus immatériel, donc non livrable. On cite notamment les contrats sur taux d'intérêts<sup>163</sup>, sur taux de change<sup>164</sup>, sur indices<sup>165</sup>, sur gaz à effet de serre<sup>166</sup>, et sur variations de température<sup>167</sup>.

L'apparition de nouveaux contrats financiers, construits sur de nouveaux sous-jacents s'explique par la nécessité de **couvrir** les nouveaux risques : d'abord le risque de fluctuation du prix des denrées, puis des taux d'intérêt et de change<sup>168</sup>, le risque de catastrophes naturelles, le risque lié au climat, à l'environnement... autant de risques contre lesquels les agents économiques veulent se couvrir, spécialement ceux engagés dans le commerce international. Ladite fluctuation entraînant « des incertitudes tant sur les prix de la consommation, les coûts de production et la rentabilité des investissements, que sur la valeur des patrimoines et des actifs financiers. »<sup>169</sup>

Un autre facteur ayant favorisé l'essor des contrats financiers est la limite de l'assurance, qui ne couvre que le risque de non-paiement ou le risque de crédit, alors que les acteurs économiques veulent couvrir aussi le coût d'un financement<sup>170</sup>.

---

<sup>160</sup>J.-B. Mojujé, *Le droit des produits dérivés financiers, (swaps, options, futures...)* en France et aux Etats-Unis, *op. cit.*

<sup>161</sup>*Ibidem.*

<sup>162</sup>En 1970 les sous-jacents deviennent financiers, avec l'abolition du système de parité. En effet les moyens classiques comme l'assurance et la diversification sont insuffisants. Alors qu'avec le système de *Bretton Woods*, puisque les parités étaient fixes, les taux d'intérêts étant les mêmes partout.

<sup>163</sup>Exposition au risque de taux dans les cas suivants: dépôt bancaire, octroi d'un prêt, détention d'obligations, de bons du trésor...

<sup>164</sup>Les institutions financières, les multinationales, les Etats et tout agent économique ayant des créances ou des dettes sur l'étranger sont exposés au risque de change.

<sup>165</sup>*CAC 40, FTSE.*

<sup>166</sup>CO<sub>2</sub>.

<sup>167</sup>C'est le cas des dérivés climatiques.

<sup>168</sup>L'instabilité des taux d'intérêt et de change est dû à l'abandon du système de *Bretton Woods*.

<sup>169</sup>T. Bonneau, F. Drummond, *Droit des marchés financiers, op. cit.*, page 15, numéro 12.

<sup>170</sup>Prêt à taux fixe ou à taux variable.

Pour illustrer nos propos, donnons un premier exemple :

« Un producteur de blé prévoit de récolter sa production dans deux mois. Or pendant cette période, son blé peut être soumis à un risque de variation de valeur, suscité par la réalisation d'un certain nombre de facteurs tenant aux conditions météorologiques, à la production mondiale, etc...

Le producteur qui craint un risque de baisse du cours du blé, veut anticiper ce risque, et peut conclure un instrument financier à terme ferme par lequel il s'engage à céder sa récolte à une contrepartie au cours actuel, mais à l'expiration d'un délai de deux mois. Par son engagement, il transfère donc son risque de prix à sa contrepartie. Celle-ci aura intérêt à se porter contrepartie soit parce qu'elle s'expose à un risque inverse, de hausse du prix du blé, s'agissant par exemple d'un prix de farine, soit parce qu'elle anticipe une baisse du prix et qu'elle cherche à spéculer ». Le risque de perte auquel il s'expose sur le marché au comptant se compensera économiquement avec le risque de gain auquel il peut prétendre sur le marché à terme.<sup>171</sup>

59. Nous pouvons donner le deuxième exemple suivant : « une station de sport d'hiver peut conclure un instrument financier à terme sur le risque de chute de neige, afin de couvrir les dommages liés à une insuffisance de chute de neige et à la baisse corrélative de fréquentation. Un producteur de glaces peut de la même manière couvrir un risque de température, s'il craint que la saison chaude soit affectée par des températures basses, limitant l'incitation à la consommation de ses produits. »<sup>172</sup>

Comme autre utilisation des contrats financiers, on peut penser à l'établissement bancaire prêteur, ainsi que son client emprunteur, qui veulent se protéger contre le risque d'évolution défavorable des taux d'intérêt. C'est le cas de la conclusion d'un prêt à un taux d'intérêt variable, qui expose la banque à un risque de baisse, et l'emprunteur à un risque de hausse. La banque prêteuse, qui redoute une baisse des taux, peut conclure une option de vente sur taux d'intérêt, en vertu de laquelle elle bénéficie, contre versement d'une prime, d'une option qu'elle peut lever si le taux d'intérêt descend en deça d'un seuil déterminé par la convention. Si le risque de la banque se réalise c'est-à-dire si le taux baisse en deça du seuil, la banque aura intérêt à lever l'option ; dans ce cas, sa contrepartie devra verser une certaine somme, calculée en fonction de la différence entre le taux du prêt

---

<sup>171</sup>P. Pailler, *op. cit.*, page 9, numéro 3.

<sup>172</sup>*Ibidem*, page 364, numéro 331.

octroyé et le seuil fixé par l'option.<sup>173</sup> L'emprunteur, quant à lui, craignant une hausse des taux, peut conclure une option en sens inverse.

Dans cette seconde hypothèse, le banquier prêteur, ainsi que le client emprunteur se protègent du risque de taux.

60. Ce besoin de protection contre les effets défavorables de la fluctuation a dû être comblé, surtout avec l'impossibilité pour l'assurance de couvrir des risques non dispersés<sup>174</sup>, par la conclusion de contrats financiers. En effet, les actuaires étaient incapables de calculer la probabilité des nouveaux risques, et les risques de marché ne pouvaient pas être mutualisés, vu qu'ils atteignent tous les investisseurs en même temps. D'où le développement des contrats financiers, dont le principe se fonde « sur l'existence et la nécessité d'intervenants qui acceptent de se charger des risques dont d'autres opérateurs veulent se défaire par souci de protection. »<sup>175</sup> Le risque couvert est le risque de marché, qu'il soit attaché à un bien, à un taux d'intérêt, voire au climat. C'est l'évolution de la valeur du sous-jacent, qui crée ledit risque.

61. Actuellement, la liste des actifs pouvant servir de sous-jacent aux contrats à terme est théoriquement illimitée, sous réserve d'un cours publié, de l'ordre public et des bonnes mœurs<sup>176</sup>, limites prévues à l'article L. 432-20 du CMF<sup>177</sup>. Comme objet illicite, on peut penser à un sous-jacent hors commerce, à l'instar des stupéfiants, et comme cause illicite on peut citer la conclusion de contrats financiers à des fins de blanchiment d'argent. Pour les mêmes raisons exposées plus haut concernant les dérivés de crédit<sup>178</sup>, seuls les contrats financiers qui se dénouent par le paiement d'une différence de prix méritent la qualification de contrat de transfert de risque, tel que nous le démontrerons ci-après.

62. Les contrats financiers sont très variés : ils peuvent être fermes ou optionnels. Dans le premier cas le contractant ne peut pas bénéficier d'une évolution favorable des cours vu qu'il est irrévocablement engagé, mais le contrat ne lui coûte rien. Alors

---

<sup>173</sup>*Ibid.*, page 60, numéro 46.

<sup>174</sup>C'est-à-dire des risques qui frappent simultanément tout un groupe, rendant impossible la compensation des risques et la mutualisation.

<sup>175</sup>K. Medjaoui, *Les marchés à terme dérivés et organisés d'instruments financiers, étude juridique, op. cit.*, page 28.

<sup>176</sup>Article 6 du code civil : « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

<sup>177</sup>Cet article n'est qu'une application du droit commun, à savoir l'article 6 du code civil.

que dans le second cas, il peut bénéficier de l'évolution favorable des cours vu qu'il peut choisir de ne pas lever l'option, mais doit s'acquitter de la prime. Pour mieux comprendre le mécanisme des contrats financiers, et par conséquent le transfert de risque qu'ils permettent de réaliser, il nous semble utile d'exposer brièvement leur typologie.

63. Le contrat à terme ferme constitue, « *l'engagement, à un prix et à une date déterminés ; - pour l'acheteur de prendre livraison et de régler l'actif sous-jacent, - pour le vendeur de livrer et de recevoir le règlement de l'actif sous-jacent* ». Cependant, le contrat à terme ferme peut se dénouer par différence de cours, soit que le sous-jacent soit fictif (indice), soit que ce soit le mode de dénouement prévu par les parties au contrat, ou par les règles de l'entreprise de marché qui la déterminent. »<sup>179</sup>

Il s'agit d'un contrat sur un sous-jacent quelconque, qui se dénoue à une époque (J+x) différente de celle de la conclusion (J) par le paiement d'une différence entre le prix du sous-jacent au jour (J), et le prix du sous-jacent au jour (J+x). Le terme est dit ferme, car les deux parties au contrat sont définitivement engagées.

Les contrats à terme ferme peuvent prendre trois formes : celle d'un contrat simple, celle d'un *swap* ou celle d'un dérivé, forme que nous avons déjà examinée plus haut<sup>180</sup>.

64. Dans les contrats simples, le sous-jacent est soit un actif financier telle une action ou une obligation, soit un taux d'intérêt, permettant ainsi au contractant de se couvrir contre le risque de variation des taux d'intérêt. C'est le cas par exemple d'un prêteur qui a emprunté à taux fixe et qui craint une diminution des taux. Le sous-jacent peut également être un indice. Celui-ci est une « mesure synthétisant l'évolution moyenne des cours d'un panier de titres financiers, choisis parmi les valeurs industrielles, commerciales et financières les plus actives. »<sup>181</sup> Comme exemple, on peut citer le contrat sur l'indice CAC 40. Il peut s'agir également d'un indice climatique.

---

<sup>178</sup> Voir *supra* numéros 46 et s.

<sup>179</sup>S. Praicheux, *V° Instruments financiers à terme, op. cit.* Voir aussi K. Medjaoui, *Les marchés à terme dérivés et organisés d'instruments financiers, étude juridique*, préface Ch. Gavalda, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1996, page 265: « engagement de livrer ou de régler, et de prendre livraison ou de recevoir une quantité prédéterminée de sous-jacent ou bien la différence entre le prix convenu et le prix du marché au jour de l'échéance ».

<sup>180</sup> Voir *supra* numéros 18 et s.

<sup>181</sup>Th. Bonneau, F. Drummond, *Droit des marchés financiers, op. cit.*, page 244, numéro 162.

65. Les *swaps*<sup>182</sup>, quant à eux, constituent « l'engagement réciproque de payer selon des modalités prévues à l'origine, dans la même devise ou dans des devises différentes, des montants calculés par référence aux flux financiers liés à des actifs ou passifs financiers, dits sous-jacents »<sup>183</sup>. Une définition européenne en a été donnée par le règlement (UE) numéro 236/2012 du parlement européen et du conseil du 14 mars 2012, sur la vente à découvert et certains aspects des contrats d'échange sur risque de crédit.

Selon le règlement, le « contrat d'échange sur risque de crédit » est un contrat d'instruments dérivés aux termes duquel l'une des parties verse à l'autre une prime en contrepartie d'un paiement ou d'une autre prestation en cas d'événement de crédit affectant une entité de référence ou de toute autre défaillance, liée à ce contrat d'instruments dérivés, ayant un effet économique analogue.

La prestation caractéristique dans les contrats de *swap* est l'obligation pour une partie de verser une somme d'argent en monnaie scripturale, contre le versement d'une autre somme d'argent en monnaie scripturale.<sup>184</sup> Comme illustration, on cite les *swaps* de devises. Il s'agit d'une vente au comptant de monnaie, avec obligation et non pas faculté<sup>185</sup> de rachat à terme en sens inverse. En pratique, au jour du contrat, il y a échange de monnaie entre (A) et (B). Au fur et à mesure, (A) rend à (B) par tranches, et vice versa. (A) paie ainsi à son emprunteur, avec la monnaie initiale du prêt.

66. Les contrats à terme ferme permettent de verrouiller un rendement ou un prix, mais ne permettent pas au contractant de bénéficier des mouvements favorables. D'où le recours aux options. Les contrats optionnels contiennent une promesse unilatérale faite par l'une des parties à ce contrat d'assumer les risques liés à cet actif.

Le contrat d'option d'achat ou de vente est le « ...contrat *par lequel l'acheteur de l'option obtient du vendeur, moyennant le paiement d'une prime, le droit, mais non l'obligation, d'acquérir ou de vendre une quantité déterminée de l'actif sous-jacent, à un prix convenu d'avance, dit "prix d'exercice", au cours d'une période ou à une date déterminée* ». <sup>186</sup>

<sup>182</sup>De taux ou de change. L'appellation anglosaxonne "*Swap*", signifie échange.

<sup>183</sup>P.-A Boulat et P.-Y Chabert, *Les swaps technique contractuelle et régime juridique*, Masson, 1992, page 28.

<sup>184</sup>J.-P. Mattout, « Opérations d'échange de taux d'intérêt et de devises: qualification et régime juridique en droit français, défaillance de l'une des parties », *Banque* n° 468, janvier 1987, page 24.

<sup>185</sup>D'où, il ne s'agit pas d'une vente à réméré.

<sup>186</sup>A. Gaudemet, *Les dérivés*, *op. cit.*, page 24 numéro 49.

Le bénéficiaire dispose d'un choix: à l'échéance, il peut lever ou non l'option, en contrepartie de l'acquittement d'une prime, qui est le prix de l'option. Son choix se fait en fonction de l'évolution favorable ou défavorable du cours du sous-jacent.

Les contrats d'option peuvent être des *call*, c'est-à-dire des options d'achat, ou des *put*, c'est-à-dire des options de vente. Le sous-jacent dans les contrats d'option peut être un contrat à terme ferme, ou un sous-jacent direct, comme les marchandises, les actions ou les indices. Malgré le caractère unilatéral de l'engagement du promettant, le contrat d'option, impose le versement d'une contrepartie ; « le bénéficiaire de la promesse unilatérale espère recevoir un avantage dans l'avenir, tandis que le versement de la prime assure au promettant un avantage immédiat »<sup>187</sup>.

67. La pratique distingue trois types d'option.

D'abord les *caps*, conclus en général par un emprunteur qui veut se prémunir contre la hausse du taux d'intérêt lorsqu'il a emprunté à taux variable. Il s'agit d'une série d'options successives. « Cet instrument confère à son acheteur moyennant le paiement d'une prime, le droit de se faire verser par le vendeur la différence, à la fin de chaque période, entre un taux de référence et le taux du *cap* appliqué à un certain montant. »<sup>188</sup>

68. Ensuite les *floors*, conclus en général par un prêteur qui veut se prémunir contre la baisse du taux d'intérêt. Cet instrument est le symétrique du *cap* ; « il offre à son acheteur la faculté d'encaisser la différence entre le taux de référence et le taux du *floor*, lorsque celle-ci est non plus négative mais positive »<sup>189</sup>.

69. Enfin le *tunnel* ou *collar*, qui est une combinaison des deux précédents. En d'autres termes, l'emprunteur achète un *cap* et vend un *floor*, il réduit le coût de sa protection en utilisant la prime du *floor* pour payer la prime de son *cap*. Mais à ce moment, il ne profitera plus de la baisse du taux d'intérêt, car il devra payer le *floor*.

---

<sup>187</sup>R. Dambre, *op. cit.*, numéro 52.

<sup>188</sup>T. Bonneau, F. Drummond, *Droit des marchés financiers, op. cit.*, page 268, numéro 173.

<sup>189</sup>*Ibidem*.

## **B. La qualification de contrat de transfert de risque**

70. Le législateur emploie l'expression « contrat à terme servant au transfert du risque de crédit » uniquement à l'alinéa 5 de l'article D. 211-1 A du CMF. Ce qui signifie que seuls les dérivés de crédit ont été **formellement** qualifiés de contrat de transfert de risque de crédit. Les dérivés de crédit font partie d'une catégorie plus large, celle des contrats financiers. Ces derniers furent longtemps régis par la liberté contractuelle et les usages. Un effort de standardisation a eu lieu grâce aux conventions de place (*ISDA, FBF*), de sorte que la doctrine n'hésite pas à parler de contrats-types<sup>190</sup> à leur propos.

Par suite, le CMF a prévu aux articles L. 211-1 et suivants la réglementation des contrats financiers. Ces articles doivent être complétés par les articles D. 211-1 A et suivants du même code.

71. Les autres contrats financiers permettent le transfert d'un risque spécial, le risque de marché, qui est le risque de fluctuation des prix<sup>191</sup>, même s'ils ne bénéficient pas de la qualification législative formelle. En effet, pour qu'un contrat soit qualifié de contrat de transfert de risque, il faut qu'il réunisse les trois éléments essentiels identifiés plus haut, à savoir le risque, l'obligation de couverture différée et le but de couverture.

L'objet des contrats financiers est le transfert du risque de marché, dit aussi risque de prix, qui désigne la probabilité de fluctuation des prix<sup>192</sup> d'un sous-jacent donné. Les contrats financiers peuvent être conclus dans un but de couverture ou de spéculation. Mais un transfert de risque ne peut se concevoir que dans une optique de couverture, une spéculation impliquant quant à elle une prise de risque, tel que démontré plus haut. Ce qui signifie que seuls les contrats financiers conclus à titre de couverture méritent la qualification de contrat de transfert de risque.

72. La prestation caractéristique est le paiement à terme d'une différence entre le prix du sous-jacent au jour de la conclusion du contrat, et ledit prix au jour du dénouement

---

<sup>190</sup>Définition du contrat type: simple formule établie par un organisme professionnel ou par l'administration, destinée à servir de modèle pour de futurs contrats que des sujets de droit conclueront éventuellement plus tard. Voir J. Léauté, « Les contrats-types », *RTD civ.*, 1953, page 430, numéro 1.

<sup>191</sup>Prix du sous-jacent sur lequel est construit le contrat financier.

de l'opération. Il convient de rappeler que les contrats financiers qui se dénouent par la livraison du sous-jacent, ne méritent pas la qualification de contrat de transfert de risque, ce dernier devant se faire indépendamment de tout transfert de propriété<sup>193</sup>.

Comme pour les dérivés de crédit, l'identité du débiteur de ladite obligation demeure inconnue tout au long du contrat ; celle-ci ne se cristallise qu'au jour du dénouement, du fait de la fluctuation à la hausse ou à la baisse du prix du sous-jacent durant cette phase. La contrepartie de ladite obligation est soit une prime soit un transfert de risque réciproque et en sens contraire.

73. L'obligation de couverture à laquelle donnent naissance les contrats financiers examinés dans cette partie, est tantôt quantifiée dès la conclusion du contrat, tantôt indéterminée dans son quantum. En effet, dans les contrats de *swaps* de devises avec échange de principal, les parties s'obligent à répéter au terme du contrat les sommes en devises versées à sa conclusion. Dans ce cas, « l'objet comme l'étendue des prestations réciproques des parties sont connus dès l'origine : chaque partie sait exactement ce à quoi elle s'oblige et ce à quoi elle pourra prétendre, situation caractéristique des contrats commutatifs ». De même, la stipulation d'un terme suspensif ne crée pas nécessairement une incertitude quant à l'équilibre final des prestations au jour de la formation du contrat et ne le rend donc pas forcément aléatoire. Ainsi, de prime abord, les contrats à terme portant sur des actifs livrables ne présentent pas d'aléa intrinsèque, car les prestations des parties (actif livré et prix payé à terme) sont celles fixées initialement au contrat.

74. À l'inverse, les contrats à terme portant sur des actifs non livrables, ou les contrats financiers prévoyant un dénouement monétaire, doivent être analysés comme des contrats aléatoires, car les parties sont dans l'impossibilité de fixer, au jour de la formation du contrat, la valeur de leurs obligations respectives, ni même leur nature dans les contrats prévoyant un mode de dénouement alternatif. De même, les contrats d'option peuvent être analysés comme des contrats aléatoires, car ni le bénéficiaire de

---

<sup>192</sup>Les risques de variations de prix ne peuvent être couverts par l'assurance car « elle ne peut faire jouer la loi des grands nombres et l'indépendance des risques »- Y. Simon et D. Lautier, *Marchés dérivés de matières premières et gestion du risque de prix*, 3ème édition, Economica, collection Connaissance de la gestion, 2006, page 52.

<sup>193</sup> Voir *supra* numéro 30, concernant la réservation de l'appellation « dérivés de crédit » aux seuls contrats qui se dénouent par le paiement d'une différence de prix.

la promesse ni le promettant ne savent au moment de la promesse si l'option sera exercée, ce qui conditionne pourtant leurs avantages et les pertes respectives. Dans ces contrats, l'aléa forme bien « le pivot de l'équilibre contractuel » : il s'agit de contrats aléatoires »<sup>194</sup>.

75. Les autres contrats financiers énumérés par l'article D. 211-1 A du CMF obéissent au même mécanisme que les dérivés de crédit, remplissent la même fonction et engendrent la même obligation caractéristique. Ce qui légitimise l'extension de la qualification de contrat de transfert de risque, qui finit par englober toutes les figures de contrats financiers énumérées par le législateur, et non seulement celles visées à l'alinéa 5 de l'article D. 211-1 A du CMF.

## **§2-Les contrats de transfert du risque de crédit<sup>195</sup>**

76. Nous avons démontré plus haut que les dérivés de crédit permettent le transfert du risque de crédit ; le paiement de l'indemnité intervient lorsque l'évènement de crédit se produit. Cet évènement ne se limite pas au défaut de paiement à l'échéance, mais peut consister en la dégradation de la notation de l'entité de référence ou sa restructuration.

Dans cette partie, nous traiterons des sûretés personnelles ainsi que des sûretés réelles. Les sûretés peuvent être octroyées par une personne physique ou morale, voire par un syndicat ou un *pool*. Dans certains cas, la sûreté est une condition suspensive de l'octroi ou du maintien du prêt. Le risque de crédit couvert par les sûretés, ne se limite pas à l'insolvabilité. Il peut comprendre la non exécution de la prestation à l'échéance, comme par exemple l'achèvement des travaux. Le risque de crédit est transféré par le créancier au débiteur si c'est lui-même qui fournit la sûreté. Dans cette hypothèse, on peut dire que c'est le « générateur » du risque, qui le couvre. Le transfert du risque de crédit peut également être fait à un tiers, qui constitue une sûreté pour autrui.

77. Les sûretés personnelles diffèrent des sûretés réelles par les points suivants : dans la première hypothèse, le transfert de risque est illimité ; son étendue est celle du

---

<sup>194</sup>R. Dambre, *op. cit.*, numéro 67.

<sup>195</sup>En pratique ce risque est transféré vers les fonds de couverture dits *hedge funds* et les compagnies d'assurance.

droit de gage général, et l'obligation de couverture consiste pour le garant de payer une somme d'argent en cas de réalisation d'un événement de crédit prédéfini contractuellement. La contrepartie de cette dernière obligation est soit une rémunération, soit une intention libérale.

Alors que dans la deuxième hypothèse, le transfert de risque est limité à la valeur de la chose qui fait l'objet de la sûreté. Quant à l'obligation de couverture, elle consiste en l'affectation du bien en garantie, obligation de faire, dont la contrepartie est soit une rémunération, soit une intention libérale. Affecter le bien en garantie signifie conférer au créancier un droit de suite, un droit de préférence et un droit de rétention<sup>196</sup> sur ledit bien<sup>197</sup>. Si la sûreté réelle a lieu sans dépossession, le constituant, qui peut être le débiteur lui-même ou un tiers, a une obligation de ne pas compromettre le bien mis en garantie : il doit conserver la valeur dudit bien et ne pas effectuer des actes susceptibles d'en diminuer la valeur<sup>198</sup>, sous peine de se voir appliquer les dispositions de l'article 1188 du code civil<sup>199</sup>, et les sanctions du délit de détournement de gage<sup>200</sup>. Une obligation de remise du bien s'en suit en cas de réalisation des conditions de la sûreté. Pour obtenir l'exécution de cette dernière obligation, le créancier dispose des moyens de droit commun, à savoir la condamnation sous astreinte le cas échéant par le juge des référés, avec dommages-intérêts éventuels.<sup>201</sup> A côté de ces sanctions de droit commun, l'alinéa 2 de l'article 2344 du code civil, propre au contrat de gage, prévoit la possibilité de « *solliciter un complément de gage* ».

Si la sûreté se fait avec dépossession, le constituant du gage a l'obligation de remettre le bien au créancier, immédiatement ou dans un délai contractuellement prévu. En cas d'inexécution de ladite obligation, les mêmes sanctions exposées plus haut sont

---

<sup>196</sup>Réel ou fictif, selon que la sûreté réelle est avec ou sans dépossession. L'article 2393 du code civil relatif au gage, prévoit clairement le droit de suite et le droit de préférence

<sup>197</sup>Voir *infra* numéros 105 et 108.

<sup>198</sup>D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 9<sup>ème</sup> édition, LGDJ, page 389 numéro 591 : « le propriétaire de l'immeuble hypothéqué ne peut au détriment du créancier hypothécaire, faire aucun acte de disposition matérielle ou juridique, qui directement ou de sa nature même, aurait pour conséquences de diminuer la valeur de cet immeuble ».

<sup>199</sup>Article 1188 du code civil : « le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier ». L'article 2344 du code civil prévoit la même sanction : « lorsque le gage est constitué sans dépossession, le créancier peut se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter un complément de gage si le constituant ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage. »

<sup>200</sup>Article 314-5 du code pénal : « le fait, par un débiteur, un emprunteur ou un tiers donneur de gage, de détruire ou de détourner l'objet constitué en gage est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. »

*La tentative de l'infraction prévue au présent article est punie des mêmes peines. »*

<sup>201</sup>M. Cabrillac, S. Cabrillac, *Juris-Classeur civil code*, article 2354, numéro 31.

applicables. Toutefois, la réalisation de la sûreté<sup>202</sup> ne peut avoir lieu qu'en cas de survenance du risque.

78. Il convient de préciser que l'assurance est également une figure contractuelle qui permet le transfert d'un tel risque, à travers l'assurance-crédit, et que nous examinerons plus loin<sup>203</sup>.

Il ressort d'emblée que les sûretés présentent plusieurs points communs avec l'assurance. D'abord, les termes assurance et sûreté ont une racine latine commune *assecurare*. Ensuite la notion de risque se retrouve dans ces deux figures contractuelles : les sûretés sont les garanties que la convention des parties, la loi ou le juge accordent au créancier pour le prémunir contre le risque d'insolvabilité du débiteur, et l'assurance couvre toute sorte de risque, notamment le risque d'impayé.<sup>204</sup>

Dans le même ordre d'idées, « si les sûretés sont liées au droit du crédit, il en est de même pour les assurances qui ont commencé avec le prêt à la grosse. »<sup>205</sup>

Enfin, les assurances et les sûretés présentent une finalité commune, qui est le transfert d'une charge. En d'autres termes, ces deux figures permettent à leurs bénéficiaires de se protéger contre un risque, entendu comme une perte patrimoniale consécutive à un événement déterminé. D'ailleurs le rapprochement entre ces deux contrats est le plus culminant avec le développement de l'assurance-crédit, ce qui démontre que les éléments composant la catégorie que nous entendons établir présentent, malgré les apparences, une certaine homogénéité.

---

<sup>202</sup>Le code civil offre trois possibilités de réalisation du gage : la vente aux enchères (article 2346 du code civil : « à défaut de paiement de la dette garantie, le créancier peut faire ordonner en justice la vente du bien gagé. Cette vente a lieu selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution sans que la convention de gage puisse y déroger »), l'attribution du bien au créancier (article 2347 du code civil : « le créancier peut aussi faire ordonner en justice que le bien lui demeurera en paiement.

Lorsque la valeur du bien excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée. ») et le pacte commissaire (article 2348 du code civil : « il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé.

La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite.

Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée. »)

<sup>203</sup>Voir *infra* numéro 128.

<sup>204</sup>N. Leblond, *Assurance et sûretés*, thèse Paris 2, 2007, page 1.

<sup>205</sup>*Ibidem*, page 4, numéro 7.

## A. Les sûretés personnelles

79. Les sûretés personnelles qui méritent la qualification de contrat de transfert de risque sont le cautionnement, la garantie autonome, la lettre d'intention et la délégation imparfaite.

### 1. Le cautionnement<sup>206</sup>

80. Le cautionnement est vu d'un mauvais œil et on a pu lire ce qui suit: « *si tu t'es porté caution auprès de ton prochain..., dégage toi comme la gazelle du filet, comme l'oiseau du piège de l'oiseleur* »<sup>207</sup>.

Ce contrat est régi par les articles 2288 à 2297 du code civil<sup>208</sup>. Il est défini indirectement à l'article 2288 du code civil, par les termes suivants : « *celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même.* »

Le cautionnement peut-être contractuel, légal<sup>209</sup> ou judiciaire<sup>210</sup>. Dans les deux derniers cas, il faut un texte exprès qui le prévoit, mais l'engagement de la caution reste contractuel, c'est-à-dire il est nécessaire d'obtenir le consentement de la caution et du créancier.

81. Le cautionnement est le contrat en vertu duquel une personne physique ou morale, professionnelle ou non professionnelle, règlementée ou non règlementée s'engage à payer une certaine somme si le débiteur principal ne s'exécute pas à l'échéance. Historiquement, le contrat de cautionnement était un service d'amis conclu à titre gratuit, mais dans la vie des affaires, le cautionnement est conclu à titre onéreux<sup>211</sup>,

---

<sup>206</sup>A Babylone et en Egypte ancienne, on donnait sa femme en caution. De nos jours, la femme du dirigeant cautionne la société. Voir Ch. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse Montpellier, Librairies techniques, 1979.

<sup>207</sup>Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, Litec, 5ème édition 2015, page 1.

<sup>208</sup>Ainsi que par les articles L. 313-7 à L. 313-10 et L. 341-1 à L. 341-6 du code de la consommation relatifs au crédit à la consommation et au crédit immobilier. Voir également l'article L. 313-22 du code monétaire et financier relatif au régime des engagements de garantie.

<sup>209</sup>Plusieurs textes obligent le débiteur à fournir caution; on cite notamment les articles 601, 626, 1518, 1613, 1653, 1799-1 du code civil.

<sup>210</sup>Toutes les fois où une personne est obligée par une condamnation à fournir caution. Selon l'article 2319 du code civil, la caution judiciaire ne peut demander la discussion du débiteur principal. Le juge, si la loi lui confère le pouvoir d'exiger un cautionnement, dispose d'un pouvoir d'appréciation pour octroyer ou non ledit cautionnement. Voir en ce sens l'article 277 du code civil qui dispose : « *indépendamment de l'hypothèque légale ou judiciaire, le juge peut imposer à l'époux débiteur de constituer un gage, de donner caution ou de souscrire un contrat garantissant le paiement de la rente ou du capital.* »

<sup>211</sup>Contra Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, *op. cit.*, page 86, numéro 76, « le cautionnement est toujours un contrat à titre gratuit par lequel la caution fournit une prestation au créancier sans recevoir de contrepartie patrimoniale. Il importe peu que la caution perçoive cette contrepartie de la part du débiteur puisque le cautionnement est un contrat à part entière qui unit le créancier à la caution ». La cause objective est un intérêt extrapatrimonial qu'en retire la caution qui rend service. »

notamment dans les rapports caution/débiteur. Il est même devenu une opération de banque<sup>212</sup>.

Le cautionnement n'est pas sans nous rappeler le dérivé de crédit. En effet, il permet de transférer le risque de crédit du créancier (A) vers la caution (C), sans transférer la chose elle-même ; les rapports contractuels initiaux demeurent inchangés. « Concrètement, pour ce qui est du cautionnement, la valeur qui quitte le patrimoine de la caution est la prise en charge du coût du risque d'impayé, autrement dit, la couverture du risque; celle qui entre dans le patrimoine du créancier est constituée par un surcoût de quiétude, caractéristique de la finalité d'une sûreté. »<sup>213</sup>

82. Le cautionnement renferme les éléments d'un contrat de transfert de risque. En effet, le risque que le créancier cherche à couvrir est celui de l'inexécution par le débiteur survenue en cours de contrat<sup>214</sup>. Autrement dit, le créancier, cédant, transfère à la caution, cessionnaire, le risque de défaillance de son débiteur. Ce dernier peut concerner des dettes présentes ou des dettes futures, et la caution peut s'engager à couvrir le risque pour une durée déterminée ou indéterminée. Dans ce dernier cas, elle dispose d'un droit de résiliation unilatérale.

83. La défaillance du débiteur va engendrer des pertes pécuniaires, qui seront compensées par l'exécution de la caution de son obligation de couverture, à savoir payer au lieu et place du débiteur défaillant. Cette obligation différée<sup>215</sup> ne peut excéder ce que doit le débiteur principal ; le règlement fait par la caution est l'exécution de l'obligation de couverture.<sup>216</sup>

La caution peut parfois être tenue d'une obligation de faire (exécuter les travaux à la place du débiteur principal, détruire les constructions contrevenantes à ses propres frais). Mais en général, la caution sera tenue d'une exécution par équivalent (notamment dans les cas où la caution n'a pas le bien qu'il faut transférer au créancier)<sup>217</sup>.

---

<sup>212</sup>Article L. 311-1 du CMF : « les opérations de banque comprennent la réception de fonds remboursables du public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement. »

<sup>213</sup>M. Séjan, *La bilatéralisation du cautionnement, le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse, LGDJ, 2011, page 57, numéro 49.

<sup>214</sup>Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes et garanties indemnitaires*, op. cit., page 147, numéro 137.

<sup>215</sup>Du fait qu'elle est assortie de la condition suspensive de réalisation du risque.

<sup>216</sup>V. Mazeaud, op. cit., page 198, numéro 144.

<sup>217</sup>P. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon Assas, 2005.

« La caution n'a pas une obligation de ne pas faire, à savoir celle de ne pas troubler la confiance du créancier ; elle peut dilapider son patrimoine ». <sup>218</sup>

La caution peut s'engager à payer une partie ou toute la dette incombant normalement au débiteur principal, sous réserve de ne pas s'engager plus sévèrement que ce dernier <sup>219</sup>, sous peine de réduction. Ce qui signifie qu'il peut y avoir transfert partiel du risque. Cette règle est une conséquence du caractère accessoire du cautionnement, considéré, comme étant de l'essence de celui-ci <sup>220</sup>. Ce caractère accessoire permet à la caution d'opposer au créancier toutes les exceptions dont pouvait se prévaloir le débiteur principal <sup>221</sup>. Notons que ce dernier caractère n'est pas absolu, en ce sens que « la caution, même solidaire, ne participe pas du contrat principal qu'elle n'a pas signé, et ne peut donc être atraite à la procédure, en vertu d'un cautionnement accessoire ». <sup>222</sup>

L'obligation différée de la caution a un caractère subsidiaire, c'est-à-dire que la caution n'interviendra que si le débiteur principal ne s'exécute pas. En d'autres termes, l'obligation de la caution est assortie d'une condition suspensive.

Le cautionnement peut être simple ou solidaire <sup>223</sup>. Dans ce dernier cas, la caution perd le bénéfice de division et le bénéfice de discussion, ce qui signifie que l'obligation de couverture du risque est plus rapidement déclenchée.

Ladite obligation de couverture peut être rémunérée ou contractée avec intention libérale.

84. L'obligation de couverture qui pèse sur la caution, comme toute autre obligation, a une cause, qui devrait être recherchée dans les rapports de la caution et du débiteur principal <sup>224</sup> ; plus précisément, la cause de l'engagement de la caution réside dans l'esprit de bienfaisance dont est animée la caution envers le débiteur (cautionnement

---

<sup>218</sup>V. Mazeaud, *op. cit.*, page 135, numéro 107.

<sup>219</sup>Article 2290 du code civil : « le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses.

*Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses.*

*Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul : il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale. »*

<sup>220</sup>Confirmation du caractère accessoire : Ass. plén., 6 décembre 2004, numéro du pourvoi 03-10.713.

<sup>221</sup>Sauf les exceptions purement personnelles au débiteur principal. Voir en ce sens, chambre mixte, 8 juin 2007, numéro 03-15.602. Et selon l'article 1294 du code civil, la caution peut opposer la compensation, ce que le débiteur solidaire ne peut faire.

<sup>222</sup>Cass. com., 22 novembre 1977, *Rev. arb.*, 1978.461, note Ph. Fouchard.

<sup>223</sup>Conclure un contrat de solidarité n'a aucun sens. La solidarité n'est pas un contrat, mais une modalité de l'obligation, c'est-à-dire, en d'autres termes, une stipulation contractuelle.

<sup>224</sup>Si par contre on recherche la cause dans les rapports créancier/caution, celle-ci serait l'octroi, le maintien ou l'augmentation du crédit au débiteur.

à titre gratuit) ou dans l'avantage qu'elle compte recevoir de lui (cautionnement à titre onéreux). Lorsque le contrat est rémunéré par son bénéficiaire (à savoir le créancier), il s'agit plutôt d'une assurance crédit, contrat synallagmatique conclu à titre principal dans lequel l'assureur paie sa propre dette et non la dette d'autrui, alors que le cautionnement est un contrat unilatéral conclu à titre accessoire.

Dans les rapports caution/débiteur, même si le débiteur ne rémunère pas la caution, on ne peut parler de libéralité, vu l'existence du recours subrogatoire, qui permet à la caution de récupérer auprès du débiteur, le montant qu'elle a dû acquitter au créancier<sup>225</sup>.

Mais pour la jurisprudence, qui raisonne sur la base des rapports internes caution/créancier, « la cause de l'obligation de la caution est la considération du crédit accordé par le créancier au débiteur principal ; la perte de ses fonctions par un dirigeant de société qui avait cautionné une société, si elle peut influencer sur les mobiles l'ayant conduit à se porter caution, laisse inchangée la cause de son engagement fixée au moment de la formation du contrat ».<sup>226</sup> L'arrêt *l'Empereur*<sup>227</sup> est dans le même sens<sup>228</sup>. Dans un autre arrêt, on peut lire ce qui suit : « l'insolvabilité du débiteur principal à la date de l'engagement de la caution, ne prive pas le cautionnement de cause, dès lors qu'est constatée l'existence de la dette que l'engagement de la caution avait pour objet de garantir ».<sup>229</sup>

Le cautionnement peut être conclu sous une forme simple ou complexe, c'est-à-dire sous forme d'un *pool* bancaire.

## a. La figure simple

85. Le cautionnement peut revêtir une figure simple *ab initio*, ou *a posteriori*, à travers l'opération de requalification. C'est le cas par exemple d'une garantie autonome, d'une lettre d'intention, d'une promesse de porte fort ou d'une délégation, que le juge requalifie en cautionnement, dans le cadre d'un litige.

C'est également le cas du constitut, institution d'origine romaine, définit comme l'engagement autonome de payer la dette d'autrui. Il jouit d'une autonomie atténuée, il

<sup>225</sup>A moins que la caution n'y renonce.

<sup>226</sup>Cass. com., 16 février 1977, *JCP* 1979 II, 19154, et Cass. com., 3 novembre 1988, *Dalloz* 1989.185.

<sup>227</sup>Cass. com., 8 novembre 1972, *Bull. civ.* IV, numéro 278.

<sup>228</sup>La cause du cautionnement est l'obtention du crédit par le débiteur, ou s'il a déjà été obtenu, qu'il soit maintenu ou prolongé.

<sup>229</sup>Cass. civ. 1ère, 30 mai 1978, *Bull. civ.* I, numéro 207. Cet arrêt est dans le même sens que celui cité ci-haut.

était très prisé en droit romain, mais la pratique ne lui est pas très favorable. Dans la plupart des cas, le constitut est requalifié en cautionnement<sup>230</sup>, quoique timidement admis par un arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation du 10 mars 2009<sup>231</sup>. La majorité de la doctrine est réticente à admettre l'originalité du constitut par rapport au cautionnement<sup>232</sup>.

Comme la caution, le débiteur paye la dette du débiteur principal, mais comme la garantie autonome, il n'a pas un caractère accessoire.<sup>233</sup> En d'autres termes, dans le constitut le créancier a deux débiteurs principaux, tenus de deux dettes distinctes, mais dont l'objet est identique.

86. C'est aussi le cas de l'article 1216 du code civil, relatif à la solidarité passive, qui dispose : *« si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que comme ses cautions. »* En d'autres termes, cet article considère qu'un débiteur solidaire non intéressé à la dette a la qualité de caution.

87. il est possible au créancier de recourir à ce qu'on appelle la « certification de la caution », dont il est fait référence indirecte à l'article 2320 du code civil, celle-ci étant la caution de la caution.<sup>234</sup> Son usage n'est pas très fréquent, les contractants préfèrent conclure des cautionnements solidaires. Pour le certificateur de la caution, c'est l'obligation de la première caution, qui joue le rôle de l'obligation principale. La certification de la caution est conclue à l'initiative du même cédant, à savoir le créancier. Celui-ci ne peut poursuivre le certificateur, que si la caution est défailante. La certification de la caution est un contrat de transfert de risque, dans lequel le cédant est la caution, le cessionnaire est le certificateur, et le risque transféré est celui de la défaillance du débiteur principal.

La certification de la caution est à distinguer du sous-cautionnement. Dans ce dernier cas, la sous-caution garantit la caution d'être remboursée lorsqu'elle poursuit le débiteur principal en remboursement ; le créancier reste étranger à cette opération,

---

<sup>230</sup>A.-S. Barthez, D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 2010.

<sup>231</sup>Numéro du pourvoi 08-14067.

<sup>232</sup>P. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, op .cit., page 295, numéro 354.

<sup>233</sup>Il y a inopposabilité des exceptions.

ledit contrat étant conclu à l'initiative de la caution. Le cédant est la caution, le cessionnaire est la sous-caution et le risque transféré est le risque pour la caution qui a déjà payé au créancier, de ne pas être remboursée par le débiteur principal lorsqu'elle se retourne contre lui. Il s'agit d'un contrat de transfert de risque au second degré.<sup>235</sup>

## **b. La figure complexe : *le pool* occulte en risque uniquement**

88. Plusieurs techniques permettent à une banque de transférer le risque de crédit. On cite par exemple la cession de droit commun<sup>236</sup>. On cite également la subrogation du code civil, la novation<sup>237</sup> et enfin la technique du *pool*<sup>238</sup> bancaire, technique importée des pays anglosaxons, qui permet de répartir le risque de crédit<sup>239</sup> entre plusieurs banquiers. Le recours à cette structure présente plusieurs intérêts : répartir les risques de défaillance de l'emprunteur entre plusieurs acteurs, octroyer une large somme à un même client, être en conformité avec les ratios et le contrôle de la banque centrale.

89. Le terme « *to pool* » signifie mettre en commun.<sup>240</sup> Selon une définition doctrinale, il s'agit de la « réunion de deux ou plusieurs banques ayant pour objet la répartition de la charge d'un crédit octroyé ou à octroyer à un emprunteur. »

La seule définition textuelle donnée du *pool* bancaire figure dans l'arrêté du 18 février 1987<sup>241</sup> qui précise qu'il s'agit « *d'une réunion de différents apporteurs de capitaux, sans appel public à l'épargne, ayant pour objet la répartition des capitaux apportés* », tout en respectant le monopole bancaire.

Selon le règlement bancaire CRB n° 91-01<sup>242</sup> le *pool* est constitué « *lorsque plusieurs établissements assujettis décident de s'associer pour accorder un concours en*

---

<sup>234</sup>Article 2320 du code civil : « *celui qui a simplement cautionné la caution judiciaire, ne peut demander la discussion du débiteur principal et de la caution.* »

<sup>235</sup> Voir *infra* numéro 359.

<sup>236</sup>Soit la cession de créance, soit la cession de contrat avec accord du cédé vu qu'il existe un droit au remboursement et une obligation de débiter. Le recours à la cession de dette est inutile car celle-ci ne libère pas le débiteur initial en droit français.

<sup>237</sup>Mais les sûretés seront éteintes, sauf réserve, conformément à l'article 1278 du code civil.

<sup>238</sup>L'ancienne appellation est « *tour de table* ». On utilise aussi les expressions « *syndication* » et « *consortium* ».

<sup>239</sup>C'est-à-dire la probabilité de non remboursement à l'échéance.

<sup>240</sup>Y. Zein, *Les pools bancaires : aspects juridiques*, préface de Ch. Larroumet, Economica, coll. Etudes et recherches, 1998.

<sup>241</sup>Relatif à l'enrichissement du vocabulaire économique et financier.

<sup>242</sup>Modifié à plusieurs reprises.

*partageant la trésorerie, le risque et les intérêts, ou pour accorder à un tiers une caution ou tout autre engagement de garantie. »*<sup>243</sup>

90. On distingue entre le *pool* révélé dans lequel l'emprunteur traite avec plusieurs octroyeurs de crédit, sous l'égide d'un chef de fil, et le *pool* occulte<sup>244</sup>, dans lequel l'emprunteur n'a qu'un seul interlocuteur. Il convient de noter que le *pool* occulte a été rapproché de la réassurance<sup>245</sup>.

Dans la première hypothèse, un lien de droit direct s'établit entre chaque banque participante et l'emprunteur qui signe le contrat de crédit avec toutes les banques participantes. Par contre, dans la seconde hypothèse, l'emprunteur qui ne connaît pas l'existence du *pool*, ne peut en profiter.<sup>246</sup> Le chef de file est seul en contact avec l'emprunteur. Il y a absence de tout lien de droit entre les banques participantes et l'emprunteur.

91. La seule figure qui répond à la définition de contrat de transfert de risque est le *pool* occulte en risque uniquement.<sup>247</sup> Dans ce cas<sup>248</sup>, les banques participantes s'engagent à verser un montant à la banque initiatrice en cas de défaillance de l'emprunteur, en contrepartie d'une rémunération. Il ne s'agit pas d'un contrat de société car la banque participante ne fait aucun apport, et il n'y a pas non plus d'*affectio societatis*.

Une certaine doctrine a relevé la similitude avec l'assurance crédit<sup>249</sup>. Toutefois, les opérations d'assurance sont réservées aux entreprises d'assurance, alors que dans notre cas, l'acteur est une banque. Dans le contrat d'assurance, l'indemnité doit couvrir le risque subi, qui est parfois supérieur au montant de la créance, ce qui n'est

---

<sup>243</sup> Article 5.2 : « opérations consortiales ».

<sup>244</sup> Y. Zein, *op. cit.*, page 6, numéro 4.

<sup>245</sup> E. Bouretz, *Les crédits consortiaux internationaux*, thèse Paris I, 1999, page 405, numéro 681 : « s'agissant de la sous participation en risque seul, l'assimilation à la réassurance ne peut être ignorée. La réassurance est une technique contractuelle permettant à un assureur (le réassuré) de diminuer ses risques financiers en les transférant à un consort (le réassureur). En contrepartie du versement d'une prime, le réassureur promet au réassuré qu'en cas de réalisation du risque, il remboursera tout ou partie des sommes qui seront versées à l'assuré à titre de sinistre. Chaque réassurance constitue un véritable contrat d'assurance qui a pour élément essentiel un risque existant, déterminé par une convention d'assurance antérieure et mis à la charge d'une autre compagnie, qu'une compagnie consent à en garantir pour tout ou partie... A l'instar du contrat de sous participation, la police de réassurance est *res inter alios acta* à l'égard de l'assuré. Les deux opérations visent un objectif commun, en ce sens que la réassurance permet de transférer les risques encourus au titre du contrat principal. Au versement d'une prime par le réassuré, correspond le versement d'une somme d'argent par la banque sous participante. »

<sup>246</sup> Y. Zein, *op. cit.*, page 437, numéro 740.

<sup>247</sup> Pour plus de détails sur les différents montages, voir Y. Zein, *op. cit.*

<sup>248</sup> Y. Zein, *op. cit.*, pages 596 et s., numéros 968 et s.

<sup>249</sup> *Ibidem*, pages 608 et 609, numéros 979 et 980.

pas le cas des *pools*. Aussi, l'assurance est un contrat principal, alors que le *pool* occulte en risque uniquement est un contrat accessoire au contrat de prêt initial.

La qualification la plus adéquate est le cautionnement du fait du caractère accessoire du *pool* : le paiement par la participante est subordonné à l'existence d'une obligation principale impayée. Le cautionnement est donné à l'insu du débiteur/emprunteur<sup>250</sup> et c'est le créancier, à savoir la banque initiatrice, qui va rémunérer la caution. De même, c'est la banque initiatrice qui représente la participante dans le recours subrogatoire (en vertu d'un mandat donné par la participante à l'initiatrice) afin de ne pas révéler le *pool*.

## 2. La garantie autonome<sup>251</sup>

92. La garantie autonome est apparue avec les contrats rédigés en langue anglaise. Elle est née de la pratique bancaire, et est régie par la liberté contractuelle. Il s'agit d'un contrat consensuel, de gré à gré, unilatéral, à titre onéreux, et *intuitu personae*.

Le premier arrêt français sur la garantie autonome est celui de la chambre commerciale du 20 décembre 1982<sup>252</sup>, dans lequel on peut lire ce qui suit: cet engagement est régi « par les seules dispositions de la lettre de garantie et il ne constitue pas un cautionnement mais une garantie autonome. »

Suite à l'ordonnance du 23 mars 2006, qui a introduit l'article 2321 dans le code civil, la garantie autonome est devenue une sûreté personnelle nommée. Cette ordonnance a mis un terme à toutes les hésitations doctrinales<sup>253</sup> quant à la qualification juridique de la garantie autonome.

<sup>250</sup>Article 2291 du code civil : « on peut se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, et même à son insu. On peut aussi se rendre caution, non seulement du débiteur principal, mais encore de celui qui l'a cautionné. »

<sup>251</sup>Le législateur et la jurisprudence utilisent l'expression garantie autonome ou indépendante, qui peut prendre plusieurs formes, notamment la garantie à première demande.

<sup>252</sup>*Bull. civ.* IV, n° 417.

<sup>253</sup>Une doctrine a analysé la garantie autonome en un simple renversement de la charge de la preuve par rapport au cautionnement. Pour ce courant, le bénéficiaire de la garantie n'a pas à prouver la non exécution du débiteur principal pour faire jouer la garantie. Mais en France, le caractère accessoire est considéré comme étant de l'essence du cautionnement, sinon il y aurait disqualification. En d'autres termes, il existe une différence de nature entre le cautionnement et la garantie autonome, et non pas une simple différence de degré.

Pour Monsieur Ancel, la garantie autonome est un cautionnement avec renonciation aux exceptions tirées du rapport fondamental, comme la garantie à première demande du droit allemand. Nous ne sommes pas d'accord avec cette opinion puisqu'on ne peut renoncer d'avance à la règle de l'inopposabilité des exceptions, règle d'ordre public dont la raison d'être est la protection de la caution.

Certains ont avancé l'idée d'acte abstrait: la garantie autonome aurait une cause, mais pour son exécution, il n'en est pas tenu compte. Monsieur Théry a également défendu l'idée de la délégation imparfaite. Mais l'inopposabilité des exceptions, caractéristique de la garantie autonome n'est pas inhérente à la délégation.

Selon MM. Cabrillac et Mouly (M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 9ème édition), la garantie autonome serait une sûreté réelle et plus précisément un gage espèces pour autrui, qui est un dépôt de garantie, une sorte de consignation de somme d'argent. Mais l'analyse en sûreté réelle n'emporte pas la conviction, car il n'y a aucun droit de préférence qui s'en suit.

Le code civil prévoit la garantie autonome à l'article 2321 qui dispose dans son alinéa 1 que « *la garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues* ».

Afin de reconnaître une garantie autonome, certains indices peuvent être recherchés parmi les clauses contractuelles, à savoir l'emploi des expressions suivantes : « inopposabilité des exceptions », « aucune appréciation des modalités d'exécution du contrat de base, pour l'évaluation des montants garantis ».

L'autonomie<sup>254</sup> est susceptible de degrés : on distingue par ordre décroissant d'abord la garantie à première demande, qui est la forme la plus rigoureuse, ensuite la garantie justifiée<sup>255</sup> et enfin la garantie documentaire<sup>256</sup>. La conséquence de cette autonomie est l'inopposabilité des exceptions tirées du contrat de base, ce qui signifie que le garant ne peut se prévaloir des arguments suivants, pour échapper à son engagement : nullité du contrat de base, résolution, résiliation, inexécution par la faute du créancier lui-même, la force majeure, le fait du prince, l'extinction de l'obligation garantie par novation ou compensation.

93. Dans la garantie autonome, le cédant du risque est le créancier, qui est le plus souvent un exportateur ou un importateur. Le cessionnaire du risque est le garant, et le risque transféré est le risque de crédit. L'obligation de couverture, prestation caractéristique, est une obligation de donner une somme d'argent, dont les modalités<sup>257</sup> sont fixées par le contrat. Il s'agit d'une obligation de donner conditionnelle, dont l'exécution est déclenchée par la réalisation du risque, à savoir la non exécution par le débiteur initial à l'échéance de son obligation. Quant à la cause objective de la garantie autonome, elle peut être recherchée soit dans les rapports

---

Selon Monsieur Dupichot (P. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés, op. cit.*), la garantie autonome s'analyse en une promesse de gage espèces : le bénéficiaire lève l'option et il s'approprie les espèces. En d'autres termes, pour l'auteur, il s'agit d'un pacte comissoire autorisé. Nous ne sommes pas d'accord avec cette opinion, parce que le gage est une sûreté réelle, ce qui n'est pas le cas de la garantie autonome, qui est une sûreté personnelle.

Selon Monsieur Jacob (F. Jacob, *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, préf. Ph. Simler, LGDJ.), il s'agit d'une garantie indemnitaire, qui fixe préalablement le montant des dommages intérêts en cas d'inexécution du contrat, à l'instar d'une clause pénale. Cette analyse n'est pas convaincante, car rien n'empêche que le bénéficiaire intente une action supplémentaire en dommages intérêts, même après avoir actionné le garant.

<sup>254</sup>Il existe un contrat de base donnant naissance à une obligation principale, sans laquelle la garantie n'a pas de sens, mais ceci n'est nullement incompatible avec l'autonomie de la garantie.

<sup>255</sup>Simple déclaration du motif de l'appel en garantie, sans en faire la preuve.

<sup>256</sup>Notification infructueuse du débiteur.

<sup>257</sup>A première demande, après présentation de certains justificatifs ou documents.

garant/bénéficiaire<sup>258</sup>, soit dans les rapports garant/ donneur d'ordre<sup>259</sup>, étant donné que la garantie autonome est un contrat unilatéral. Dans le premier cas, la cause serait la conclusion du contrat de base, mais sans que cette acception de la cause affecte l'autonomie de la garantie<sup>260</sup>. Dans le second cas, la cause serait soit la rémunération du garant par le donneur d'ordre, soit l'intention libérale qui anime le garant. Nous préférons la seconde analyse, car rien n'empêche les parties de conclure d'abord le contrat de base et de conclure par la suite la garantie autonome.

Le montant de l'obligation de couverture peut être supérieur à celui de l'obligation du débiteur principal (contrairement à la règle applicable au cautionnement). Les parties fixent librement le montant de la garantie, mais sans référence au contrat de base, au risque de disqualification en cautionnement. De même, elles peuvent librement prévoir que la garantie sera à durée déterminée ou indéterminée.

94. Il convient de mentionner la contre-garantie, qui est la garantie qu'exige le garant de premier rang, directement engagé envers le bénéficiaire, afin de s'assurer le remboursement de ce qu'il aura dû payer le cas échéant, en exécution de son propre engagement. Et ainsi de suite. Il s'agit d'un contrat de transfert de risque au second degré<sup>261</sup>.

### 3. La délégation imparfaite

95. La délégation était utilisée à Rome pour réaliser des cessions de créance, vu que le droit romain envisageait l'obligation seulement sous l'angle d'un rapport personnel et non sous l'angle d'un élément du patrimoine qui peut être transmis.

Le code civil mentionne la délégation dans le cadre de la novation, aux articles 1275 et 1276<sup>262</sup>. L'article 1275 du code civil définit indirectement la délégation et dispose

---

<sup>258</sup>C'est-à-dire rapports internes.

<sup>259</sup>C'est-à-dire rapports externes, le donneur d'ordre étant un tiers au contrat de garantie autonome.

<sup>260</sup>Notamment l'application de la règle de l'inopposabilité des exceptions.

<sup>261</sup>Voir *infra* numéro 359.

<sup>262</sup>Le projet Catala prévoit la délégation aux articles 1276 à 1280.

Article 1276 : « la délégation est valable alors même que le délégant n'est pas débiteur du délégataire ou que le délégué n'est pas débiteur du délégant. »

Article 1279-1 : « si l'obligation du délégué résulte d'un engagement expressément stipulé indépendant, celui-ci ne pourra pas opposer au délégataire les exceptions dont aurait pu se prévaloir le délégant ou qu'il aurait pu lui-même opposer au délégant, à moins qu'il n'en soit autrement convenu. Si le délégué, à la demande du délégant, a promis de payer ce que celui-ci doit au délégataire, il pourra opposer à ce dernier les exceptions du délégant, à moins qu'il n'en soit autrement convenu. »

Article 1280 : « lorsque le délégué est débiteur du délégant, il appartient aux parties de décider s'il s'engage à payer au délégataire ce qu'il doit au délégant ou s'il souscrit envers lui un engagement expressément stipulé indépendant. »

que « *la délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation.* »

96. Pour la doctrine, la délégation est un « mode de paiement en vertu duquel une personne appelée délégué fournit ou promet de fournir sur l'ordre d'une autre personne appelée déléguant une prestation à une troisième personne nommée délégataire qui l'accepte. »<sup>263</sup>

Classiquement, c'est un mécanisme d'extinction des obligations, qui permet de simplifier les paiements<sup>264</sup>. Mais elle joue de plus en plus le rôle d'une sûreté personnelle<sup>265</sup>, surtout lorsque le délégué ne doit rien au déléguant ou bien s'il n'existe pas de rapports antérieurs entre eux<sup>266</sup>. En effet, la cour de cassation n'exige pas des relations antérieures entre le déléguant et le délégué<sup>267</sup>, et l'existence d'une dette du délégué envers le déléguant ne participe pas de la nature juridique de la délégation.<sup>268</sup>

97. Les conditions de la délégation sont au nombre de deux : la souscription par le délégué personnellement à un engagement nouveau et direct au profit du délégataire, et ensuite le consentement des trois intervenants, le déléguant, le délégué et le délégataire. D'où la différence avec la stipulation pour autrui, qui ne requiert pas le consentement du bénéficiaire<sup>269</sup>, celui-ci étant créancier au jour de la stipulation, même avant son acceptation. Dès lors que les deux conditions requises pour la formation de la délégation sont réunies, celle-ci est formée, et produit ses effets entre

---

*L'opposabilité des exceptions se règle alors comme il est dit à l'article précédent.* »

<sup>263</sup>Vocabulaire juridique Cornu.

<sup>264</sup>M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 9ème édition, page 391 numéro 547.

<sup>265</sup>Cass. com., 15 janvier 2013, *RTD com.*, 2013 page 87 : « si la délégation peut être une garantie du côté du délégataire, elle ne l'est pas du côté du délégué ».

<sup>266</sup>La délégation peut réaliser un don ou un prêt lorsque le prêteur ou le donataire, qui joue le rôle de déléguant, n'a pas les fonds à sa disposition.

<sup>267</sup>Cass. com., 21 juin 1994, *Bull. civ. IV*, numéro 225, *RTD civ.*, 1995.113, obs. J. Mestre. On peut lire dans cet arrêt ce qui suit : « mais attendu qu'après avoir retenu que l'opération litigieuse était une délégation et que M. Deneux, délégué, s'était engagé en toute connaissance de cause à l'égard de M. Durand-Fontanelle, délégataire, c'est à bon droit que l'arrêt déclare qu'il importait peu que M. Deneux ait été, ou non, débiteur à l'égard de M. Dumaine, déléguant ».

<sup>268</sup>Ce qui a été approuvé implicitement ou expressément par de nombreux auteurs avec des raisons plus ou moins voisines ; voir par exemple estimant que cela « réduirait inutilement l'utilisation de la délégation », J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, *Les obligations*, volume 3, *Le rapport d'obligation*, 3<sup>e</sup> édition, 2004, A. Colin, n° 431. Approuvant également, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 1445.

les parties et elle est opposable aux tiers sans l'accomplissement d'aucune forme de publicité analogue à celles de l'article 1690 du code civil. La jurisprudence est fixée en ce sens depuis 1889.<sup>270</sup> Il convient de noter que la délégation n'est pas un mandat car le délégué s'engage personnellement. Il s'agit d'un contrat consensuel, unilatéral, de gré à gré, *intuitu personae*, et qui peut être conclu soit à titre onéreux soit à titre gratuit.

98. On distingue la délégation parfaite, qui est une novation par changement de débiteur, dans laquelle le délégant est immédiatement libéré et remplacé par le délégué, qui devient l'unique débiteur.<sup>271</sup> Et la délégation imparfaite, dite aussi délégation simple dans laquelle la dette primitive ne s'éteint pas, le délégant restant tenu envers le délégataire. Il y a donc « adjonction d'un débiteur à un autre et la délégation imparfaite constitue ainsi une garantie pour le créancier. »<sup>272</sup>

La délégation imparfaite est le droit commun, c'est-à-dire qu'en l'absence de stipulation expresse par les parties, la délégation est réputée imparfaite.

99. De ces différences, on peut déduire que la délégation parfaite ne peut être qualifiée de contrat de transfert de risque, vu l'extinction du rapport initial et la naissance d'un nouveau rapport de droit. La délégation parfaite est novatoire, elle ne peut être considérée comme une garantie, car elle a pour effet d'entraîner une substitution de débiteur. « Or si cette substitution peut s'avérer favorable au créancier, celui-ci n'aura, en tout état de cause, qu'un seul débiteur et donc qu'un seul recours possible, ce qui semble exclure l'idée de garantie, tout au moins de garantie personnelle, qui repose par définition sur l'existence d'une pluralité de débiteurs. »<sup>273</sup>

---

<sup>269</sup>Quoiqu'il doive accepter le bénéfice de la stipulation.

<sup>270</sup>Sur la délégation en général voir M. Billiau, *V° Délégation in : Rép. Civ. Dalloz et Req.*, 24 juillet. 1889, *DP* 1889.1.395 ; Cass. civ., 23 novembre 1898, *S.* 1899.1.465, note A. W. ; Req., 19 décembre 1923, *S.* 1924.1.111 et *Gaz. Pal.* 1924.1.397, *DP* 1925.1.9, note H. Capitant.

<sup>271</sup>Sauf clause contraire dite réserve expresse, ou faillite ouverte ou déconfiture au moment de la délégation. Il s'agit de l'article 1276 du code civil qui dispose : « le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation, n'a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable, à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse, ou que le délégué ne fût déjà en faillite ouverte, ou tombé en déconfiture au moment de la délégation ».

<sup>272</sup>J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations, le rapport d'obligation*, Sirey, 7ème édition 2011, page 401, numéro 444.

<sup>273</sup>J.-D. Pellier, « La nature de la délégation imparfaite », *D.* 2014. 92.

100. Seule la délégation imparfaite constitue un contrat de transfert de risque. Celle-ci permet au délégant, de céder le risque de crédit pesant sur le délégataire, risque qui sera couvert par le délégué. Elle crée une obligation nouvelle entre le délégué et le délégataire, tout en laissant intacte l'obligation primitive entre le délégant et le délégataire. Dans ce cas, il y a adjonction de débiteurs, le délégataire ayant ainsi deux débiteurs principaux et peut poursuivre au choix le délégué ou le délégant. Contrairement à la garantie autonome, l'obligation de couverture, assortie de la condition suspensive de la réalisation du risque de crédit, n'est jamais à première demande, et son montant de l'obligation de couverture peut ne pas être déterminé<sup>274</sup>. La délégation imparfaite permet de transférer le risque d'autrui : le délégué s'engage, sur ordre du délégant, alors que c'est le délégataire qui subit le risque de non exécution. Ce qui signifie que dans un contrat de transfert de risque, le contractant qui opère le transfert de risque n'est pas nécessairement celui qui le subit<sup>275</sup>.

## **B. Les sûretés réelles**

101. Le code civil consacre le titre 2 du livre quatrième aux sûretés réelles, mais sans pour autant les définir. La doctrine en donne la définition suivante : « garantie portant sur un ou plusieurs biens déterminés, meubles ou immeubles, appartenant au débiteur ou à un tiers, consistant à conférer au créancier un droit réel sur ce bien. »<sup>276</sup>

En l'absence de sûretés, le risque de crédit (qui est le risque de non exécution par le débiteur à l'échéance) pèse sur le créancier. Par la conclusion d'une sûreté, ce risque pèse soit sur le débiteur, lorsque c'est lui-même qui a octroyé la sûreté, soit sur un tiers, lorsque c'est un tiers qui a accordé une sûreté pour autrui.

102. Avant d'examiner les sûretés réelles qui méritent la qualification de contrat de transfert de risque, il convient de faire mention de la propriété utilisée à titre de sûreté, que nous avons écartée de notre étude relative au transfert de risque indépendamment de tout transfert de propriété.

---

<sup>274</sup>Dans la garantie autonome, la non détermination du montant, risque de la disqualifier en cautionnement.

<sup>275</sup>Cas du cautionnement (H. L. Et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, op. cit.*, page 1265 numéro 1248 : la nullité du rapport délégant/ délégataire n'affecte pas la validité de l'engagement délégué/délégataire, alors que le cautionnement a un caractère accessoire, et le délégué, contrairement à la caution, ne peut invoquer le bénéfice de discussion) et de l'assurance pour compte, qui est une stipulation pour autrui.

<sup>276</sup>Vocabulaire juridique Cornu.

Le chapitre 4 du titre 2<sup>277</sup>, du livre quatrième<sup>278</sup> du code civil est intitulé « de la propriété retenue ou cédée à titre de garantie ». Il s'agit dans le premier cas de la clause de réserve de propriété<sup>279</sup> et dans le deuxième cas, de la fiducie<sup>280</sup> utilisée à titre de sûreté.

103. La clause de réserve de propriété est la clause qui « a pour objet de différer le transfert de la propriété jusqu'à une date déterminée, en général celle du complet paiement du prix »<sup>281</sup>. Grâce à une telle clause, le créancier vendeur qui n'a pas été payé, conserve la propriété de la chose vendue<sup>282</sup>, au détriment du débiteur, ce dernier supportant le risque de non exécution. Elle est prévue à l'article 2367 du code civil, qui dispose « *la propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie* ».

*La propriété ainsi réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement. »*

La clause de réserve de propriété, bien qu'elle garantisse le paiement, donc le risque de crédit, n'est pas un contrat de transfert de risque parce qu'il n'y a aucun mouvement de déplacement d'un patrimoine à un autre, l'effet translatif étant suspendu jusqu'au paiement intégral du prix.

104. Quant à la fiducie sûreté, elle est prévue par le code civil aux articles 2011 à 2030. Il s'agit pour le débiteur ou pour un tiers, de transférer la propriété d'un bien au créancier ou à un tiers, mais pour le compte du créancier, aux fins de garantir la bonne exécution d'une obligation. De cette façon, le risque de non exécution, qui pèse naturellement sur le créancier est transféré au débiteur, ou au tiers qui a constitué la sûreté pour le compte du débiteur. Il ne s'agit pas non plus d'un contrat de transfert de risque, du fait que le déplacement d'un patrimoine à un autre n'a pas lieu sur le plan comptable : conformément au règlement 2008-01 du 3 avril 2008 relatif à la comptabilité de la fiducie, chez le constituant il convient de comptabiliser une

---

<sup>277</sup>Intitulé « des sûretés réelles ».

<sup>278</sup>Intitulé « des sûretés ».

<sup>279</sup>Articles 2367 à 2372 du code civil relatifs à la propriété retenue à titre de garantie.

<sup>280</sup>Articles 2372-1 à 2372-5 du code civil relatifs à la propriété cédée à titre de garantie, qui renvoient aux articles 2011 à 2030 du code civil.

<sup>281</sup>Vocabulaire juridique Cornu.

<sup>282</sup>Contrairement à la règle du transfert de propriété *solo consensu*.

contrepartie à ce transfert, et chez le fiduciaire, il convient de tenir une comptabilité autonome<sup>283</sup>.

En plus de l'absence de déplacement d'un patrimoine à un autre observable sur le plan comptable, les deux mécanismes exposés ci-dessus, utilisant la propriété à titre de sûreté ne font pas partie des contrats de transfert de risque pour la simple raison que ledit transfert se fait accessoirement au transfert de propriété, alors que notre sujet porte sur le transfert de risque indépendamment d'un transfert de propriété.

Quant aux sûretés réelles, un déplacement d'un patrimoine à un autre est observable sur le plan comptable : dans le bilan du créancier, les provisions pour créances douteuses deviennent sans objet, alors que le constituant de la sûreté doit prévoir des provisions pour risques. Les deux sûretés réelles qui méritent la qualification de contrat de transfert de risque sont le gage (I) et l'hypothèque (II).

## 1. Le gage

105. Le gage était anciennement appelé « mort-gage »<sup>284</sup>, les fruits s'imputaient sur les intérêts. Cette opération était interdite, car usuraire.

L'article 2333 du code civil définit le gage comme étant la « convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs ». Il s'agit d'un contrat unilatéral. Le gage présente également un caractère accessoire<sup>285</sup>. Selon l'article 2335 du code civil, le gage de la chose d'autrui est nul d'une nullité relative.<sup>286</sup>

Lorsque le gage porte sur des biens incorporels, il prend le nom de nantissement, et il est défini à l'article 2355 du code civil<sup>287</sup>. Le gage peut être mobilier ou

---

<sup>283</sup>Conformément à l'article 2011 du code civil, qui dispose : « la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ».

<sup>284</sup>S. Piedelièvre, *V° Gage immobilier in : Rép. Civ. Dalloz*, numéro 1.

<sup>285</sup>P. Crocq, *V° Gage in : Rép. Civ. Dalloz*, numéro 62.

<sup>286</sup>La jurisprudence semble conforter cette lecture du texte, considérant que le texte édicte une nullité relative ne pouvant être invoquée que par le créancier gagiste (CA Poitiers, 2ème chambre, 1 janvier 2011 : JurisData n° 2011-019778).

<sup>287</sup>Article 2355 alinéa 1 du code civil : « le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs ».

C'est le cas du nantissement d'un fonds de commerce ou le nantissement de créances, ou celui d'une assurance-vie.

immobilier<sup>288</sup>. Quel que soit le type de gage, il est possible de garantir une partie de la dette seulement<sup>289</sup>.

Par le contrat de gage, c'est le risque d'inexécution à l'échéance qui est couvert, à travers une obligation de faire pesant sur le constituant du gage. Le constituant doit grever le bien d'une préférence en faveur du créancier.

Si le gage se fait sans dépossession, l'obligation de couverture impose au constituant de conserver la valeur du bien et de le remettre au créancier uniquement en cas de non exécution par le débiteur principal. L'obligation de conserver le bien est immédiate, alors que l'obligation de le remettre est différée.

Si le gage se fait avec dépossession, le constituant du gage a l'obligation de remettre le bien au créancier dès la conclusion du contrat ou dans un délai contractuellement prévu. Mais la réalisation du gage ne se fait qu'en cas de défaillance du débiteur principal, donc sous condition suspensive de réalisation du risque. Ceci n'est pas sans nous rappeler la distinction établie par le professeur Mouly<sup>290</sup>, à propos du cautionnement, entre l'obligation de couverture (immédiate) et l'obligation de règlement (différée). Il convient de préciser que depuis la réforme de 2006, la remise de la chose est simplement une condition d'opposabilité du gage à l'égard des tiers<sup>291</sup>.

106. Le constituant du gage peut être le débiteur lui-même ou un tiers, conformément à l'article 2334 du code civil<sup>292</sup>. Dans la première hypothèse, la cause de l'obligation du constituant est à rechercher dans les rapports internes, c'est-à-dire dans les rapports débiteur/créancier. La constitution du gage est le plus souvent la condition d'obtention du crédit, de son maintien ou de son augmentation.

Dans la seconde hypothèse, la pratique qualifie cette opération de cautionnement réel, mais la jurisprudence a refusé une telle qualification par un arrêt de la chambre mixte du 2 décembre 2005<sup>293</sup>. Ce qui signifie qu'on écarte notamment le bénéfice de cession d'action et le recours entre cofidésusseurs.<sup>294</sup> Cette figure contractuelle n'est pas un

---

<sup>288</sup>On parle alors d'antichrèse, mais contrairement à l'hypothèque, il ne permet pas de constituer plusieurs sûretés sur un même immeuble.

<sup>289</sup>Ass. plén., 6 novembre 2009, numéro du pourvoi 08-17.095.

<sup>290</sup>Ch. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse Montpellier, Librairies techniques, 1979.

<sup>291</sup>C'est le cas du gage sans dépossession depuis la réforme de 2006.

<sup>292</sup>Article 2334 du code civil : « le gage peut être consenti par le débiteur ou par un tiers ; dans ce dernier cas, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie ».

<sup>293</sup>Numéro du pourvoi 03.18-210. Selon la haute cour, « une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers, n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'étant pas des lors un cautionnement...la cour d'appel a exactement retenu que l'article 1415 n'était pas applicable au nantissement donné. »

<sup>294</sup>Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes et garanties indemnitaires*, op. cit., page 24, numéro 19.

cautionnement au sens strict, mais n'en constitue pas moins un contrat de transfert de risque, et plus particulièrement une sûreté réelle pour autrui.<sup>295</sup>

Dans ce cas, la cause est à rechercher dans les rapports tiers constituant/débiteur ; il peut s'agir d'une rémunération ou d'une intention libérale, surtout si ces deux sont unis par des liens de parenté.

## 2. L'hypothèque

107. L'hypothèque est définie à l'article 2393 du code civil comme étant un « *droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation* ». Toutefois, une hypothèque mobilière est concevable pour les meubles soumis à publicité, comme les navires, voitures et aéronefs. L'hypothèque est soumise au principe de double spécialité: les biens grevés, ainsi que les créances garanties, doivent être précisées. Le contrat doit mentionner le montant de la somme garantie<sup>296</sup>, sous peine de nullité. L'hypothèque est un contrat solennel<sup>297</sup>, de gré à gré et unilatéral. Elle a un caractère accessoire. Pour être opposable aux tiers, elle doit être publiée au registre foncier.

108. Dans l'hypothèque, le cédant du risque est le créancier, et le risque couvert est celui de l'inexécution à l'échéance. La prestation caractéristique est l'obligation d'affecter un immeuble<sup>298</sup> à la garantie d'une obligation préexistante. Il s'agit d'une obligation de faire<sup>299</sup>, qui peut être conclue à titre gratuit ou en contrepartie d'une rémunération. Comme pour le gage sans dépossession, l'obligation de couverture

---

<sup>295</sup>Cass. com., 24 mars 2009, *Bull. civ. IV*, numéro 43 : « la sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'est pas un cautionnement. » et Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1 février 2000, *Bull. civ. I*, numéro 33 : « le cautionnement réel fourni par celui qui consent la constitution d'une hypothèque conventionnelle pour garantir le remboursement de la dette d'un tiers est une sûreté réelle et non pas un cautionnement personnel ».

<sup>296</sup>Article 2423 du code civil alinéa 1 : « *L'hypothèque est toujours consentie, pour le capital, à hauteur d'une somme déterminée que l'acte notarié mentionne à peine de nullité. Le cas échéant, les parties évaluent à cette fin les rentes, prestations et droits indéterminés, éventuels ou conditionnels. Si la créance est assortie d'une clause de réévaluation, la garantie s'étend à la créance réévaluée, pourvu que l'acte le mentionne* ». Nous pensons qu'il s'agit d'une nullité relative, car contrairement à l'article 2422 du même code, le texte ne précise pas que les dispositions sont d'ordre public.

<sup>297</sup>L'article 2416 du code civil exige un acte notarié, mais le texte ne précise pas la nature de la sanction attachée à la violation de cette exigence. Nous pensons qu'il s'agit de la nullité absolue, car il s'agit d'un vice de forme. Notons que la promesse d'hypothèque peut se faire sans acte authentique, voir en ce sens, civile, 3 janvier 1987, *Gaz. Pal.*, 1987.1.219. Mais il convient de réitérer son consentement par acte authentique, sous peine d'allocation de dommages-intérêts. Voir en ce sens, Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 7 avril 1993, *Bull. civ. III*, numéro 55.

<sup>298</sup>C'est une obligation de donner.

<sup>299</sup>En droit français, l'obligation de donner est définie comme l'obligation de transférer la propriété (*dare*). Voir en ce sens f. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.*, page 282 numéro 267. Et voir aussi Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les obligations, op. cit.*, page 2, numéro 3. En droit libanais, l'article 46 du code des obligations et des contrats dispose qu'il « *y a obligation de donner lorsque l'obligation a pour objet soit le paiement de sommes d'argent ou d'autres choses ayant le caractère de choses fongibles, soit la constitution d'un droit réel.* »

impose au constituant de conserver l'immeuble, et de le remettre au créancier uniquement en cas de défaillance du débiteur principal.

Le cessionnaire du risque est soit le débiteur, soit un tiers qui agit pour le compte du débiteur<sup>300</sup>. Dans ce dernier cas, on parle d'hypothèque pour autrui qui est prévue à l'article 1279 alinéa 2 du code civil<sup>301</sup> ; le constituant n'est pas obligé personnellement envers le créancier et ne répond pas de la dette sur la totalité de son patrimoine. Il engage seulement un bien ou un droit lui appartenant, et c'est en raison de l'existence dans son patrimoine de ce bien grevé qu'il est tenu *propter rem*<sup>302</sup> envers le créancier. L'hypothèque pour autrui est à distinguer de l'hypothèque de la chose d'autrui, nulle d'une nullité absolue<sup>303</sup>, car dans le premier cas, un tiers au contrat principal, grevé son propre bien d'une sûreté au profit du créancier principal.

### **§3-Les contrats de transfert du risque viager : la tontine en cas de décès**

109. Le risque viager s'entend par la probabilité de décès avant la moyenne. La survie à une certaine date ne peut être qualifiée de risque, celui-ci nécessitant, outre l'incertitude, une conséquence dommageable<sup>304</sup>.

L'assurance en cas de décès n'est pas la seule figure de contrat qui permet le transfert du risque de décès. La tontine en cas de décès, permet également un tel transfert.

110. Le terme tontine désigne deux réalités : dans un premier sens, la clause de tontine dite aussi d'accroissement<sup>305</sup> est une clause insérée dans un contrat d'acquisition en commun, selon laquelle la part du premier mourant doit revenir, à titre gratuit, au survivant. C'est une clause « d'acquisition de la totalité d'un bien sous condition de survie, qui permet aux acquéreurs du bien d'en jouir en commun leur vie

---

<sup>300</sup>Voir en ce sens l'article 1020 du code civil qui dispose : « si, avant le testament ou depuis, la chose léguée a été hypothéquée pour une dette de la succession, ou même pour la dette d'un tiers, ou si elle est grevée d'un usufruit, celui qui doit acquitter le legs n'est point tenu de la dégager, à moins qu'il n'ait été chargé de le faire par une disposition expresse du testateur. »

<sup>301</sup>Article 1279 alinéa 2 du code civil : « les privilèges et hypothèques primitifs de la créance peuvent être réservés, avec le consentement des propriétaires des biens grevés, pour la garantie de l'exécution de l'engagement du nouveau débiteur. »

<sup>302</sup>A. Fournier, *V°* Hypothèque conventionnelle in : *Rép. Civ. Dalloz*, numéro 28. C'est la situation d'une personne qui n'est pas obligée, mais qui peut être poursuivie parcequ'elle détient un bien sur lequel le créancier a un droit de suite.

<sup>303</sup>Alors que la vente de la chose d'autrui est nulle d'une nullité relative, A. Fournier, *V°* Hypothèque conventionnelle, *op. cit.*, numéro 35. Voir en ce sens, Cass. civ., 24 mai 1892, *DP.* 1892, 1, page 327, et Cass. civ., 13 novembre 1912, *DP.* 1913, 1, page 433, en vertu duquel toute confirmation ou régularisation est impossible.

<sup>304</sup>Voir *infra* numéros 137 et 138.

durant, mais en vertu de laquelle chaque acquéreur est propriétaire sous condition résolutoire de son prédécès, et propriétaire sous condition suspensive de sa survie. De telle sorte que par l'effet de la rétroactivité de la condition, le prémourant est censé n'avoir jamais été propriétaire et le survivant l'avoir été depuis l'acquisition »<sup>306</sup>.

Il existe aussi une définition jurisprudentielle de la clause d'accroissement, donnée à plusieurs reprises par la cour de cassation<sup>307</sup> : « *la tontine est une association d'une nature particulière dans laquelle, au moment où l'association se forme, et par le seul effet de la convention, chaque associé aliène son droit de propriété au profit du survivant, en se réservant l'éventualité d'un droit de survie.* »

Selon une jurisprudence bien assise, « *l'acquisition d'un bien avec clause d'accroissement ou clause de tontine constitue un contrat aléatoire et non une libéralité* »<sup>308</sup>. Ce n'est pas non plus un pacte sur succession future, nul d'une nullité absolue<sup>309</sup>.

Toutefois, en l'absence d'aléa, la clause de tontine est qualifiée de libéralité<sup>310</sup>.

En pratique, la clause d'accroissement est pratiquée dans un groupe restreint, le plus souvent dans un couple, elle repose sur des liens étroits d'affection dans le but d'assurer la sécurité du survivant.

111. Dans un deuxième sens et selon les termes de l'article 1 de la loi du 19 décembre 1907, la tontine est la « *convention par laquelle une société s'engage à constituer à une date fixe un capital déterminé, au profit de tout souscripteur, en échange de versements uniques ou périodiques, directs ou indirects.* »

C'est *Lorenzo de Tonti*, un banquier italien du 17<sup>ème</sup> siècle, qui a laissé son nom à la tontine. Il avait suggéré à *Mazarin*, pour relever les finances de la France, un système dans lequel, des groupes de personnes seraient invités à verser de l'argent dans un fonds commun et toucheraient les dividendes du capital investi, comme une rente viagère. Au décès de chaque souscripteur, sa part serait répartie entre les survivants,

---

<sup>305</sup>La clause d'accroissement échappe au droit des libéralités du fait de son caractère onéreux et aléatoire. L'article 1044 du code civil alinéa 1 prévoit un accroissement au profit des légataires : « *il y aura lieu à accroissement au profit des légataires dans le cas où le legs sera fait à plusieurs conjointement* ».

<sup>306</sup>G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 6ème édition.

<sup>307</sup>Cass. civ., 1er juin 1858, S. 1858.1.614, Req., 27 mars 1901 S.1901.1.535.

<sup>308</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 décembre 2004, n° 02-11.088 : RDC 2005, page 693 et Defrénois 2005, p. 617, note R. Libchaber. Voir aussi Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 janvier 2002, n° 99-15.547 : Juris-Data n° 2002-012480 ; JCP G 2002, II, 10 036, note Y. Chartier.

<sup>309</sup>Cass. ch. mixte, 27 novembre 1970, D.1971.81.

<sup>310</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 2007, n° 05-21.011.

le dernier survivant récupérant l'ensemble du capital, en l'occurrence l'Etat. Mais de nos jours, nous sommes passés des tontines de L'Etat, dans le but de lever des fonds pour le budget, vers les tontines sociales dans le but d'assurer les retraites des gens de mer, ou des fonctionnaires.

112. L'acquisition en commun avec clause d'accroissement et la tontine prise dans son deuxième sens, ont des structures analogues. En effet, toutes les deux reposent sur une convention aléatoire dont la mise en oeuvre est conditionnée par le prédécès des ou du partenaire contractuel. Cette similitude explique que le vocabulaire se soit uniformisé. Notre étude se limite à la tontine prise dans son deuxième sens, parce qu'elle constitue un contrat de transfert de risque indépendamment du transfert de propriété.

113. La tontine prise dans son deuxième sens est le contrat par lequel un groupe de personnes s'engage à verser régulièrement des cotisations pendant une certaine durée, au terme duquel ces cotisations, augmentées d'intérêts, se répartissent *au prorata* entre les membres du groupe survivants si la tontine est stipulée en cas de vie, ou aux héritiers des membres du groupe décédés, si la tontine est stipulée en cas de mort. La tontine peut être gérée par ses membres ou bien par un organisme réglementé. La tontine peut donc prendre deux formes : en cas de survie ou en cas de décès.

114. Seule la tontine en cas de décès mérite la qualification de contrat de transfert de risque, pour la simple raison que le risque est toujours entendu comme une conséquence dommageable<sup>311</sup>. Alors que la survie à une date donnée n'a pas de conséquences dommageables susceptibles d'être transférées. De surcoût, le but d'une tontine en cas de vie est la spéculation, non pas la couverture.

Dans la tontine en cas de décès, le risque transféré est le risque de décès, le cédant du risque est représenté par l'ensemble des adhérents, le cessionnaire étant les membres survivants de la tontine. L'obligation de couverture est une obligation de donner une somme d'argent, dont la contrepartie est un transfert correspondant et en sens contraire<sup>312</sup> du même risque de décès. Ladite obligation de payer une somme d'argent

---

<sup>311</sup> Voir *infra* numéros 137 et 138.

<sup>312</sup> Décéder avant le cédant.

pèsera au terme de la tontine, sur les adhérents survivants<sup>313</sup>, en faveur des héritiers des adhérents décédés. Il s'agit d'une obligation sous condition suspensive de décès.

115. La tontine peut être purement privée (entre personnes qui se connaissent) et sera régie par la liberté contractuelle. Elle constitue une « petite collecte entre amis » qui existe officiellement en France depuis 1653 et est aussi très coutumière en Asie et en Afrique. Très utilisée par les migrants notamment africains ou chinois qui n'ont pas accès au crédit classique<sup>314</sup>, elle se développe un peu partout grâce à internet, selon deux types : la tontine rotative ou circulaire<sup>315</sup>, et la tontine accumulative<sup>316</sup>.

Elle peut également être publique (appel aux épargnants) et elle est réglementée par le code des assurances. Dans cette deuxième hypothèse, l'article L. 322-139 code des assurances dispose que « *les sociétés à forme tontinière réunissent leurs adhérents en groupes distincts dénommés associations, et répartissent à l'expiration de chacune de ses associations, les fonds provenant de la capitalisation en commun de leurs cotisations, déduction faite de la partie affectée aux frais de gestion, entre les survivants (en cas d'association en cas de vie) ou entre les ayants droits des décédés (en cas d'association en cas de décès), en tenant compte de l'âge des adhérents et de leurs cotisations.* »

La société tontinière, joue un rôle purement technique dans l'opération tontinière<sup>317</sup> ; elle ne supporte aucun risque, elle gère les cotisations des adhérents et les capitalise.

116. Il convient toutefois de ne pas confondre la tontine avec l'assurance de personnes en cas de mort<sup>318</sup>. Le contrat tontinier n'est pas conclu avec un assureur qui couvre un risque et en opère la compensation avec d'autres qu'il a pris en charge. Dans la tontine aucune promesse précise n'est faite, il n'y a pas d'engagement déterminé ferme ou conditionnel, comme dans l'assurance sur la vie.<sup>319</sup> En d'autres termes, « la tontine est dominée par la pensée du jeu et la société tontinière n'est pas un assureur, c'est un simple gestionnaire, car son capital n'est pas entamé pour

---

<sup>313</sup>Ce sont les héritiers qui en profiteront.

<sup>314</sup>La tontine leur permet de se procurer un crédit, sans l'intermédiaire des établissements bancaires.

<sup>315</sup>Chaque mois, c'est un des participants qui reçoit l'intégralité de la somme.

<sup>316</sup>En pratique, il s'agit de constituer une caisse, qui prête aux membres de la tontine, ces derniers étant tenus de rembourser la somme empruntée.

<sup>317</sup>Ce qui n'est pas sans nous rappeler le rôle joué par la chambre de compensation sur les marchés financiers.

<sup>318</sup>J. Hémar, *Théorie et pratique des assurances terrestres*, op. cit., page 568, numéro 701.

<sup>319</sup>J. Kullmann, *V° Assurances de personnes in : Rép. Civ. Dalloz.*

l'exécution de ses obligations à l'égard des tontiniers. Elle ne se transformerait en assurance que si elle attribuait un droit à un capital déterminé. »<sup>320</sup>

La tontine « n'est ni une assurance sur la vie, ni même une assurance »<sup>321</sup>. Il s'agit d'un contrat autonome, consensuel, de gré à gré, synallagmatique, conclu à titre onéreux<sup>322</sup>, *intuitu personae* et aléatoire.

Une doctrine affirme que les tontines « apparaissent comme un anachronisme à côté des assurances sur la vie moderne, faute de bases scientifiques et faute de garantie d'un résultat déterminé. Ils constituent un pari ou une sorte de loterie. Il faut les interdire, comme l'a fait la Suisse. »<sup>323</sup>

N'étant pas des opérations d'assurance notamment sur la vie, car la durée de la vie humaine n'intervient pas, le calcul du versement ne se fait pas en fonction de l'âge ou de la santé, et il n'y a pas non plus de visite médicale.

117. En somme, la tontine règlementée est un contrat de transfert de risque nommé, soumis à un régime spécial et autonome qui figure dans le code des assurances<sup>324</sup>, alors que selon une doctrine<sup>325</sup>, il s'agit d'un pari. D'ailleurs l'article L. 111-1 du code des assurances consacre cette autonomie et dispose qu'il « *n'est pas dérogé aux dispositions des lois et règlements relatifs aux sociétés à forme tontinière* ». Par contre, la tontine entre particuliers, dans laquelle n'intervient pas une société tontinière soumise au contrôle de l'Etat, est un contrat de transfert de risque innommé.

---

<sup>320</sup>J. Hémar, *Théorie et pratique des assurances terrestres, op. cit.*, page 575, numéro 704. Dans le même sens, voir J. Bigot, *Traité de droit des assurances, tome 3, Le contrat d'assurance*, 2<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2014, page 217, numéro 309. Voir aussi Y. Lambert-Faivre, *Droit des assurances, op. cit.*, page 6 : la tontine participe plus à la nature du jeu, qu'à celui de l'assurance moderne.

<sup>321</sup>J. Hémar, *Théorie et pratique des assurances terrestres, tome 2, le domaine d'application, le rôle de l'assurance terrestre*, page 363, numéro 619.

<sup>322</sup>Ce qui le fait échapper aux conditions de droit commun des libéralités.

<sup>323</sup>J. Hémar, *Théorie et pratique des assurances terrestres, op. cit.*, page 576, numéro 705.

<sup>324</sup>Cette insertion dans le code des assurances souligne la maîtrise et le contrôle des sociétés tontinières, par une autorité administrative.

<sup>325</sup>M. Picard et A. Besson, *Les assurances terrestres en droit français, tome 1, le contrat d'assurance*, 5<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1982.

## Section 2 : Les contrats de transfert d'un risque quelconque : les contrats d'assurance<sup>326</sup>

118. Le code civil de 1804 mentionne le contrat d'assurance à l'article 1964 et le range parmi les contrats aléatoires mais ne le définit<sup>327</sup> pas et ne le réglemente pas non plus.

C'est le code des assurances<sup>328</sup> qui le réglemente, sans pour autant le définir<sup>329</sup>.

Le code des assurances consacre les titres 1 à 6 du livre 1 aux assurances terrestres, et le titre 7 du livre 1 aux assurances maritimes. Contrairement aux assurances terrestres, les règles régissant l'assurance maritime ne sont pas impératives, sous réserve de quelques règles strictement énumérées<sup>330</sup>, car les parties sont placées sur pied d'égalité.

Malgré certaines différences quant aux règles applicables<sup>331</sup>, le contrat d'assurance maritime et le contrat d'assurance terrestre comportent les mêmes éléments essentiels<sup>332</sup>, de sorte « qu'entre l'assurance maritime et l'assurance terrestre, il existe une différence de régime, et non pas une différence de nature »<sup>333</sup>. C'est pourquoi nous avons choisi de traiter ces deux types de contrat d'assurance sous une même rubrique.

---

<sup>326</sup>Le terme « assurance », vient de l'italien « *assicuration* », qui signifie sécurité.

<sup>327</sup>On peut rappeler à cet égard la décision de la Cour de justice des communautés européennes qui définit les opérations d'assurance comme « l'engagement par l'assureur, moyennant le paiement d'une prime, de procurer une prestation à l'assuré en cas de réalisation d'un risque » (CJCE 25 février 1999, aff. 349/96, Card Protection Plan Ltd (CPP) : RJF 4/99 n° 512).

<sup>328</sup>Issu de la loi du 13 juillet 1930 et de ses modifications.

<sup>329</sup>Contrairement au code des obligations et des contrats libanais, qui comporte une définition du contrat d'assurance à l'article 950, ainsi que la loi belge et la loi québécoise. Voir en ce sens J. Bigot, *Traité du droit des assurances*, tome 3, le contrat d'assurance, op. cit., page 25, numéro 39 et s.

<sup>330</sup>Une doctrine L. Michel, *Particularisme de l'assurance maritime par rapport à l'assurance terrestre*, thèse, 1933 op. cit., page 212, considère qu'il faut aussi protéger l'assuré des clauses abusives dans les assurances maritimes, ces dernières ne jouissant d'une liberté contractuelle que grâce au lobby du milieu professionnel.

<sup>331</sup>En assurance maritime, et contrairement à l'assurance terrestre, on ne distingue pas entre la fausse déclaration intentionnelle (nullité du contrat d'assurance avec conservation des primes) et la fausse déclaration non intentionnelle (réduction de l'indemnité versée), le risque putatif (risque déjà réalisé mais à l'insu des parties lors de la conclusion du contrat (est admis par un texte clair (alors que pour l'assurance terrestre, c'est la jurisprudence qui l'a admis : cass. civ. 1ère, 8 juillet 1994, *RGAT* 1994. 1089, et Cass. civ. 1ère, 30 janvier 1996, numéro 93-15.168), et on applique le délaissement (c'est-à-dire la possibilité pour l'assuré de recevoir la totalité de la somme assurée, en contrepartie de l'abandon de la chose assurée). On n'applique pas non plus les principes de divisibilité (si le contrat est résilié avant son terme, l'assuré récupère la partie de la prime correspondant à la période restante) et de variabilité de la prime (en fonction de l'aggravation ou de la diminution du risque).

<sup>332</sup>Contra L. Michel, *Particularisme de l'assurance maritime par rapport à l'assurance terrestre*, thèse, 1933, page 277: « il y a une unité profonde des deux assurances et si l'on parle de particularisme, ce ne peut être que dans le sens restreint de particularisme relatif. »

<sup>333</sup>J. Bigot, *Traité de droit des assurances*, tome 3, le contrat d'assurance, op. cit., page 54, numéro 85.

Après avoir présenté le contrat d'assurance (§1), nous allons démontrer qu'il mérite la qualification de contrat de transfert de risque (§2).

## §1-La présentation du contrat d'assurance

119. La doctrine définit le contrat d'assurance comme étant la « convention par laquelle l'une des parties appelée assureur, s'engage envers l'autre appelée souscripteur ou preneur d'assurance, en contrepartie du paiement d'une prime<sup>334</sup>, à couvrir un risque<sup>335</sup>, en fournissant au souscripteur ou à un tiers, une prestation en cas de réalisation de ce risque »<sup>336</sup>. Cette même doctrine poursuit plus loin et définit le risque comme étant « un événement futur et incertain, indépendant de la volonté des parties ». <sup>337</sup> Ce qui n'est pas sans nous rappeler la définition de la condition prévue à l'article 1168 du code civil<sup>338</sup>.

120. Le contrat d'assurance est un contrat nommé (régé par un code spécial), consensuel<sup>339</sup>, synallagmatique<sup>340</sup> et teinté *d'intuitu personae*<sup>341</sup> ; la personne de l'assuré déterminant le plus souvent l'opinion de l'assureur. L'exécution est

---

<sup>334</sup>Prime, du latin *primus*, qui signifie somme payée en premier. La prime dans le contrat d'assurance diffère de la prime dans le contrat de prêt à la grosse aventure. Dans ce dernier cas, la prime est payée à la fin, si le navire arrive à bon port, et représente l'intérêt du prêt.

<sup>335</sup> Le risque est l'événement aléatoire, garanti par le contrat, qu'il soit heureux ou malheureux.

<sup>336</sup>J. Bigot, *Traité de droit des assurances, tome 3, le contrat d'assurance, op. cit.*, page 28, numéro 45, L. Mayaux, *Rép. Civ. Dalloz*, « Assurances terrestres, le contrat d'assurance », voir aussi Y. Lambert-Faivre, *Droit des assurances*, Dalloz 2012, page 40, numéro 33.

<sup>337</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 janvier 1956 numéro du pourvoi 2306, *Bull. civ. I*, numéro 52.

<sup>338</sup>Article 1168 du code civil : « *l'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas* ».

<sup>339</sup>L'existence de plusieurs assurances obligatoires n'altère pas ce caractère, puisque la sanction attachée à la non conclusion d'une assurance obligatoire est l'amende ou une sanction disciplinaire, et non pas la conclusion forcée d'un contrat d'assurance. Dans le même ordre d'idées, l'article L. 112-4 du code des assurances prévoit plusieurs mentions obligatoires dans la police, mais la sanction n'est pas la nullité du contrat. La police doit être rédigée en français et en caractère apparent (L. 112-3 alinéa 1 du code des assurances). Plusieurs clauses de la police doivent être rédigées en caractères très apparents. Ces clauses sont les suivantes : nullité et déchéances (article L. 112-4 du code des assurances), durée du contrat (article L. 113-15 du code des assurances) et exclusions (article L. 112-4 alinéa 2 du code des assurances), sous peine d'inopposabilité de ladite clause à l'assuré. Ce qui signifie que ce formalisme n'est pas exigé *ad validitatem* car il n'est pas sanctionné par la nullité.

<sup>340</sup>L'assuré a deux obligations principales: la première est le paiement des primes, sous peine de suspension de la garantie, et le cas échéant d'une résiliation du contrat d'assurance. Selon l'article L. 132-19 du code des assurances, c'est en principe le souscripteur qui est tenu de payer les primes, mais cet article prévoit que tout intéressé peut le faire, tel un bénéficiaire ou un créancier. La seconde est la déclaration du sinistre dans un certain délai, sous peine de déchéance de son droit à l'indemnité. L'assureur a une obligation principale: l'exécution de la prestation promise, qui est le plus souvent le paiement d'une indemnité, mais qui peut être aussi une obligation de faire, tel la défense en justice.

<sup>341</sup>Les conséquences de ce dernier caractère sont les suivantes : extinction du contrat par le décès de l'une des parties, non cessibilité du contrat, exécution personnelle par le débiteur, et possibilité d'annuler le contrat sur la base de l'erreur sur la personne.

successive<sup>342</sup>, le contrat est d'adhésion<sup>343</sup> et de bonne foi<sup>344</sup>, voire d'extrême bonne foi.

Le contrat d'assurance suppose l'existence d'un assureur, d'un souscripteur (qui conclut le contrat d'assurance), d'un assuré (qui est la personne sur la tête de laquelle pèse le risque) et d'un bénéficiaire (qui profite de la prestation de l'assureur en cas de réalisation du sinistre). Ces trois dernières qualités pouvant être confondues ou non, comme dans l'hypothèse d'une personne qui conclut une assurance maladie pour elle-même.

Dans tout contrat d'assurance la personne qui prend en charge le risque est une personne morale réglementée, ou un ensemble de personnes morales réglementées<sup>345</sup>.

Le « cédant » du risque est le souscripteur, qui peut choisir de céder son propre risque, ou le risque d'autrui<sup>346</sup>. Dans ce dernier cas, on parle de stipulation pour autrui.

Le contrat d'assurance doit comporter les trois éléments essentiels suivants : le risque<sup>347</sup>, la prime<sup>348</sup> et le sinistre<sup>349</sup>. La mutualisation<sup>350</sup> n'est pas un quatrième élément essentiel du contrat d'assurance ; la jurisprudence<sup>351</sup> et la doctrine<sup>352</sup> ont affirmé cela à plusieurs reprises. En effet, la mutualisation est la répartition du coût de la réalisation du risque entre les membres d'un groupe soumis potentiellement au même risque et qui pourrait frapper certains d'entre eux. Un élément technique de gestion des coûts n'a jamais été un élément constitutif d'un contrat.

---

<sup>342</sup>D'où la résiliation et la divisibilité des primes.

<sup>343</sup>Définition du contrat d'adhésion : « contrat dont le contenu contractuel a été fixé totalement ou partiellement, de façon abstraite et générale avant la période contractuelle », G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, 2ème édition, LGDJ, 1976, cité in N. Cardoso-Roulot, page 214, numéro 234, note 421.

La principale conséquence de cette qualification est l'interprétation des clauses obscures de la police en faveur de l'assuré, contrairement à l'article 1162 du code civil.

On peut citer quatre caractéristiques du contrat d'adhésion : l'inégalité économique et sociale entre les deux contractants. L'offre de contrat revêt un caractère de généralité, en ce sens que l'offre n'est pas adressée à une personne déterminée, mais au public en général. Ces contrats sont l'oeuvre exclusive de l'une des parties, et ils sont conclus dans l'intérêt de celle-ci.

<sup>344</sup>En d'autres termes, le droit positif exige une loyauté du souscripteur dans la déclaration du risque et du sinistre. Et cela, afin de maintenir l'équité de la relation contractuelle, vu le déséquilibre informationnel entre les contractants. Le non respect de cette exigence de bonne foi est sanctionné par la nullité relative du contrat.

<sup>345</sup>Lorsque nous sommes en présence d'un *pool* d'assurance.

<sup>346</sup>Assurance sur la tête d'un mineur ou d'un majeur protégé.

<sup>347</sup>« Événement dommageable dont la survenance est incertaine quant à sa réalisation ou à la date de cette réalisation », vocabulaire juridique sous la direction de G. Cornu.

<sup>348</sup>C'est le prix de l'assurance, et également son coût. « La prime pure est le coût de la couverture du risque. Pour effectuer ce calcul, l'assureur se fonde sur deux principaux paramètres : la probabilité de réalisation de l'évènement et l'intensité dommageable de ce dernier. », in J. Bigot, *Traité de droit des assurances, tome 3, le contrat d'assurance, op. cit.*, page 608, numéro 813.

<sup>349</sup>C'est la réalisation du risque.

<sup>350</sup>La mutualité n'est pas une personne morale, ni un patrimoine d'affectation, c'est une simple technique.

<sup>351</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mai 1964, *RGAT* 1965.49 et Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 avril 1979, *RGAT* 1980.50.

<sup>352</sup>L. Mayaux, *Rep. Civ. Dalloz*, « Assurances terrestres, généralités », numéro 28: « c'est moins une notion juridique qu'une technique financière de transfert de risque, il n'est même pas sur quelle soit de l'essence de l'opération d'assurance ».

## §2-La qualification de contrat de transfert de risque

121. Afin de qualifier le contrat d'assurance de contrat de transfert de risque, il convient de vérifier l'existence d'un risque, d'une obligation de couverture différée et de la fonction de couverture.

Le doyen Carbonnier qualifie le contrat d'assurance de contrat de sécurité<sup>353</sup>. C'est l'archétype des contrats de transfert de risque, permettant la couverture de toute sorte de risque. On cite par exemple le risque de vol, d'incendie, de maladie, et de catastrophes naturelles. Ce qui signifie que l'élément « fonction » est constaté.

Ce qui caractérise l'assurance maritime et la distingue de l'assurance terrestre ou aérienne est la nature du risque, cause du dommage, et non la nature du dommage, ni même celle du bien endommagé. En effet, l'article L. 171-1 du code des assurances<sup>354</sup>, définit ce qu'il faut entendre par assurance maritime, et utilise l'expression « fortune de mer »<sup>355</sup>, sans préciser le sens de cette expression<sup>356</sup>. La doctrine s'accorde à considérer que cette expression désigne un événement se rapportant au voyage maritime. L'assurance maritime est celle qui, traditionnellement, couvre le risque maritime. Il faut comprendre par là, le risque né de la navigation maritime<sup>357</sup>. Les causes principales d'avarie sont : l'incendie à quai, l'incident de manutention, le vol ou le pillage, la pluie ou la neige, le vice de la chose<sup>358</sup>.

Les principaux risques maritimes sont le naufrage, l'abordage, l'incendie, l'avarie commune, et l'échouement. L'assurance terrestre quant à elle, couvre le risque terrestre.

---

<sup>353</sup>J. Carbonnier, *Droit civil, volume 2, les biens, les obligations*, PUF, 2004, page 1944, numéro 930.

<sup>354</sup>Article L 171-1 du code des assurances : « est régi par le présent titre (titre VII relatif au contrat d'assurance maritime) tout contrat d'assurance qui a pour objet de garantir les risques relatifs à une opération maritime. »

<sup>355</sup>Article L. 172-11 du code des assurances : « l'assureur répond des dommages matériels causés aux objets assurés par toute fortune de mer ou par un événement de force majeure.

*L'assureur répond également :*

1° De la contribution des objets assurés à l'avarie commune, sauf si celle-ci provient d'un risque exclu par l'assurance ;

2° Des frais exposés par suite d'un risque couvert en vue de préserver l'objet assuré d'un dommage matériel ou de limiter le dommage ».

<sup>356</sup>Le terme « Fortune » est synonyme de cas fortuit, mais l'assurance couvre aussi la faute non intentionnelle. L'expression « de mer » est synonyme de navigation.

<sup>357</sup>En y englobant, il est vrai, certaines opérations qui en sont le préliminaire ou l'accessoire, Y. Tassel, *V° Assurance maritime in : J.-Cl responsabilité civile et assurance*, fasc. 610.

<sup>358</sup>*Ibidem*, numéro 92.

122. Tous les contrats d'assurance ne sont pas des contrats de transfert de risque. C'est le cas des contrats d'assurance de personnes « en cas de vie »<sup>359</sup>, par opposition aux contrats d'assurance de personne « en cas de mort ».

Le contrat d'assurance vie est le contrat par lequel l'assureur s'engage envers le souscripteur, moyennant une prime à verser une somme déterminée au bénéficiaire désigné ; l'exécution de son obligation de payer l'indemnité, dépendant de la durée de vie de l'assuré.

La doctrine affirme<sup>360</sup> que les contrats d'assurance vie, ne méritent pas la qualification de contrat d'assurance, mais plutôt celle de contrat de capitalisation<sup>361</sup>, contrat dans lequel « ce que détermine la survie du souscripteur à l'échéance, c'est seulement le destinataire du versement, mais nullement son montant, qui sera le même, qu'il soit versé au souscripteur ou aux bénéficiaires. La durée de la vie humaine est sans influence sur la valeur des prestations, qui sera exactement identique dans le cas où le souscripteur survit et dans celui où il décède, et ne décide donc en rien de l'équilibre quant aux avantages et aux pertes de l'opération. Lorsqu'il s'agit seulement de la détermination du créancier, dire que les effets du contrat dépendent de la vie humaine, ne revient donc qu'à rappeler une évidence commune à tous les contrats à échéance et dépourvue de réelle pertinence pour le qualifier de contrat aléatoire au sens de l'article 1964 du code civil. »<sup>362</sup>

---

<sup>359</sup>On distingue deux formes d'assurance en cas de vie. L'assurance en capital différé : en cas de survie, il y a paiement d'un capital d'un seul coup. Et l'assurance de rente en cas de vie : la rente peut être soit immédiate, c'est-à-dire payée dès la conclusion du contrat en contrepartie d'une prime unique dite capital constitutif de la rente, soit différée.

<sup>360</sup>V. Nicolas, *Droit des contrats d'assurance*, Economica, 2012, *op. cit.* : « les assurances vie sont soit des paris (survie, natalité, nuptialité) soit un contrat d'épargne (c'est le cas, selon l'auteur de l'assurance vie avec contre assurance, de l'assurance mixte et de l'assurance décès vie entière).

<sup>361</sup>Les articles 1154 du code civil (« *les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière.* ») et R. 321-1 du code des assurances (« *l'agrément administratif prévu par l'article L. 321-1 est accordé par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Pour l'octroi de cet agrément, les opérations d'assurance sont classées en branches et sous-branches de la manière suivante : ... 24. Capitalisation : toute opération d'appel à l'épargne en vue de la capitalisation et comportant, en échange de versements uniques ou périodiques, directs ou indirects, des engagements déterminés quant à leur durée et à leur montant.* ») traitent de la capitalisation: J. Hémard, *Théorie et pratique des assurances terrestres*, Sirey, 2 vol., 1924-192, tome 2. Ce qui a pour conséquence l'application des règles relatives au rapport et à la réduction.

Définition de la capitalisation par l'article 1 de la loi du 19 décembre 1907 : « convention par laquelle une société s'engage à constituer à une date fixe un capital déterminé, au profit de tout souscripteur, en échange de versements uniques ou périodiques, directs ou indirects ». Deux possibilités sont prévues : soit la prime est mensuelle et le capital est promis après 15 ans, soit la prime est unique et le capital promis se fait par tirage au sort dans un délai maximum de 15 ans. Mais il y a quand même une inégalité entre les souscripteurs du fait que le tirage au sort conduit à un paiement anticipé. Toutefois, il n'y a pas de perdant comme dans la loterie. Ce ne sont pas des opérations d'assurance. (J. Hémard, *Théorie et pratique des assurances terrestres*, Sirey, 2 vol., 1924-1925, page 597, numéro 712) notamment sur la vie, car la durée de la vie humaine n'intervient pas, le calcul du versement ne se fait pas en fonction de l'âge/santé, pas de visite médicale. Pas de risque, qui est « la pièce principale du mécanisme de l'assurance », et donc pas de sinistre. La capitalisation se fait par tout moyen (placements, intérêts...)

<sup>362</sup>A. Bénabent, note *RDC* 2005/2, pages 299 et 300.

123. Malgré ces arguments, la jurisprudence a tranché le débat et s'est solennellement prononcée par quatre arrêts de la Cour de cassation, chambre mixte, du 23 novembre 2004<sup>363</sup>, en faveur d'une qualification en termes de contrat d'assurance. Les assurances en cas de vie étant des contrats d'assurance, cela ne signifie pas pour autant qu'ils méritent automatiquement la qualification de contrat de transfert de risque. L'évènement incertain consiste dans le fait d'avoir une longévité supérieure à la durée de vie moyenne<sup>364</sup>. Il ne peut s'agir d'un contrat de transfert de risque, pour la simple raison que l'évènement incertain, à savoir la survie n'est pas un risque au sens technique du terme, vu que sa réalisation n'engendre pas des conséquences dommageables : il n'existe donc pas de charge pécuniaire à transmettre d'un patrimoine à un autre. Dans le même ordre d'idées, on peut avancer que le but des assurances de personnes en cas de vie est plus la spéculation que la couverture. Autrement dit, deux éléments nécessaires à la qualification des contrats d'assurance en cas de vie en contrat de transfert de risque font défaut.

Par contre, dans un contrat d'assurance de personnes en cas de mort, l'évènement incertain est le décès avant la normale statistique, évènement *a priori* dommageable, ne serait-ce que pour les héritiers mineurs de l'assuré.

124. Pour les contrats d'assurance qui remplissent la condition de l'existence d'un risque et qui ont pour objectif de le couvrir, la couverture du risque prend la forme d'une obligation de donner une somme d'argent ou d'une obligation de faire (représenter l'assuré en justice), qui pèse sur l'assureur. Cette obligation a pour contrepartie le paiement d'une prime. Notons toutefois que l'intention libérale peut exister entre le souscripteur et le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui. Par contre, si l'assureur décide d'accorder un geste commercial<sup>365</sup> à l'assuré, l'intention ne serait plus libérale.

---

<sup>363</sup>« Le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un aléa au sens des articles 1964 du code civil, L. 130-1 1° et R. 321-1, 20 du code des assurances et constitue un contrat d'assurance sur la vie. » H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, 13ème édition, 2015, Dalloz, numéro 133.

<sup>364</sup>Le plus souvent, il s'agit d'un complément du système des retraites.

<sup>365</sup>D. Houtcieff, *Rep. Com.* 2013, numéro 106 : « une donation ne peut être un acte de commerce. On peut toutefois imaginer qu'une donation s'inscrive dans le cadre d'une activité commerciale, et constitue par exemple un geste commercial. L'intention n'est plus libérale, la qualification d'acte de commerce par accessoire n'est plus exclue, dans la mesure où l'acte n'est pas accompli sans intention spéculative. »

Cette obligation de couverture est l'obligation caractéristique<sup>366</sup> du contrat d'assurance et de tout contrat de transfert de risque en général.

Dans la plupart des cas, la prestation de l'assureur consiste dans le paiement de l'indemnité en cas de réalisation du sinistre, qui est une obligation de donner.<sup>367</sup> L'assureur peut également être tenu d'une obligation de faire<sup>368</sup>. C'est le cas du contrat d'assistance aux personnes (rapatriement du blessé) ou aux biens (dépannage en cas d'accident de voiture, véhicule de remplacement), et du contrat d'assurance de protection juridique. Dans cette hypothèse, bien que l'assuré maîtrise le risque (puisqu'il peut intenter lui-même le procès), cela ne supprime pas l'aléa<sup>369</sup>, l'assureur pouvant toujours refuser de prendre en charge le procès.<sup>370</sup>

L'obligation de l'assureur est assortie d'une condition suspensive : la réalisation du risque préalablement défini par une clause contractuelle. Il convient de noter que ladite condition doit se réaliser avant l'arrivée du terme du contrat d'assurance.

L'obligation de l'assureur peut également être assortie d'un terme incertain, à savoir le décès de l'assuré dans le contrat d'assurance de personnes en cas de mort.

125. La cause de l'engagement de l'assuré est « la contrepartie qu'il reçoit, c'est-à-dire la garantie apportée par l'assureur, garantie qui n'a de consistance réelle qu'en présence d'un aléa. »<sup>371</sup>. Ce qui nous ramène au caractère aléatoire<sup>372</sup> du contrat d'assurance, contrat dans lequel l'équivalent (la contreprestation) dépend pour l'une ou pour l'autre des parties d'un événement incertain, le résultat quant aux avantages et aux pertes dépend pour chacune des parties de cet événement incertain.<sup>373</sup>

Dans un contrat aléatoire en général, et dans un contrat d'assurance en particulier, la cause consiste non pas dans la contrepartie, mais dans l'aléa<sup>374</sup>, dont l'appréciation

---

<sup>366</sup> C'est l'obligation qui permet de qualifier le contrat et de le localiser pour appliquer les règles de droit international privé, son inexécution entraîne l'application de *l'exceptio non adimpleti contractus*, ainsi que la résolution. De même, une clause de non responsabilité portant atteinte à l'obligation caractéristique n'est pas valable (jurisprudence *Chronopost*, Cass. com., 22 octobre 1996, 93-18.632).

<sup>367</sup> L'indemnité peut consister en une somme d'argent ou en titres.

<sup>368</sup> L'article L. 113-5 du code des assurances dispose que l'assureur doit exécuter dans le délai convenu, la PRESTATION déterminée par le contrat, qui ne se limite pas à l'obligation de donner.

<sup>370</sup> V. Nicolas, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, LGDJ, 1996.

<sup>371</sup> M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2007, page 430.

<sup>372</sup> Le contrat aléatoire est défini aux articles 1104 et 1964 du code civil. Selon un arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la cour de cassation, du 11 octobre 1994, « l'aléa est de l'essence de ce contrat ». Notons que la doctrine distingue entre le contrat d'assurance isolé, qui est un contrat aléatoire, et l'opération d'assurance qui est anti-aléatoire, vu la loi des grands nombres et la mutualisation.

<sup>373</sup> A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2015, page 610, numéro 924.

<sup>374</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> édition, page 390 numéro 343 : « chaque contractant s'engage non dans l'attente de recevoir une contrepartie d'ores et déjà fixée, mais dans l'espoir de recevoir une contrepartie largement supérieure à la sienne propre. En d'autres termes, le contrat est nul faute de cause si l'avantage patrimonial

relève du pouvoir souverain des juges du fond<sup>375</sup>, et dont l'absence est sanctionnée par la nullité.<sup>376</sup>

126. Parmi les contrats d'assurance qui méritent la qualification de contrat de transfert de risque, nous pouvons citer les exemples suivants :

D'abord les assurances pour compte, qui sont surtout fréquentes dans le cadre des assurances maritimes<sup>377</sup>. Il s'agit d'une stipulation pour autrui<sup>378</sup> dans laquelle le souscripteur souscrit pour lui-même et pour le tiers. « Cette assurance se caractérise par le fait qu'au moment de la conclusion du contrat, le bénéficiaire de l'indemnité n'est pas déterminé. Ce tiers ne participe pas au contrat et n'y est pas représenté, mais il acquiert la qualité d'assuré. La police est conclue au profit de celui qui, au moment du sinistre, aura intérêt à la conservation de la chose ou détiendra de bonne foi le document original d'assurance. »<sup>379</sup> Le risque peut varier à l'infini, mais il s'agit le plus souvent du risque maritime et l'obligation de couverture consiste en une obligation de payer une indemnité entre les mains de l'assuré pour compte, si le risque se réalise durant la durée du contrat.

---

escompté, c'est-à-dire la chance de gain ainsi que le risque de perte qui lui est corrélatif font défaut. A. Bénabent, *Droit des obligations*, 13<sup>ème</sup> édition, page 146, numéro 182 : « la cause de l'engagement de chacun n'est pas dans la contreprestation ; en effet on n'est pas certain qu'il y aura lieu à une contre prestation. La cause est en fait l'existence de l'aléa ».

Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les obligations*, 6<sup>ème</sup> édition, LGDJ, page 307, numéro 623 : « dans les contrats aléatoires, l'absence de contrepartie ne constitue pas une absence de cause, car la cause réside dans l'aléa, non dans la contrepartie ».

<sup>375</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 juin 2000, *Bull. civ.* I, numéro 189.

<sup>376</sup>« Le contrat est nul pour absence de cause quand l'aléa en vue duquel le contrat a été conclu, n'existe pas pour la raison qu'il se trouve soumis non à des circonstances étrangères, mais à la volonté arbitraire du débiteur », Paris 15 février 1957, *JCP* 1958, II, 10418 et Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 26 juin 1970, *JCP* 1971 II.16695.

<sup>377</sup>Dans le domaine du transport maritime, le transport de marchandises s'étalait dans le temps; le bénéfice de l'assurance passait d'un acquéreur à un autre, l'indemnité étant accordée au propriétaire de la chose au moment du sinistre. Le régime de l'assurance pour compte est calqué sur celui de la stipulation pour autrui.

Elle est aussi pratiquée dans les assurances terrestres. Voir en ce sens M. Liard, *Particularisme de l'assurance maritime par opposition à l'assurance terrestre*, *op. cit.*, page 73.

<sup>378</sup>Article 1121 du code civil (« on peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter ») et L. 112-1 du code des assurances (« l'assurance peut être contractée en vertu d'un mandat général ou spécial ou même sans mandat, pour le compte d'une personne déterminée. Dans ce dernier cas, l'assurance profite à la personne pour le compte de laquelle elle a été conclue, alors même que la ratification n'aurait lieu qu'après le sinistre.

*L'assurance peut aussi être contractée pour le compte de qui il appartiendra. La clause vaut, tant comme assurance au profit du souscripteur du contrat que comme stipulation pour autrui au profit du bénéficiaire connu ou éventuel de ladite clause.*

*Le souscripteur d'une assurance contractée pour le compte de qui il appartiendra est seul tenu au paiement de la prime envers l'assureur ; les exceptions que l'assureur pourrait lui opposer sont également opposables au bénéficiaire du contrat, quel qu'il soit »).*

<sup>379</sup>Y. Tassel, *V° Assurance maritime in : J.-Cl responsabilité civile et assurance*, fasc. 611, numéro 17.

127. Ensuite les garanties financières professionnelles, qui sont une « garantie imposée comme condition d'exercice d'une activité professionnelle<sup>380</sup>, permettant aux partenaires du professionnel d'obtenir, en cas de défaillance de celui-ci, le paiement de certaines créances par un tiers. »<sup>381</sup> Cette définition fait ressortir les éléments essentiels d'un contrat de transfert de risque : la couverture du risque de non restitution des sommes reçues par le client du professionnel et l'obligation d'indemniser ledit client en cas de réalisation du risque.

Les garanties financières professionnelles sont des stipulations pour autrui<sup>382</sup>, et plus particulièrement des assurances pour compte<sup>383</sup>. La réglementation en la matière est foisonnante<sup>384</sup> et la plupart de ces garanties couvre la restitution de fonds reçus du client par le professionnel. Les professions qui sont tenues de fournir une garantie financière de restitution des fonds qu'elles détiennent, sont notamment les avocats<sup>385</sup>, les notaires<sup>386</sup>, les courtiers d'assurance<sup>387</sup>, et les intermédiaires en opérations de banque<sup>388</sup>.

La particularité des garanties financières professionnelles réside dans le fait qu'il s'agit d'un contrat conclu entre un professionnel, éventuel débiteur et un garant, et non pas d'un contrat conclu entre un créancier et une caution. Au moment de la conclusion du contrat, les bénéficiaires sont indéterminés, ce sont les futurs clients du professionnel.

---

<sup>380</sup>Notaires, agences de voyage, courtiers d'assurance.

<sup>381</sup>S. Cabrillac, *Les garanties financières professionnelles*, Litec, bibliothèque de droit de l'entreprise, 2000.

<sup>382</sup>*Ibidem*, page 182, numéro 259.

<sup>383</sup>Il convient de préciser qu'il y a assurance pour compte « lorsque le contrat est souscrit en son nom propre, mais pour le compte d'un tiers généralement indéterminé, qui ne participe pas au contrat et qui n'y est pas représenté. » S. Cabrillac, *Les garanties financières professionnelles, op. cit.*, page 307, numéro 412.

<sup>384</sup>Mais au delà de cette fragmentation, il existe une unité : protéger les clients des professionnels, protéger la profession et promouvoir son image de marque.

<sup>385</sup>Décret 91-1197 du 27 novembre 1991, article 207 : « l'assurance prévue au deuxième alinéa de l'article 27 de la loi du 31 décembre 1971 précitée est contractée par le barreau auprès d'une entreprise d'assurances régie par le code des assurances. Elle garantit, au profit de qui il appartiendra, le remboursement des fonds, effets ou valeurs reçus à l'occasion de l'exercice de leur activité professionnelle par les avocats membres du barreau souscripteur ».

<sup>386</sup>Articles 11 et 12 du décret 55-604 du 20 mai 1955 : « dans chaque ressort de cour d'appel, sous le contrôle du conseil régional des notaires, une caisse commune garantit la responsabilité des notaires à l'égard de leur clientèle... »

<sup>387</sup>Article L. 530-1 alinéas 1 et 2 du code des assurances : « tout courtier ou société de courtage d'assurance qui, même à titre occasionnel, se voit confier des fonds en vue d'être versés à des entreprises mentionnées à l'article L. 310-1 ou à des assurés est tenu à tout moment de justifier d'une garantie financière spécialement affectée au remboursement de ces fonds aux assurés.

*Cette garantie ne peut résulter que d'un engagement de caution pris par un établissement de crédit habilité à cet effet ou une entreprise d'assurance régie par le code des assurances. »*

<sup>388</sup>Article L. 519-4 du CMF : « tout intermédiaire en opérations de banque et en services de paiement, qui, même à titre occasionnel, se voit confier des fonds en tant que mandataire des parties, est tenu à tout moment de justifier d'une garantie financière spécialement affectée au remboursement de ces fonds aux clients.

*Cette garantie ne peut résulter que d'un engagement de caution pris par un établissement de crédit ou une société de financement habilité à cet effet ou une entreprise d'assurance ou de capitalisation régie par le code des assurances ».*

128. Citons enfin l'assurance crédit qui est « l'assurance souscrite par un créancier pour couvrir le risque d'insolvabilité de son débiteur »<sup>389</sup>. Les risques qui menacent la bonne fin du crédit consenti sont notamment la défaillance du débiteur, l'éclatement d'une guerre, les restrictions au transfert de devises, les variations du cours de change. Quant à l'obligation de couverture qui pèse sur l'assureur, elle est assortie de la condition de réalisation du risque durant la durée du contrat.

129. Les assurances en cas de décès, contrairement aux assurances en cas de vie examinée plus haut, peuvent être rangées parmi les contrats de transfert de risque. Trois figures sont possibles, et correspondent aux différents risques qu'un assuré cherche à couvrir : l'assurance en cas de décès « vie entière »<sup>390</sup>, l'assurance temporaire décès<sup>391</sup> et l'assurance de survie<sup>392</sup>.

Dans ces hypothèses, l'obligation de l'assureur est assortie d'un terme (le décès) et non d'une condition, mais cela n'empêche pas le contrat de conserver son caractère aléatoire. D'ailleurs le code civil qualifie la rente viagère de contrat aléatoire, quand bien même le décès serait inéluctable.

---

<sup>389</sup>Y. Lambert-Faivre, *Risques et assurances des entreprises*, 3ème édition, Dalloz, 1991, n° 676.

<sup>390</sup>Montant versé par l'assureur quel que soit la date du décès.

<sup>391</sup>Montant versé en cas de mort avant une certaine date.

<sup>392</sup>Montant versé uniquement si le bénéficiaire survit à l'assuré.

## Conclusion du chapitre 2

130. Malgré une absence de qualification formelle par le législateur en termes de contrat de transfert de risque, plusieurs contrats méritent une telle qualification.

Il est possible de les classer en contrats principaux et contrats accessoires<sup>393</sup>, dont l'intérêt est d'appliquer la règle selon laquelle l'accessoire suit le principal<sup>394</sup> et son corollaire, celle de l'opposabilité des exceptions.

Nous avons choisi d'examiner les contrats de transfert de risque en fonction du type de risque qu'ils permettent de couvrir. En effet, le risque est un élément essentiel du contrat de transfert de risque, dont l'absence est sanctionnée par la nullité absolue ou la disqualification<sup>395</sup>. Il devient donc logique de traiter les différents contrats de transfert de risque sous l'angle dudit élément. Le critère tiré du type de risque transféré nous a permis de distinguer les contrats qui permettent de couvrir un risque quelconque, les contrats qui permettent de couvrir le risque de marché, les contrats qui permettent de couvrir le risque de crédit et enfin les contrats qui permettent de couvrir le risque viager.

---

<sup>393</sup>V. Mazeaud, *op. cit.* : l'auteur propose de distinguer les contrats de couverture à régime accessoire, comme le cautionnement, et les contrats de couverture à régime principal, comme l'assurance et la garantie autonome.

<sup>394</sup>*Accessorium sequitur principale.*

<sup>395</sup>Voir *infra* numéro 243.

## CONCLUSION DU TITRE 1

131. L'identification des contrats de transfert de risque a été faite en deux étapes : d'abord par une approche formelle qui a consisté en l'analyse des dérivés de crédit<sup>396</sup>, expressément qualifiés de « contrats de transfert du risque de crédit » par le législateur. Ensuite par une approche substantielle, au cours de laquelle nous avons analysé les contrats en fonction du type de risque qu'ils servent à transférer. Ces derniers, quoique ne bénéficiant pas d'une appellation législative expresse, présentent les mêmes caractéristiques et remplissent la même fonction que les dérivés de crédit. Le « cessionnaire » du risque peut être une personne physique ou morale, soit professionnelle règlementée ou non règlementée, soit non professionnelle.

La couverture du risque prend la forme d'une obligation de faire ou de donner, et non d'une obligation de ne pas faire.<sup>397</sup> Cette obligation est différée dans le temps, du fait qu'elle est tantôt assortie d'une condition suspensive, tantôt d'un terme suspensif.

Face à cette diversité de contrats de transfert de risque *a priori* hétérogènes, « il est nécessaire de découvrir les traits communs à toutes les situations, indépendamment des différences qu'elles peuvent comporter. Il faut souligner la présence d'éléments particuliers, ainsi que l'absence d'autres éléments. Il faut donc que grâce à ces éléments, aucun des phénomènes qui se rattachent à une catégorie ne puisse en être exclu et aucun de ceux qui ne correspondent pas, ne s'y trouve compris »<sup>398</sup>, car il y a « entre les différentes catégories juridiques, des différences de nature qui entraînent entre elles des différences de régime. »<sup>399</sup>

---

<sup>396</sup>Qui peuvent être conclus de façon isolée ou dans le cadre d'une titrisation synthétique.

<sup>397</sup>A noter que le risque de crédit peut provenir de l'inexécution par le débiteur de son obligation de ne pas faire.

<sup>398</sup>*Ibidem*, pages 111 à 113.

## **TITRE 2 : LA SYSTEMATISATION DES CONTRATS DE TRANSFERT DE RISQUE**

132. Le chemin à suivre pour systématiser ces divers contrats apparemment dissemblables est de trouver un « principe de groupement, une caractéristique commune de ses éléments, qui permet de construire le groupe, qualifiée traditionnellement de compréhension de la notion »<sup>400</sup>.

Pour reprendre cette citation, le principe de groupement qui permet de construire le groupe, donc la catégorie, est l'ensemble des éléments constitutifs d'un contrat de transfert de risque (chapitre 1) que nous allons examiner plus exhaustivement. Regrouper signifie également isoler par rapport à ce qui est dissemblable, ce qui nous conduit à l'étude de l'autonomie des contrats de transfert de risque (chapitre 2).

### **Chapitre 1 : Les éléments constitutifs du contrat de transfert de risque**

133. Pothier distingue « *les choses qui sont de l'essence du contrat, sans lesquelles le contrat ne peut subsister. Faute de l'une de ces choses, il n'y a pas de contrat du tout, soit c'est une autre espèce de contrat. Celles qui sont seulement de la nature du contrat, qui sans être de l'essence du contrat, en font partie, quoique les parties contractantes ne s'en soient pas expliquées, étant de la nature du contrat que ces choses y soient renfermées et sous-entendues. Et les choses accidentelles, qui n'étant pas de la nature du contrat, y sont renfermées que par quelques clauses particulières ajoutées au contrat* ».<sup>401</sup>

Les éléments essentiels d'un contrat de transfert de risque sont la fonction de couverture<sup>402</sup>, le risque et l'obligation de couverture.

---

<sup>399</sup>*Ibid.*, page 121.

<sup>400</sup>*Les notions juridiques*, sous la direction de Guillaume Tusseau, collection études juridiques, *op. cit.*, page 12.

<sup>401</sup>Pothier, *Traité des obligations*, *op. cit.*, 1<sup>ère</sup> partie, numéro 8.

<sup>402</sup>Déjà examinée *supra* numéros 46 et s.

## Section 1 : Le risque

134. L'entrée du risque dans le droit s'est faite avec le prêt à la grosse aventure<sup>403</sup>. Cette entrée a pris de plus en plus d'ampleur avec l'époque de l'industrialisation, notamment grâce aux assurances contre les accidents de travail<sup>404</sup>. En droit des assurances, le risque peut prendre trois acceptions. Il peut désigner l'éventualité d'un événement aléatoire, qui est le risque-événement<sup>405</sup>, l'objet de la garantie, qui est le risque-objet<sup>406</sup>, ou le dommage qui est le risque-dommage.

En dehors du droit des assurances, le risque doit d'abord être défini, ensuite distingué de notions voisines.

### §1-La définition du risque<sup>407</sup>

135. « Toute définition juridique est aventureuse, il en est peu qui ne soit sujette à être renversée »<sup>408</sup>.

Malgré cette affirmation, définir le risque reste une étape indispensable.

Le terme risque est un terme polysémique qui figure dans de nombreux articles de différents codes<sup>409</sup>, sans pour autant être défini. Même le droit des assurances, qui par essence est un droit du risque, ne le définit pas.<sup>410</sup>

Le sens du terme risque varie d'une discipline à l'autre. Mais il existe une « fongibilité entre les différents risques, ils ont une logique commune. »<sup>411</sup>

En reprenant les termes d'une doctrine, on peut dire que « plus qu'une notion, le terme risque est le fruit d'une connivence entre initiés qui désignent par là ce qu'ils ne savent pas appeler autrement, tout en sachant de quoi il s'agit ».<sup>412</sup>

Nous déterminerons d'abord les composantes<sup>413</sup> du risque (A), ensuite ses contours<sup>414</sup>(B), et enfin les différents types de risque (C).

---

<sup>403</sup>C. Veltcheff, « Le risque : un écueil étymologique, une aventure sémantique », *RF Aff. Sociales*, 1996, page 69 et s.

<sup>404</sup>N. Voiday, *Le risque en droit civil*, préface de G. Wiederkehr, PUAM, 2005.

<sup>405</sup>Le risque est l'événement aléatoire, garanti par le contrat, qu'il soit heureux ou malheureux.

<sup>406</sup>La personne ou la chose.

<sup>407</sup> On peut donner aux mots le sens qu'on veut disait Bergson, pourvu qu'on le définisse d'abord ».

<sup>408</sup>*Omni definitio inn jure periculosa est. Parum es enim ut non subverti posset*-Digeste.

<sup>409</sup>On cite par exemple le code des assurances, le code de la santé publique (loi du mars 2002, relative aux droit des malades et à la qualité du système de santé) et les articles 889, 1138, 1182, 1257, 1585, 1629, 1792-6 du code civil.

<sup>410</sup>A. Gauvin, *Droit des dérivés de crédit*, préface Ph. Marini, avant-propos J.-H. Lorenzi, *Revue Banque Edition*, collection Droit-Fiscalité, 2003, page 55.

<sup>411</sup>J. Bouyssou, *Théorie générale du risque*, Paris, Economica, 1997, page 17.

<sup>412</sup>J.-P. Laborde, « La notion de risque en droit des assurances et en droit de la sécurité sociale », in *Responsabilité civile et assurance : études offertes à Hubert Groutel*, Litec, 2006, page 235.

<sup>413</sup>Ce qu'il est.

<sup>414</sup>Ce qu'il n'est pas.

## A. Les composantes du risque

136. Le risque doit nécessairement réunir deux composantes : la perte et l'incertitude.

### 1. La perte

137. Le terme « risque » est apparu dans le domaine maritime entre professionnels qui parlaient le latin<sup>415</sup>. Ce terme vient de l'italien *risco*, origine que l'on peut rapprocher de la racine *resicare*, qui signifie « ce qui coupe » par allusion au rocher qui « coupe » et fracture le navire. Apparaît immédiatement l'idée de danger derrière le terme risque, qui en est le sens commun.

Nous avons recensé les définitions suivantes du terme « risque » :

- « danger ou péril dans lequel l'idée de hasard est accusée, mais avec la perspective de quelque avantage possible. »<sup>416</sup>

- « danger qui nous menace dans notre personne ou dans nos biens. »<sup>417</sup>

- « événement dommageable dont la survenance est incertaine (qui ne dépend pas de la volonté des parties) quant à sa réalisation ou à la date de cette réalisation. »<sup>418</sup>

-« conséquence financière négative attachée à une situation objective, appelée sinistre, ce dernier terme n'étant pas limité à son" acception en droit des assurances »<sup>419</sup>.

-« possibilité qu'un événement se réalise et engendre certaines conséquences se traduisant par un *damnum emergens* ou un *lucrum cessans* pour le destinataire de l'obligation principale de l'assureur »<sup>420</sup>.

-« représentation qu'une personne se fait des conséquences défavorables pour sa personne ou pour son patrimoine, de la survenance d'un événement aléatoire. »<sup>421</sup>

De ces définitions, nous pouvons déduire que le risque est présenté comme étant une éventualité indésirable. D'ailleurs, et d'un point de vue logique, un contractant ne compte se décharger que des conséquences dommageables à l'autre partie ; un

---

<sup>415</sup>Lingua franca de l'époque, c'est-à-dire langue commune entre les marchands.

<sup>416</sup>Dictionnaire de la langue philosophique de Paul Foulquié.

<sup>417</sup>E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime*, 8ème édition par J. Percerou, Arthur Rousseau, 1931, page 813, numéro 1671.

<sup>418</sup>Vocabulaire juridique Cornu.

<sup>419</sup>P. Mousseron, S. Praicheux, « ...Et le risque devint produit », in *Mélange AEBDF-France V*.

<sup>420</sup>V. Nicolas, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, op. cit., 1996, numéro 123.

<sup>421</sup>A. Gaudemet, *Les dérivés*, page 6, numéro 10.

avantage ou une probabilité de gain se conserve et ne se transmet pas, sauf intention libérale.

138. Peut-on pour autant envisager une définition moins péjorative du risque?

Un premier argument doctrinal consiste dans l'affirmation selon laquelle « prendre un risque, c'est tout autant craindre de subir une perte qu'espérer réaliser un gain »<sup>422</sup>, ou encore « le risque d'aujourd'hui c'est la possibilité d'un dommage ou d'un gain demain »<sup>423</sup>. Dans le même ordre d'idées, un auteur a avancé que « défini comme la probabilité qu'un évènement incertain se réalise, le risque est en effet à double face ; il peut déboucher sur un mal comme sur un bien »<sup>424</sup>. Toutefois, la doctrine n'a jamais été considérée comme source de droit.

Un deuxième argument est tiré de « la prise en compte par le droit de la chance, à travers le préjudice de perte de chance, ce qui a pour conséquence de faire figurer la chance parmi les éléments du patrimoine. »<sup>425</sup>

On peut répondre à cet argument que la jurisprudence exige tout de même une perte, donc une conséquence négative, pour allouer les dommages-intérêts.

Un troisième argument d'ordre législatif consiste dans l'exemple du contrat d'assurance et plus particulièrement le contrat d'assurance en cas de vie. Dans ces hypothèses, l'évènement incertain qui conditionne la naissance et l'exigibilité de la prestation de l'assureur est la survie de l'assuré. Ce qui signifie que l'évènement mis en risque<sup>426</sup>, est en soi un évènement heureux<sup>427</sup>. Malgré cette affirmation, il faut que « la réalisation de cet évènement, qui n'est pas en soi redouté, produise à certains égards au moins, des conséquences jugées indésirables. En pratique, celles-ci vont consister en un besoin pécuniaire suscité par la réalisation de l'évènement. »<sup>428</sup>

La nécessité d'un préjudice a conduit une doctrine à isoler les contrats d'assurance vie des autres contrats d'assurance<sup>429</sup>. Dans le même ordre d'idées, une autre doctrine a proposé de nuancer la définition du risque, de sorte qu'il y aurait une définition pour

<sup>422</sup>A.-C. Martin, *L'imputation des risques entre contractants*, LGDJ, 2009, page 338, numéro 596.

<sup>423</sup>C. Gollier, « L'interaction entre le risque et le temps », *Risques*, numéro 49, mars 2002, page 64.

<sup>424</sup>C. Noiville, *Du bon gouvernement des risques : le droit et la question du risque acceptable*, PUF, 2003, page 2.

<sup>425</sup>C. Ruellan, « La perte de chance en droit privé », *RRJ* 1999/3, page 754 spécialement numéro 52. Voir aussi Cass. crim., 9 octobre 1975, *Gaz. Pal.*, 1976.1.4 : « l'élément de préjudice constitué par la perte d'une chance, peut présenter en lui-même un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition, par l'effet du délit, de la probabilité d'un évènement favorable, encore que par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine. »

<sup>426</sup>Etre en vie à une certaine date, avoir un enfant, se marier.

<sup>427</sup>Pour l'assuré souscripteur. Alors que pour l'assuré cet évènement conditionne son obligation de payer l'indemnité.

<sup>428</sup>H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, préface G. Durry, Litec, 2008, page 81, numéro 136.

<sup>429</sup>V. Nicolas, « Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance », *RGDA* 1998, page 652, numéro 33.

les contrats d'assurance vie et une autre pour le reste des contrats d'assurance: en assurance de dommages, le risque serait « la considération anticipée du préjudice ou du besoin que la réalisation d'un évènement incertain, échappant à la volonté exclusive du bénéficiaire de la prestation d'assurance, pourrait entraîner pour ce dernier ».

En assurance de personnes, le risque désigne un évènement touchant la personne dans son existence, son intégrité ou son état, incertain dans son principe ou dans sa date et dont la réalisation ne procède pas de la volonté exclusive du bénéficiaire de la prestation d'assurance. En ce domaine pour qu'il y ait assurance, il faut et il suffit que la prestation de l'assureur soit suspendue à la réalisation d'un évènement tel qu'il vient d'être défini, il n'est pas nécessaire que des conséquences nuisibles (préjudice ou besoin) s'attachent à la survenance de celui ci. »<sup>430</sup>

Même dans sa tentative de concilier les deux définitions ci-dessus, cette doctrine n'a pas pu se délier de la connotation péjorative inhérente à la notion de risque, la définition unitaire étant la suivante : « considération anticipée du préjudice ou du besoin<sup>431</sup> que la réalisation d'un évènement incertain (dans son principe ou dans sa date), échappant à la volonté exclusive du bénéficiaire de la prestation d'assurance, pourrait entraîner pour ce dernier. »<sup>432</sup>

Autrement dit, le risque est un terme à connotation négative, par opposition au terme chance.

La perte est une composante nécessaire du risque, mais elle n'est pas une composante suffisante.

## 2. L'incertitude

139. Le risque est associé à une situation de faible probabilité ; si celle-ci était élevée, on utiliserait plus justement le terme « danger ».

L'incertitude réside dans la réalisation de l'évènement (défaillance du débiteur, incendie, vol, survie), dans la date de sa réalisation<sup>433</sup> (le décès), ou dans l'étendue de la réalisation (baisse ou hausse des cours).

---

<sup>430</sup>H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre, op. cit.*, page 81, numéro 137.

<sup>431</sup>Exigence née d'un sentiment de manque, de privation de quelque chose qui est nécessaire à la vie organique (définition du Larousse).

<sup>432</sup>*Ibidem.*

<sup>433</sup>Tel que le décès.

Plusieurs auteurs font de l'incertitude le critère déterminant du risque<sup>434</sup>. Deux séries d'arguments nous permettent d'affirmer que l'incertitude est la deuxième composante du risque.

D'abord un argument terminologique : toutes les définitions mentionnées plus haut font de l'incertitude une composante du risque.

Pour qu'il y ait une vraie incertitude, celle-ci doit être casuelle c'est-à-dire elle doit dépendre du hasard (elle ne doit être nullement soumise au pouvoir du créancier ni du débiteur)<sup>435</sup>. Ou fortuite, c'est-à-dire du fait d'autrui. Elle ne peut être purement potestative<sup>436</sup>, mais simplement potestative<sup>437</sup>. Dans ce dernier cas, la potestativité de l'une des parties est atténuée par une circonstance dont elle n'est pas maîtresse.

Il convient de noter que l'adjectif incertain est synonyme du mot « éventuel », et s'oppose aux adjectifs « actuel », « impossible » et « certain ».

Ensuite un argument jurisprudentiel : la jurisprudence définit le risque comme un « événement futur, incertain et indépendant de la volonté des parties ».<sup>438</sup>

Le rapport annuel de la cour de cassation de 2011 intitulé le risque est dans le même sens. En effet, on peut y lire ce qui suit : le risque est un « événement aléatoire dont la réalisation ne dépend pas exclusivement de la volonté de l'assuré et contre lequel cet assuré souhaite se prémunir...il est apprécié indépendamment de ses suites heureuses ou malheureuses. L'essentiel est que l'événement envisagé soit incertain dans sa réalisation ou sa date de survenance, autrement dit qu'il soit affecté d'un aléa ».<sup>439</sup>

140. Après avoir présenté les deux composantes du risque, nous en proposons la définition suivante : événement subjectivement<sup>440</sup> incertain dans sa réalisation, dans

<sup>434</sup>J.-P. Laborde, « La notion de risque en droit des assurances et en droit de la sécurité sociale », *op cit.*, page 236 : « c'est bien la nature d'événement aléatoire qui nous paraît caractériser fondamentalement le risque », O. Godard, C. Henry, P. Lagadec, M.-K. Erwann, *Traité des nouveaux risques*, Gallimard, 2002, page 379, R. Kahn, *La notion d'aléa dans les contrats*, thèse, Paris 1924, numéro 19.

<sup>435</sup>Article 1169 du code civil : « la condition casuelle est celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur ».

<sup>436</sup>Ceci n'est pas sans nous rappeler l'article 1170 du code civil qui dispose : « la condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher ». Un risque « potestatif » ne peut être couvert. C'est le cas de la faute intentionnelle en droit des assurances, quoique le législateur ait prévu une exception pour le suicide.

<sup>437</sup>Cela renvoie indirectement à l'article 1171 du code civil qui dispose : « la condition mixte est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes, et de la volonté d'un tiers. » Notons qu'un risque partiellement potestatif peut être couvert.

<sup>438</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 1956, numéro du pourvoi 1677 : « risque constitué par le paiement des frais de procès, événement futur, incertain, indépendant de la volonté des parties ». En l'espèce, il s'agissait d'une assurance défense. Dans le même sens, voir Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 avril 1979, numéro de pourvoi 76-13620.

<sup>439</sup>Rapport annuel de la cour de cassation, 2011, *Le risque*, page 225.

<sup>440</sup>Possibilité de couvrir le risque putatif, voir *infra* numéro 237.

le moment ou dans l'étendue de sa réalisation auquel s'attachent des conséquences dommageables.

Il convient de préciser que l'incertitude subjective signifie que le risque est déjà réalisé, mais que les parties l'ignorent. Autrement dit, l'incertitude n'existe que dans l'esprit des parties.

## **B. Les contours du risque**

141. Le moyen le plus sûr de reconnaître le risque, est de déterminer ce qu'il n'est pas, en le confrontant à des notions voisines. Certaines notions rappellent le risque parcequ'elles comportent l'élément « incertitude », d'autres s'en rapprochent du fait de la composante « perte ».

### **1. Le risque et les autres notions renfermant l'élément « incertitude »**

142. Il s'agit de distinguer le risque des trois notions suivantes : l'aléa, le terme et la condition.

#### **a. Le risque et l'aléa**

143. L'aléa est « un évènement de réalisation ou de date incertaine dont les parties à une convention acceptent de faire dépendre le montant de tout ou partie de leurs prestations réciproques, de telle sorte qu'il est impossible de savoir avant complète exécution s'il y aura un bénéficiaire ou qui ce sera. »<sup>441</sup>

Le point commun entre le risque et l'aléa est l'incertitude. Mais plusieurs différences séparent ces deux notions. Le risque peut dépendre de la volonté des parties<sup>442</sup>, ce qui n'est pas le cas de l'aléa. Tout contrat de transfert de risque n'est pas un contrat aléatoire : c'est le cas du cautionnement et de la garantie autonome, parce qu'au moment de la conclusion du contrat « chacune des parties peut mesurer d'une façon ferme les avantages qu'elle retire de l'opération et les sacrifices qu'elle consent »<sup>443</sup>. Inversement, tout contrat aléatoire n'est pas un contrat de transfert de risque : c'est le cas de la vente en bloc, du contrat d'entreprise à forfait et de la rente viagère.

---

<sup>441</sup>Vocabulaire juridique Cornu.

<sup>442</sup>Nuptialité, natalité.

<sup>443</sup>Voit en ce sens l'article 170 alinéa 2 du code des obligations et des contrats.

## **b. Le risque et le terme<sup>444</sup>**

144. Puisque le terme est certain, il ne devrait *a priori* avoir aucun point commun avec le risque, qui a comme caractéristique principale l'incertitude. La confusion vient du fait que certains contrats financiers sont des contrats de transfert de risque qui utilisent la modalité du terme, notamment suspensif, au sens du code civil.

Le terme est une « modalité d'une obligation généralement contractuelle, subordonnant son exigibilité ou son extinction à l'arrivée d'un évènement futur qui, au moment de l'engagement, est de réalisation certaine. »<sup>445</sup> Il est prévu aux articles 1185 et s. du code civil. Or, nous avons déjà soulevé que le risque est un élément constitutif catégorique du contrat de transfert de risque<sup>446</sup>, il est plus qu'une simple modalité. De plus, il existe des contrats de transfert de risque sans terme suspensif, comme l'assurance de dommage.

## **c. Le risque et la condition**

145. Le vocabulaire juridique Cornu définit la condition comme étant une « modalité de l'obligation subordonnant la formation ou la résolution de celle-ci à la survenance d'un évènement futur et incertain ». Elle est prévue aux articles 1168 et s. du code civil. Le point commun entre le risque et la condition est l'incertitude.

Quant aux différences entre les deux notions, elles sont les suivantes : le risque est un élément constitutif catégorique, alors que la condition est une simple modalité. Tout contrat de transfert de risque ne donne pas naissance à une obligation conditionnelle. C'est le cas des contrats d'assurances de personnes en cas de décès.<sup>447</sup>

Inversement, toute obligation conditionnelle n'est pas issue d'un contrat de transfert de risque. C'est le cas par exemple d'un contrat de vente d'immeuble, assorti de la condition suspensive d'affectation de l'acheteur potentiel à un poste dans le lieu de situation dudit immeuble.<sup>448</sup> De plus, la rétroactivité de la condition ne s'applique pas au risque, car le sinistre crée une situation nouvelle.

---

<sup>444</sup> Terme, du latin terminus, qui désigne une borne.

<sup>445</sup> Vocabulaire juridique Cornu.

<sup>446</sup> Voir *infra* numéros 162 à 165.

<sup>447</sup> Le décès est inéluctable et la prestation de l'assureur n'est pas conditionnelle, elle est affectée d'un terme.

<sup>448</sup> Les articles 1040 et 1041 du code civil illustrent la distinction entre la condition et le terme incertain en ce qui concerne le testament. En effet, l'article 1040 dispose : « toute disposition testamentaire faite sous une condition dépendante d'un évènement incertain, et telle que, dans l'intention du testateur, cette disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'évènement arrivera ou n'arrivera pas, sera caduque, si l'héritier institué ou le légataire décède avant l'accomplissement de la condition ». Et l'article 1041 dispose : « la condition qui, dans l'intention du testateur, ne fait que suspendre l'exécution

146. Il convient également de distinguer la condition de l'aléa. La condition peut partiellement dépendre de la volonté des parties, alors que l'aléa dépend purement du hasard. Toutefois, l'aléa « vise aussi des éléments certains comme le décès du créancier, qui est un terme et non une condition »<sup>449</sup>.

La condition affecte l'existence même de l'obligation<sup>450</sup>, alors que l'aléa détermine l'équilibre interne des prestations. En d'autres termes, dans le contrat aléatoire, le contrat est certain dans son existence : l'une des parties au moins devra exécuter et l'acte est ineffaçable, c'est simplement l'équilibre interne du contrat qui est en jeu. Ensuite l'aléa est plus large que la condition. Il peut consister en un terme indéterminé tel dans le contrat de rente viagère ou l'assurance décès. Cela signifie que l'on peut être en présence d'un contrat aléatoire sans qu'aucune obligation ne soit conditionnelle. Enfin le contrat aléatoire est une prise de risque alors que le contrat conditionnel permet d'éviter un risque.<sup>451</sup>

Néanmoins, il existe plusieurs règles communes qui s'appliquent au contrat aléatoire et à l'obligation conditionnelle : l'article 1967 du code civil sanctionne la manipulation du hasard dans les contrats aléatoires<sup>452</sup>, tout comme l'article 1178 du même code relatif à l'obligation conditionnelle<sup>453</sup>. De plus, la nullité du contrat d'assurance, contrat aléatoire par excellence, lorsque la chose assurée a déjà péri, n'est pas sans nous rappeler l'article 1172 du code civil selon lequel « *toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes moeurs, ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend.* »

Il convient de noter que le contrat conditionnel<sup>454</sup> diffère de l'obligation conditionnelle<sup>455</sup>, en ce que le premier n'a pas encore d'existence, aucune des obligations n'a encore pris naissance, alors que la deuxième est issue d'un contrat existant, dont certaines obligations sont déjà nées.

*de la disposition, n'empêchera pas l'héritier institué, ou le légataire, d'avoir un droit acquis et transmissible à ses héritiers.* »

<sup>449</sup>V. Mazeaud, *op. cit.*, page 199, numéro 145.

<sup>450</sup>C'est le tout ou rien.

<sup>451</sup>Ne pas acquérir un immeuble dans une région où l'on n'a pas été muté.

<sup>452</sup>C'est le cas par exemple du sinistre volontaire en droit des assurances.

<sup>453</sup>Article 1178 du code civil : « *la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement.* »

<sup>454</sup>Cas de la vente sous condition suspensive.

<sup>455</sup>Cas de l'obligation de l'assureur, tant que le sinistre ne s'est pas encore réalisé. L'obligation de paiement des primes qui pèse sur l'assuré est exigible.

## **2. Le risque et les autres notions renfermant la composante « perte »**

147. Le risque diffère à la fois de la force majeure et du sinistre.

### **a. Le risque et la force majeure**

148. La force majeure est un événement extérieur, imprévisible et irrésistible, alors que le risque ne résulte pas nécessairement d'un événement qui présente ces trois attributs cumulativement. C'est le cas notamment d'un contrat d'assurance en cas de décès, l'assuré étant atteint d'une maladie incurable. Dans cette hypothèse le décès est prévisible. De même, une faute non intentionnelle, événement « intérieur », est assurable. Plus généralement, la force majeure libère, alors que la charge du risque incombe à quelqu'un.

### **b. Le risque et le sinistre**

149. Le risque est un événement incertain, éventuel, alors que le sinistre est actuel. En d'autres termes, un sinistre est un risque déjà réalisé.

## **C. La typologie des risques**

150. Le législateur a prévu plusieurs types de risque. Mais au-delà des prévisions législatives, il est possible de classer les différents risques selon un critère précis.

### **1. Les risques prévus par le législateur**

151. Les « risques-événements » prévus par le législateur sont très divers et sont relatifs à plusieurs disciplines du droit.

On cite d'abord le risque de développement dont il est fait allusion à l'article 1386-11 alinéa 4 du code civil dans le cadre de la responsabilité du fait des produits défectueux<sup>456</sup>. Le risque de développement<sup>457</sup>, expression non expressément employée par le législateur est une cause d'exonération de ladite responsabilité.

---

<sup>456</sup>Articles 1386-1 et s. du code civil relatifs à la responsabilité du fait des produits défectueux.

<sup>457</sup>Risque de développement: défaut d'un produit qu'il n'est pas possible de connaître au moment de sa mise en circulation, au regard des connaissances scientifiques et techniques les plus avancées

Ensuite l'article R. 442-8-2 du code des assurances<sup>458</sup> prévoit le risque politique ; celui-ci étant une probabilité de guerre civile ou étrangère, de révolution, d'émeute ou d'autres faits analogues survenus dans le pays de résidence du débiteur, ou d'un moratoire édicté par les autorités administratives de ce pays.

L'article R. 442-8-3 du même code définit le risque de catastrophes naturelles<sup>459</sup>, qui est à rapprocher des risques climatiques, ceux-ci désignant la probabilité de variation des températures, faisant surtout l'objet des dérivés climatiques, et récemment des contrats d'assurance.

Le code de la santé publique<sup>460</sup> quant à lui, a prévu le risque sanitaire, qui peut être défini comme la probabilité que des effets se produisent sur la santé de l'homme suite à l'exposition à une source de pollution.

Mentionnons également le risque thérapeutique<sup>461</sup>. Selon la jurisprudence, « *la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient.* »<sup>462</sup>

D'ailleurs cette solution a été reprise par le législateur à l'article L. 1142-1 du code de la santé publique. Par conséquent, le dommage issu d'un aléa thérapeutique est réparé au titre de la solidarité nationale. L'article L. 1142-1 précité n'emploie pas l'expression aléa thérapeutique mais une définition de cette notion est donnée par le rapport sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de

---

<sup>458</sup>Article R. 442-8-2 du code des assurances : « I. - La garantie des risques politiques peut porter sur les trois catégories d'opérations ci-après :

1° Opérations d'exportation ou contrats de prêts traités avec une administration publique ou avec une société chargée d'un service public, ou donnant naissance à une obligation contractée par une administration publique ou par une société chargée d'un service public ;

2° Opérations d'exportation autres que celles qui sont mentionnées au 1° ci-dessus et contrats de prêts conclus avec des emprunteurs autres que ceux mentionnés au 1° ci-dessus ;

3° Opérations présentant un intérêt stratégique pour l'économie française ou contrats de prêts y afférents. Un intérêt est regardé comme stratégique pour l'économie française lorsqu'il est relatif à l'approvisionnement de la France en ressources énergétiques et en matières premières, si celles-ci ne sont pas présentes en quantité suffisante sur le territoire national pour faire face aux besoins des entreprises, des ménages et des entités publiques localisées en France.

II. - Le risque politique est réalisé :

1° Pour les opérations prévues au 1° du I, lorsque le débiteur ne s'est pas acquitté de sa dette et que le non-paiement n'est pas dû à l'inexécution des clauses et conditions du contrat ;

2° Pour les opérations prévues au 2° et au 3° du I, lorsque le débiteur ne s'est pas acquitté de sa dette, pour autant que le non-paiement ne soit pas dû à l'inexécution des clauses et conditions du contrat et provienne de l'une des causes suivantes :

a) Guerre civile ou étrangère, révolution, émeute ou autres faits analogues survenus dans le pays de résidence du débiteur ;

b) Moratoire édicté par les autorités administratives de ce pays ».

<sup>459</sup>Que la doctrine qualifie de « nouveaux risques ». Voir les *cat bonds* et les dérivés climatiques.

L'article R. 442-8-3 du code des assurances dispose : « le risque catastrophique est réalisé lorsque le débiteur est empêché de tenir ses engagements par suite d'un cataclysme tel que cyclone, inondation, raz de marée, tremblement de terre, éruption volcanique, survenu dans le pays de résidence de ce débiteur ».

<sup>460</sup>On cite notamment les articles L. 1411-1, L. 1411-4, L. 1321-4, L. 1331-25, L. 1331-26, L. 1331-27, L. 1413-2, L. 1435-2, R. 1321-8 du code de la santé publique qui utilisent l'expression « risque sanitaire », mais sans pour autant le définir.

<sup>461</sup>Le législateur emploie indistinctement les expressions « aléa thérapeutique » et « risque thérapeutique », ce qui brouille la distinction entre les deux notions. L'aléa thérapeutique est la probabilité d'une atteinte à l'intégrité corporelle subie à l'occasion ou à la suite d'un acte médical non imputable à une erreur, faute ou défaut d'un produit de santé.

<sup>462</sup>Cass. civ. 1ère, 8 novembre 2000, *Bull. civ. I*, numéro 287.

santé. *« Premièrement, il s'agit d'un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale générateur d'un dommage sans lien avec l'état de santé du patient comme l'évolution prévisible de celui-ci et présentant un certain caractère de gravité. Un accident médical peut être défini comme un événement imprévu causant un dommage accidentel ayant un lien de causalité certain avec un acte médical, mais dont la réalisation est indépendante de toute faute établie. Une affection iatrogène est le dommage subi par un patient lié au traitement délivré (médicaments, soins...). Selon le comité technique national des infections nosocomiales, une infection nosocomiale est une infection qui apparaît au cours ou à la suite d'une hospitalisation alors qu'elle était absente à l'admission à l'hôpital. »*<sup>463</sup>

Le risque social est prévu à l'article L. 111-1 du code de la sécurité sociale qui dispose : *« l'organisation de la sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale.*

*Elle garantit les travailleurs et leur famille contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain. Elle couvre également les charges de maternité, de paternité et les charges de famille. »*

De cet article, on peut déduire que le risque social est un événement qui survient durant la vie professionnelle du travailleur, comme la perte d'emploi, la maladie, la maternité, l'accident de travail, et qui peut ouvrir droit à un revenu de remplacement.

L'article 5 de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement prévoit le risque environnemental.

Cet article contient une définition indirecte du risque environnemental, et dispose que *« lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage. »* En d'autres termes, le risque environnemental peut être défini comme la probabilité de survenance d'incidents générés par l'activité d'une entreprise pouvant avoir des conséquences nuisibles sur l'environnement.

---

<sup>463</sup>Rapport numéro 3263 fait au nom de la commission des affaires culturelles familiales et sociales sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé (n° 3258), page 25. Etant donné que ledit projet a abouti à la loi de 2002.

152. A côté des « risques-événements » formellement prévus par un texte, le législateur a consacré d'autres types de risque, sans pour autant les nommer.

C'est le cas du risque de marché, c'est-à-dire la probabilité de fluctuation des cours des matières premières, des taux<sup>464</sup> ou des indices, risque couvert par les contrats financiers. Toutefois, un type particulier de risque de marché est formellement prévu à l'article R. 442-8-4 du code des assurances : il s'agit du risque monétaire qui comprend le risque de transfert et le risque de change<sup>465</sup>.

C'est le cas également du risque de défaillance, également désigné l'on désigne aussi par les expressions « risque de contrepartie » ou « risque de crédit »<sup>466</sup>. Il s'agit de la probabilité de dégradation des capacités d'exécution<sup>467</sup> par une entité économique de référence de ses engagements<sup>468</sup>, et non seulement du non paiement à l'échéance, risque formellement prévu à l'article R. 442-8-8 du code des assurances<sup>469</sup>. Ce risque peut être couvert notamment par les contrats financiers, les garanties, qu'elles soient personnelles ou réelles et l'assurance crédit et la réassurance.

Enfin le risque viager, qui est la probabilité de décès avant la moyenne, couvert surtout par les contrats d'assurance, de réassurance et la tontine.

Il ressort de cette énumération qu'il existe deux types de risque : celui de l'inexécution d'une obligation et celui de la survenance d'un dommage quelconque.

Au-delà de cette énumération non exhaustive des différents types de risque prévus par le législateur, une classification en fonction d'un critère est possible.

153. En effet, l'article L. 111-6 du code des assurances qui énumère les grands risques, par opposition aux risques de masse<sup>470</sup>, pourrait constituer notre point de départ. En examinant cet article de plus près, on remarque qu'il existe des grands risques fonctionnels ou « par nature », cités à l'alinéa 1, et des grands risques

---

<sup>464</sup>D'intérêts ou de change.

<sup>465</sup>Article R. 442-8-4 du code des assurances : « *les risques monétaires comprennent le risque de transfert et le risque de change. Le risque de transfert est réalisé lorsque des événements politiques, des difficultés économiques ou la législation du pays de résidence du débiteur empêchent ou retardent le transfert des fonds versés par ce dernier. Le risque de change est réalisé lorsque le cours de la monnaie étrangère prévue par le contrat est, le jour de l'encaissement de la créance garantie, inférieur au cours sur la base duquel la garantie est accordée. Ce risque ne peut être garanti que s'il n'existe pas d'autre moyen de le couvrir dans des conditions équivalentes* ».

<sup>466</sup>Le terme crédit signifie confiance contractuelle, in J. Carbonnier, *Cours de sociologie juridique réanoté*, 1972-1973, page 115.

<sup>467</sup>Dégradation de la notation, restructuration, moratoire, procédure de sauvegarde ou de redressement.

<sup>468</sup>Engagements qui ne se limitent pas à une obligation de payer une somme d'argent.

<sup>469</sup>Article R. 442-8-8 alinéa 1 : « *la garantie peut porter sur le risque de non-paiement des sommes dues par des entreprises françaises.* »

<sup>470</sup>Qui pèsent sur les particuliers et les petites entreprises.

structurels, dépendamment de la dimension économique du souscripteur, cités à l'alinéa 2 .

Cet article dispose : « *sont regardés comme grands risques* :

*1° Ceux qui relèvent des catégories suivantes :*

*a) Les corps de véhicules ferroviaires, aériens, maritimes, lacustres et fluviaux ainsi que la responsabilité civile afférente auxdits véhicules ;*

*b) Les marchandises transportées ;*

*c) Le crédit et la caution, lorsque le souscripteur exerce à titre professionnel une activité industrielle, commerciale ou libérale, à condition que le risque se rapporte à cette activité ;*

*2° Ceux qui concernent l'incendie et les éléments naturels, les autres dommages aux biens, la responsabilité civile générale, les pertes pécuniaires diverses, les corps de véhicules terrestres à moteur ainsi que la responsabilité civile, y compris celle du transporteur, afférente à ces véhicules, lorsque le souscripteur exerce une activité dont l'importance dépasse certains seuils définis par décret en Conseil d'Etat. »*

Les grands risques se distinguent des risques de masse par les traits suivants : libre choix de la loi applicable<sup>471</sup>, et absence de garantie obligatoire contre les attentats et les actes terroristes. De plus, l'information précontractuelle n'est pas exigée pour les grands risques.<sup>472</sup> Dans le même sens, il n'y a pas lieu d'appliquer la réglementation protectrice des consommateurs, car les entreprises d'une certaine dimension sont capables de défendre seules leurs intérêts vis-à-vis des assureurs.

Cette distinction technique entre grands risques et risques « classiques » est propre au droit des assurances. Elle a l'avantage d'être prévue par le législateur, ce qui met un terme à toutes les hésitations possibles. Toutefois, nous pensons qu'il vaut mieux ne pas étendre une distinction spéciale au delà du champ d'application qui lui a été expressément prévu par le législateur.

---

<sup>471</sup>Article L. 181-1, 5° du code des assurances : « *pour les grands risques tels qu'ils sont définis à l'article L. 111-6, les parties ont le libre choix de la loi applicable au contrat* ».

<sup>472</sup>Article R. 112-2 du code des assurances : « *les dispositions des deux premiers alinéas de l'article L. 112-2 du code des assurances (informations sur le prix et les garanties avant la conclusion du contrat) ne sont pas applicables aux contrats garantissant les risques définis au deuxième alinéa de l'article L. 351-4.* »

## 2. La classification des risques

154. Le critère de classification des risques ne peut être tiré de l'objet du risque, car cet objet est en perpétuelle évolution, et la pratique engendre toujours de nouveaux risques- événements. Il n'existe pas un risque, mais des risques; il s'agit d'une notion qu'on ne peut saisir par son contenu mouvant. Il convient donc de chercher un critère plus technique et moins descriptif pour classer les différents risques.

155. Un autre critère pourrait être tiré du rôle joué par l'homme dans la réalisation de l'évènement incertain. Ce critère aboutit à la classification suivante:

- les risques totalement indépendants du fait de l'homme, comme les évènements météorologiques, la grêle ou la pluie.
- les risques dans lesquels le fait de l'homme peut intervenir, comme les accidents ou les incendies.
- les risques dans lesquels le fait d'un tiers joue le rôle principal comme le vol.
- les risques dans lesquels le fait du cédant du risque joue le rôle principal, comme dans l'assurance-crédit.<sup>473</sup>

Cette classification a le mérite d'expliquer l'impossibilité de couvrir les fautes intentionnelles dans les contrats d'assurance : le rôle de l'homme dans la réalisation du risque ne doit pas être déterminant, sinon nous serions dans l'hypothèse d'absence de risque, que nous examinerons plus loin<sup>474</sup>. Cette classification a l'avantage d'expliquer un élément du régime des contrats de transfert de risque, qui a trait à l'exécution desdits contrats, mais ne rend pas compte de leur formation.

156. On peut également distinguer entre les risques nouveaux et les risques « anciens ».

Les risques nouveaux sont ceux pour lesquels on ne dispose pas de calculs de probabilité ou de statistiques, parce qu'ils sont d'apparition récente<sup>475</sup>. On cite par exemple les risques de change<sup>476</sup> les risques climatiques et les risques de catastrophes naturelles.

---

<sup>473</sup>C. Ancy, *L'assurance, sa technique, son mécanisme*, LGDJ, 1933, page 145.

<sup>474</sup>Voir *infra* numéros 240 et s.

<sup>475</sup>Il n'existe pas de recul suffisant pour faire les calculs de probabilité.

<sup>476</sup>Apparus après les accords de *Bretton Woods*.

Le critère de distinction, qui est la nouveauté, est facilement maniable. Il s'agit d'un critère observable de l'extérieur. De plus, cette distinction a des conséquences pratiques : les risques nouveaux peuvent faire l'objet de certains contrats de transfert de risque mais pas d'autres. C'est notamment le cas des dérivés climatiques qui sont la conséquence de la non assurabilité des risques de variation climatique par les compagnies d'assurance, quoique cet état des choses est en train de changer.<sup>477</sup>

Notons également que la nouveauté des risques permet d'abord à la pratique, et ensuite au législateur, d'imaginer de nouvelles figures contractuelles de transfert de risque, pour répondre aux nouveaux besoins de couverture<sup>478</sup> ou de spéculation.

Un autre intérêt à ladite distinction réside dans la difficulté de calculer la contrepartie du transfert du risque, qui est dans la plupart du temps un « prix »<sup>479</sup>. En effet, il est plus difficile de calculer le « prix » du risque nouveau, lorsqu'on ne dispose pas de données mathématiques suffisantes. De ce fait, la contrepartie du transfert d'un risque nouveau est plutôt un transfert parallèle et en sens contraire.

Mais la nouveauté est un critère mouvant : ce qui est nouveau à une certaine époque, ne l'est plus à une autre. En d'autres termes, le critère de la nouveauté ne présente pas suffisamment de sécurité.

157. Une dernière distinction que nous adoptons, est celle qui est faite entre le risque subi et le risque voulu. Dans le premier cas, le contractant n'a aucune maîtrise sur les conséquences négatives de la réalisation du risque ; son patrimoine subit la perte engendrée par la réalisation du risque et le contractant, pour compenser celle-ci, doit conclure un contrat de transfert de risque. Alors que dans le second cas, le contractant se place volontairement dans une situation qui pourrait engendrer des pertes, mais dans l'espoir de réaliser des gains.

Cette distinction permet d'isoler les contrats conclus à titre spéculatifs de ceux conclus à titre de couverture. Seuls ces derniers, méritent d'être qualifiés de contrats

---

<sup>477</sup>H. Barbier, *La liberté de prendre des risques*, thèse, préface J. Mestre, PUAM, 2011, page 411 numéro 465 : « le risque inconnu est inassurable. La vocation d'un risque à être assuré dépend également de son aptitude à être cerné, identifié et évalué ».

<sup>478</sup>Le risque d'assurance était d'abord transmis par le biais de la réassurance, et récemment par le biais de la titrisation synthétique.

<sup>479</sup>En effet, la prime est calculée en fonction du risque: plus il est grand, plus la prime sera élevée et varie avec lui, que ce soit dans une hypothèse d'aggravation ou de diminution.

de transfert de risque. Autrement dit, la préexistence du risque est une condition essentielle à la formation d'un contrat de transfert de risque<sup>480</sup>.

## §2-La fonction du risque

158. L'expression « transfert de risque », laisse sous-entendre que le risque peut être une chose que l'on cède ou qu'on acquière comme une marchandise, le principe étant la libre circulation des biens. Il convient donc de confronter la notion de risque à celle de bien pour ensuite déterminer le rôle joué par le risque dans le cadre d'un contrat de transfert de risque.

### A. La réfutation de la qualification du risque comme bien susceptible d'être transféré

159. Selon le vocabulaire juridique Cornu, le transfert est « la transmission d'un droit d'un titulaire (auteur) à un autre (ayant cause) ».

La tentative de qualifier le risque de bien est grande, surtout qu'un auteur<sup>481</sup> a voulu consacrer « des biens à valeur négative, dont le risque pourrait bien faire partie ».

Chaque fois qu'apparaît un nouveau type de chose, « se pose la question préjudicielle de son appropriabilité de principe »<sup>482</sup>.

Afin de se prononcer, il convient de confronter la définition du risque avec celle d'un bien. Quoique le code civil emploie le terme « bien » à plusieurs reprises, à commencer par le titre du livre II, il ne le définit pas pour autant.

160. Selon le professeur Libchaber, l'appropriabilité<sup>483</sup> est la condition primaire de la qualification de bien ». Cet auteur définit l'appropriabilité d'un bien comme son aptitude à être soustrait à un usage collectif, au profit d'une dévolution individuelle, exclusive de toute intervention extérieure. »<sup>484</sup>

---

<sup>480</sup> Voir *infra* numéros 235 et s.

<sup>481</sup>B. Demont, *L'aléa dans le contrat d'assurance*, Institut universitaire de Varenne, Collection des Thèses, 2013, page 366, numéro 334.

<sup>482</sup>F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, 3ème édition, 2008, PUF, page 19.

<sup>483</sup>P. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil, les biens*, 4<sup>ème</sup> édition, Defrenois, page 53 numéro 164 : l'absence d'appropriation peut tenir à la nature même de la chose (il s'agit de choses communes, tel que l'air et l'eau), ou à des circonstances de fait (il s'agit de biens vacants : *res nullius* et *res derelictae*)

<sup>484</sup>J. François, « Les créances sont-elles des biens? », in *Liber Amoricum*, Christian Larroumet, Economica, 2010, page 157, numéro 13.

Les biens deviennent de plus en plus incorporels, ce que le doyen Jean Carbonnier appelait d'une expression un peu mystérieuse « l'entrée dans le monde juridique de ces objets qui n'en sont pas »... La caractéristique de ces nouveaux biens incorporels est qu'ils sont liés à l'intelligence, au talent et à l'activité de leur titulaire »<sup>485</sup>

C'est notamment le cas des œuvres de l'esprit, que l'on regroupe sous l'appellation de propriété intellectuelle et qui sont régies par le code de la propriété intellectuelle. L'immatérialité de ces œuvres n'a pas été considérée comme un obstacle à la reconnaissance d'un droit de propriété y relatif, ainsi qu'à la possibilité de céder ce droit. Cette reconnaissance législative vient récompenser les efforts du créateur, sous peine de le priver des fruits juridiques de son travail.

Par analogie, l'immatérialité du risque n'est pas un obstacle à son appropriabilité : la notion de bien « n'est pas dépendante de facteurs matériels, car elle désigne plus largement les valeurs économiques susceptibles de figurer dans le patrimoine. « Il est donc clair que la nature corporelle de l'objet de la propriété constitue un dogme purement doctrinal »<sup>486</sup>.

Mais l'analogie avec le droit de la propriété intellectuelle s'arrête à ce stade, parce que le risque n'est pas issu de l'intelligence, du talent ou de l'activité de son titulaire. En d'autres termes, la récompense du fruit du travail humain, fondement de la reconnaissance d'un droit de propriété intellectuelle, ne se retrouve pas en matière de risque.

161. Selon un autre auteur<sup>487</sup>, le critère d'un bien serait la saisissabilité<sup>488</sup>. Or le risque est par nature insaisissable.

Enfin, selon un troisième auteur, toute chose utile et rare, donc douée de valeur serait un bien<sup>489</sup>, et « seules les considérations sociales peuvent interdire ou restreindre l'appréhension de diverses choses comme des biens : soit que des valeurs essentielles y répugnent (par exemple le cadavre), soit que l'intérêt général commande que des

<sup>485</sup>Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil, Les biens, op. cit.*, page 18, numéro 35.

<sup>486</sup>F. Zénati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*, 1993, page 305. Voir en ce sens le projet de réforme du droit des biens, article 520 : « sont des biens, au sens de l'article précédent, les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation, ainsi que les droits réels et personnels tels que définis aux articles 522 et 523 ».

<sup>487</sup>P. Berlioz, *La notion de bien*, LGDJ, 2007, page 13, numéro 28.

<sup>488</sup>L'article 2284 du code civil attribue aux biens une fonction de garantie en mettant à la charge du débiteur de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers. De même que l'article 2285 du même code qui fait des biens du débiteur, le gage commun de ses créanciers.

<sup>489</sup>D. Gutmann, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, les ressources du langage juridique », page 68. Voir dans le même sens J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Les biens*, 2ème édition, 2010, LGDJ, page 2 : « l'utilité économique tend à être présentée comme le caractère essentiel du bien ».

choses demeurent à l'état de choses communes faisant l'objet d'une utilisation collective<sup>490</sup>».

Le risque défini en tant que probabilité de survenance d'un événement incertain engendrant des conséquences dommageables, n'est pas utile en soi, mais constitue le support d'opérations de couverture et de spéculation, permettant le bon fonctionnement du marché financier.

Le risque a également une valeur : il est quantifiable à travers les statistiques et se traduit par l'inscription de provisions dans les bilans d'une entreprise. Mais cela ne suffit pas pour en faire un bien : il ne peut pas être soustrait à un usage collectif dans le but d'une appropriation individuelle (sa réalisation affecte pécuniairement tous les opérateurs économique), et il ne fait pas partie du gage des créanciers. De plus, et dans la mesure où le risque renferme la composante « perte », il ne peut être considéré comme un bien.

L'expression « transfert de risque » n'est donc qu'un abus de langage<sup>491</sup>, une « image »<sup>492</sup>, puisque c'est l'obligation de couverture qui opère ledit transfert<sup>493</sup>.

Après avoir défini le risque et écarté la qualification de bien, il convient d'en déterminer le rôle.

## **B. Le risque comme élément catégorique de qualification**

162. La première tentation est d'attribuer au risque le rôle d'objet du contrat<sup>494</sup>, dont l'absence serait théoriquement sanctionnée par l'inexistence ou la nullité absolue<sup>495</sup>. Cette possibilité n'est pas convaincante, parce que l'objet du contrat, qui est l'opération économique voulue par les parties existe malgré l'absence de risque : il s'agit pour un des contractants, de se décharger sur l'autre contractant des conséquences dommageables d'un événement. Mais au lieu que cet événement soit incertain, il est déjà réalisé<sup>496</sup>.

---

<sup>490</sup>F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, *op. cit.*, page 21.

<sup>491</sup>*Ibidem*.

<sup>492</sup>Ph. Didier, « *Les contrats de transfert de risque* », *op. cit.*, page 157, numéro 18.

<sup>493</sup> Voir *infra* numéros 167 et s.

<sup>494</sup>Il ne peut s'agir de l'absence de l'objet de l'obligation, c'est-à-dire la prestation de faire, de ne pas faire ou de donner.

<sup>495</sup>F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, les obligations*, *op. cit.*, page 286 numéro 271.

<sup>496</sup>C'est l'hypothèse du risque putatif.

163. La deuxième tentation est d'attribuer au risque le rôle de cause au sens de contrepartie<sup>497</sup> ; la sanction de son absence au moment de la conclusion du contrat étant théoriquement l'inexistence<sup>498</sup> ou la nullité absolue, quoique la jurisprudence préfère la nullité relative.<sup>499</sup> Nous pensons que l'absence de risque ne peut se ramener à une absence de cause objective : personne ne s'engage contractuellement pour recevoir en contrepartie une « probabilité », personne ne « s'oblige pour le hasard, mais pour le transfert de propriété, ou pour la couverture, etc... »<sup>500</sup>. Dans un contrat de transfert de risque, la cause au sens de contrepartie pour le contractant qui transfère le risque, est l'obligation de couverture, et pour le contractant qui accepte de prendre en charge le risque elle est soit une prime, soit une intention libérale soit une obligation de couverture réciproque. Ce qui signifie que le risque n'est pas la cause objective du contrat de transfert de risque.

164. Plusieurs contrats de transfert de risque examinés plus haut ont un caractère aléatoire. Cela suffit-il pour assimiler le risque à l'aléa ? Afin de répondre à cette question, il convient de qualifier l'aléa. Celui-ci ne peut être la cause objective<sup>501</sup> du contrat ; le hasard, l'incertitude ou la probabilité ne peuvent constituer une contrepartie. A l'appui de notre opinion nous citons la jurisprudence qui vise l'article 1964 du code civil et non l'article 1131 du même code<sup>502</sup>, pour sanctionner l'absence de risque dans les contrats d'assurance. Nous pouvons également mentionner la doctrine qui affirme que « l'aléa est un élément objectif et ce n'est pas la cause du

---

<sup>497</sup>Il ne peut s'agir d'une absence de cause subjective, le risque pris au sens d'évènement incertain ayant des conséquences dommageables n'étant pas un motif impulsif et déterminant.

<sup>498</sup>Sur la notion d'inexistence, voir J. Carbonnier, *Droit civil, volume 2, les biens, les obligations, op. cit.*, page 2096, numéro 1019 : « notion rejetée par beaucoup d'auteurs, ils l'absorbent dans la nullité absolue. » Et voir aussi H., L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *op. cit.*, page 302, numéro 299 : « notion inutile et fautive ». F. Terré, Y. Lequette, page 106, numéro 87 : « lorsque le contrat est dépourvu d'un élément sans lequel on ne peut concevoir qu'il y ait un acte juridique...l'inexistence n'a pas besoin d'être prononcée en justice, elle est imprescriptible ». Cass. civ., 6 novembre 1895, *DP*. 1897.1.25 : « absence d'acte par le défaut d'existence légale. »

<sup>499</sup>Cass. civ. 1ère, 9 novembre 1999, *Bull. civ. I*, numéro 293 : « la nullité du contrat d'assurance pour absence d'aléa est une nullité relative qui ne peut être invoquée que par celui dont la loi a été méconnue tendait à assurer la protection. », L. Mayaux, *V° Assurances terrestres (2° le contrat d'assurance) in : Rép. Civ. Dalloz*, septembre 2011, numéro 49. Voir aussi Paris, 15 février 1957, *JCP* 1958 II.10418, « le contrat est nul pour absence de cause quand l'aléa en vue duquel le contrat a été conclu n'existe pas pour la raison qu'il se trouve soumis, non à des circonstances étrangères, mais à la volonté arbitraire du débiteur ». Cass. civ. 1ère, 20 février 2001, *Bull. civ. I*, numéro 39, et Cass. civ. 3ème, 29 mars 2006, *Bull. civ. III*, numéro 8 : « la nullité pour défaut de cause est une nullité relative. »

<sup>500</sup>Y.-M. Laithier, « Aléa et théorie générale du contrat », in Travaux de l'association Henri Capitant, *L'aléa*, Tome XIV, Le Mans, Dalloz, 2011, page 11.

<sup>501</sup>J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006. Dans le même sens, voir A. Bénabent, *V° Contrats aléatoires, généralités in : J.-Cl.Civ. article 1964*, numéro 462 : la cause est l'existence de l'aléa, et non pas la contrepartie.

<sup>502</sup>J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, page 341 numéro 524.

Cass. civ. 1ère, 27 février 1990, numéro du pourvoi 88-14364 : contrats d'assurance annulés pour risque inexistant. Voir aussi, Cass. civ. 1ère, 3 mai 1995 numéro du pourvoi 93-15768 : contrat d'assurance pour un bien déjà brûlé.

contrat d'assurance»<sup>503</sup>. Une opinion plus nuancée avance que la cause dans les contrats aléatoires serait la conjonction de la contrepartie et de l'aléa, l'aléa donnant une consistance à la contrepartie qui risque de ne pas exister<sup>504</sup>. Nous pensons que cet « alliage » entre contrepartie et aléa est inintelligible.

Enfin, pour une doctrine<sup>505</sup>, l'aléa est cause catégorique<sup>506</sup>, qui par opposition à la cause casuelle, est l'élément qui préexiste à l'opération et qui permet de la qualifier<sup>507</sup>. L'absence de la cause catégorique ne remet pas en question la validité de l'opération, mais la disqualifie. Nous préférons cette troisième opinion car elle distingue bien entre les éléments constitutifs du contrat qui conditionnent sa validité, et les éléments de qualification. Monsieur Terré, à propos de l'absence d'un tel élément parle de « conversion par réduction des actes juridiques ». <sup>508</sup>

Cette opinion présente également des avantages pratiques, puisqu'elle permet de sauver le contrat par la technique de la disqualification, au lieu de l'invalidier. Ce qui renforce la sécurité juridique, en évitant les nullités en cascades. A condition toutefois que les éléments constitutifs du contrat de remplacement soient réunis<sup>509</sup>. Pour illustrer nos propos, citons l'arrêt du conseil d'Etat du 19 novembre 2004<sup>510</sup> dans lequel le contrat d'assurance fut qualifié de donation eu égard à l'espérance de vie du souscripteur et à l'importance des primes versées par rapport à son patrimoine. Citons également l'arrêt de la première chambre civile de la cour de cassation du 4 juillet 2007<sup>511</sup> dans lequel le contrat d'assurance fut qualifié de donation vu le défaut d'aléa résultant de l'espérance de vie réduite du souscripteur, qui s'opposait à ce que les versements puissent être destinés à lui assurer un complément de retraite à cette

<sup>503</sup>V. Nicolas, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, op. cit., page 94 numéro 199.

<sup>504</sup>Lamy Assurances, sous la direction de J. Kullmann, 2015, page 127, numéro 122. L'auteur cite J. Flour et J.-L. Aubert, H. Capitant et F. Terré.

<sup>505</sup>L. Boyer, *La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, thèse, Toulouse, Sirey, 1947 et J.-P. Mouralis, *La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires*, thèse, Grenoble, 1968.

<sup>506</sup>J. Carbonnier, *Droit civil, volume 2, les biens, les obligations*, op. cit., page 2028, numéro 979 : « dont la fonction serait de permettre la qualification des contrats. »

Voir aussi, F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 2014, et L. Boyer, *La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, op. cit., page 103 : « on ne peut passer un contrat aléatoire s'il n'est aucun aléa dans la situation à laquelle se réfèrent les parties ; il n'est pas de transaction possible s'il n'y a pas une situation litigieuse », et page 176 : « ainsi apparaît la nécessité de certains éléments objectifs qu'on ne peut atteindre par la seule analyse de l'obligation-que ce soit dans sa cause ou dans son objet-leur absence entraîne la nullité de l'accord s'il y a eu vice du consentement ; au cas contraire, il y a seulement impossibilité pour les parties de réaliser la catégorie de contrat qu'elles souhaitent. D'où l'appellation de cause catégorique ».

<sup>507</sup>Ce qui n'est pas sans nous rappeler *l'affectio societatis* dans le contrat de société ou *l'intuitu personae*.

<sup>508</sup>F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, page 209, numéro 224.

<sup>509</sup>Au lieu d'être en présence d'un contrat de transfert de risque, nous serions en présence d'un prêt, d'une donation, ou d'un geste commercial.

<sup>510</sup>Numéro 25-4797, *RGDA* 2005, page 485.

<sup>511</sup>Numéro 05-10254.

époque de son existence et dans son état avancé de maladie ; le souscripteur ne pouvant bénéficier personnellement du contrat d'assurance.

165. L'aléa, cause catégorique dans les contrats aléatoires, a pour particularité d'affecter l'équilibre des prestations dans un contrat, mais ne se confond pas avec le risque. En effet, l'aléa n'est pas un élément nécessaire pour que l'on soit en présence d'un contrat de transfert de risque, car il existe des contrats de transfert de risque commutatifs. « Plutôt que de se prononcer sur l'objet ou sur la cause, l'essentiel est peut-être de constater que quelle que soit la place que l'on veut bien lui accorder, l'existence du risque est essentielle à l'obligation de couverture<sup>512</sup>... quoi qu'il en soit, le risque est un élément à défaut duquel l'obligation de couverture n'a pas de sens»<sup>513</sup>.

Le seul rôle que l'on peut attribuer au risque est celui d'élément catégorique de qualification. Ce qui signifie que l'absence du risque au moment de la conclusion du contrat, doit être sanctionnée par la disqualification<sup>514</sup>, ou par la nullité relative, car il s'agit d'intérêts privés<sup>515</sup>. « Les contractants peuvent porter atteinte aux éléments naturels (*naturalia*) d'un contrat sans que ce contrat soit altéré en profondeur. Si au contraire son essence est affectée, il s'agit alors d'un autre contrat. »<sup>516</sup> Il appartient au juge de donner ou restituer son exacte qualification à un acte, sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée<sup>517</sup>.

<sup>512</sup>V. Mazeaud, *op. cit.*, page 264, numéro 178.

<sup>513</sup>*Ibidem*, page 280, numéro 190.

<sup>514</sup>Cass. civ., 2 mars 1931, S. 1932.1.281 : à défaut de contribution aux pertes, le contrat est nul ou tout au moins ne vaut pas comme contrat de société. Voir aussi Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 29 janvier 1970, *Bull. civ.* III, 1973 : disqualification d'une sous-location dépourvue de cause en prêt d'argent.

Ainsi, pour justifier l'exclusion de l'application au crédit-bail immobilier du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 relatif au statut des baux commerciaux, un arrêt s'est fondé sur la considération que la cause déterminante du contrat a été la volonté d'appropriation de l'immeuble en fin de période contractuelle, la durée de celle-ci et le montant des redevances, correspondant à une valeur d'appropriation, étant calculés pour permettre cette acquisition pour une faible valeur résiduelle (CA Paris, 6 mars 1979 : *JCP G* 1979, II, 19212, note E.-M. Bey. – Rapp. TGI Angers, 6 juin 1978 : *D.* 1979, page 641, note Parléani, qui fonde sur un raisonnement semblable la rectification de la qualification d'un « contrat de location » passé avec une société de leasing, qui avait, selon la décision, une cause simulée. – Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 29 janvier 1970 : *Bull. civ.* III, 1970, n° 73, qui disqualifie en prêt un contrat stipulant un loyer pour la jouissance de serres dont les débiteurs étaient en réalité devenus propriétaires).

<sup>515</sup>H., L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *op. cit.*, page 297, numéro 293 : « la nullité relative est édictée pour la protection d'un contractant », et page 301, numéro 299 : « pour voir s'il s'agit de nullité relative ou absolue, il faut chercher le fondement de ces nullités ». Dans le même sens, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, page 107, numéro 88.

<sup>516</sup>F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, page 619, numéro 610.

<sup>517</sup>Cass. com., 14 mai 1985, *Bull. civ.* IV, numéro 153, et Cass. com., 24 décembre 1987, *Bull. civ.* IV, numéro 281.

## Section 2 : La prestation caractéristique : l'obligation de couverture

166. La prestation caractéristique d'un contrat de transfert de risque est l'obligation de couverture. Il convient de préciser que la couverture n'est pas la garantie. En effet, toute garantie n'est pas une obligation. C'est le cas de la fiducie-sûreté et de la clause de réserve de propriété. Inversement, toute garantie n'est pas une couverture. C'est le cas des garanties indemnitaires, dans lesquelles la prestation caractéristique est l'obligation de prévention du risque de crédit, et non pas une obligation de couverture dudit risque<sup>518</sup>. Une autre différence entre ces deux notions réside dans le fait que la notion de garantie est plus large ; elle englobe notamment la compensation, le droit de rétention et la clause d'inaliénabilité.

Le transfert de risque se fait *solo consensus*<sup>519</sup>, c'est-à-dire par le seul effet du consentement des deux parties, sans qu'il soit nécessaire d'accomplir des formalités quelconques.<sup>520</sup> En principe, le transfert de risque s'opère dès la signature du contrat, mais il peut être retardé par la volonté des parties. C'est le cas notamment de la prise d'effet dans les contrats d'assurance<sup>521</sup>.

Nous avons déjà démontré plus haut que le transfert de risque n'est autre que la prise en charge des conséquences dommageables d'un événement incertain, à travers une obligation de couverture qui pèse sur le cessionnaire du risque.

À côté de ce transfert de risque, va naître un nouveau risque : celui de la contrepartie, c'est-à-dire celui de la non exécution par le débiteur de l'obligation de couverture. En d'autres termes, le contrat de transfert de risque conduit à transformer toute forme de risque<sup>522</sup> en un risque de contrepartie, donc en probabilité que le débiteur de l'obligation de couverture soit défaillant à l'échéance. Ce risque de contrepartie est commun à tous les contrats, il n'est pas propre aux contrats de transfert de risque.

Nous analyserons d'abord l'obligation de couverture d'un point de vue technique (§1), ensuite d'un point de vue comptable (§2).

---

<sup>518</sup>V. Mazeaud, *op. cit.*, page 319 et s., numéros 217 et 218. Voir aussi P. Jourdain, « Quelques réflexions sur la notion de garantie », *Etudes offertes au professeur Philippe Malinvaud*, LGDJ, 2007, page 303. N. Bargue, *Essai sur la notion de garantie*, thèse Paris, 2008.

<sup>519</sup>En principe, le transfert de propriété dans le cadre d'un contrat de vente, se fait *solo consensu*.

<sup>520</sup>En droit romain, il fallait recourir à la « *traditio* » pour que le transfert de propriété s'opère.

<sup>521</sup>Le lendemain à midi suivant la signature du contrat, ou après le paiement de la première prime, ou à une date fixe.

<sup>522</sup>De marché, de contrepartie, de survie ou de décès.

## §1-L'analyse technique de l'obligation de couverture

167. Le transfert de risque se matérialise par une obligation de couverture, qui doit avoir une cause comme toute autre obligation. Autrement dit, l'expression transfert de risque n'est qu'une image.

### A. La description de l'obligation de couverture

168. « Parmi les diverses prestations se rattachant à un contrat donné, il en est une à propos de laquelle l'accord des volontés intervient et autour de laquelle s'ordonne l'économie du contrat. »<sup>523</sup> Il s'agit de la prestation caractéristique, qui permet de qualifier le contrat. Celle-ci est d'abord définie par les textes impératifs, et ensuite par la volonté contractuelle. Elle est intangible par le juge, et toutes les autres prestations doivent servir à son exécution, quitte à ce que le juge ajoute des suites<sup>524</sup> pour assurer la bonne fin de la prestation caractéristique.

Ayant émis cette observation préliminaire, afin de décrire exhaustivement l'obligation de couverture, il convient d'examiner sa nature, ses modalités ainsi que sa cause.

#### 1. La nature de l'obligation de couverture

169. Une obligation de couverture peut être accessoire<sup>525</sup> ou principale. L'obligation de couverture principale assumée par un cessionnaire du risque « ne se situe pas sur le même plan que l'obligation de garantie imposée au vendeur et au bailleur. Alors que la première est la prestation pour laquelle se sont engagés les contractants, la seconde n'est qu'un engagement accessoire que la loi impose aux parties pour assurer l'efficacité de l'obligation principale. La garantie dûe par le vendeur, le bailleur et le prêteur, n'est qu'une des suites que la loi donne au transfert de propriété ou de jouissance. »<sup>526</sup> L'obligation de couverture principale est « l'effet contractuel voulu

---

<sup>523</sup>G. Ripert et J. Boulanger, *Extrait du traité élémentaire de droit civil*, tome II, 1957, page 99, numéro 241.

<sup>524</sup>Sur le fondement de l'article 1135 du code civil, et sous couvert d'interprétation.

<sup>525</sup>Il s'agit d'une suite naturelle du contrat, à l'instar de la responsabilité contractuelle qui couvre le risque d'inexécution du contrat ou les garanties légales, soit d'une adjonction faite par les parties à l'instar des clauses de garantie du passif.

<sup>526</sup>F. Chénéde, *Les commutations en droit privé*, op. cit., page 160, numéro 177.

par les parties »<sup>527</sup>. En l'absence d'une telle obligation, nous ne sommes pas en présence d'un contrat de transfert de risque, mais d'un autre contrat.

170. Lorsque l'obligation de couverture est conclue à titre accessoire, nous ne serons pas en présence d'un contrat de transfert de risque. Comme exemple, on peut penser à un contrat d'entreprise conclu à forfait, l'entrepreneur assumant le risque que les travaux coûtent plus que le prix convenu.

Quant au régime applicable à une obligation de prise en charge accessoire, trois possibilités sont envisageables : l'application de l'adage selon lequel « l'accessoire suit le principal », l'application à l'obligation accessoire d'un régime complètement autonome, ou une solution hybride, qui consiste en l'application à l'obligation de couverture accessoire un régime propre, sans pour autant perdre de vue son caractère accessoire. Cette troisième solution n'est pas nouvelle, elle a été retenue pour l'obligation de la caution. Ladite obligation suit l'obligation cautionnée, en ce sens que toutes les causes de nullité ou d'extinction de l'obligation principale éteignent le cautionnement<sup>528</sup>. Mais en même temps, l'obligation de la caution peut s'éteindre indépendamment de l'obligation principale<sup>529</sup> par les mêmes causes que les autres obligations, comme la remise de dette, la confusion ou la compensation.

Pour revenir à l'exemple cité plus haut relatif au contrat d'entreprise conclu à forfait, le contrat dans son ensemble sera soumis au régime du contrat d'entreprise. Quant à la clause de prise à forfait, qui se matérialise par une obligation accessoire de couverture du risque, elle suit le régime du contrat d'entreprise, et se voit également appliquer le régime des contrats de transfert de risque<sup>530</sup>.

171. L'obligation de couverture principale est l'engagement pour le contractant qui accepte le transfert de risque de donner ou de faire, en cas de réalisation de l'événement incertain défini par le contrat.

---

<sup>527</sup>M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, préface L. Aynès, Economica, collection Recherches juridiques, Tome II, 2002, page 7, numéro 9.

<sup>528</sup>La prorogation du terme ne décharge pas la caution (article 2039 du code civil), mais elle peut s'en prévaloir. La caution peut se rabattre sur le bénéfice de subrogation pour se décharger (article 2037 du code civil) ou dire que la prorogation constitue en fait une novation ou une tacite reconduction.

<sup>529</sup>Article 2311 du code civil : « l'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations. »

<sup>530</sup> Voir *infra* numéros 231 et s., qui correspondent à la deuxième partie de la thèse ( intitulée le régime des contrats de transfert de risque).

Une couverture du risque nécessite une prestation positive, elle ne peut se traduire par une obligation de ne pas faire.

Lorsque le contrat de transfert de risque donne naissance à une obligation de donner, il s'agit le plus souvent d'une obligation de donner une somme d'argent, donc d'une obligation monétaire. Celle-ci s'oppose à l'obligation en nature en ce que cette dernière est insensible aux variations monétaires. L'obligation monétaire est soumise à un régime particulier, prévu par les articles 1153<sup>531</sup> et 1895<sup>532</sup> du code civil.

C'est le cas des contrats d'assurance<sup>533</sup>, de certains contrats financiers<sup>534</sup> conclus à titre de couverture et des sûretés personnelles.

L'obligation de donner ne peut consister en la livraison physique d'un bien, car dans un contrat de transfert de risque, les parties ne cherchent pas à s'approprier un bien, mais à couvrir les conséquences dommageables de la réalisation d'un événement incertain.

Quant à l'obligation de faire, nous pouvons donner l'exemple de l'assurance défense, contrat dans lequel l'obligation de l'assureur consiste en la représentation de l'assuré en justice. Dans les sûretés réelles sans dépossession, l'obligation de couverture est une obligation immédiate de conservation du bien et de remise différée en cas de réalisation du risque.

Dans les sûretés réelles avec dépossession, l'obligation de couverture est une obligation immédiate de remise du bien, mais la réalisation de la sûreté demeure différée et tributaire de la défaillance du débiteur principal.

## 2. Les modalités de l'obligation de couverture

172. Dans un contrat de transfert de risque, ce sont les parties qui définissent librement l'évènement qui va déclencher la naissance ou l'exigibilité de l'obligation de

---

<sup>531</sup>Article 1153 du code civil : « dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement.

*Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.*

*Ils ne sont dus que du jour de la sommation de payer, ou d'un autre acte équivalent telle une lettre missive s'il en ressort une interpellation suffisante, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit.*

*Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance. »*

<sup>532</sup>Article 1895 : « l'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la somme énoncée au contrat.

*S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement. »*

<sup>533</sup>On parle d'indemnités.

<sup>534</sup>On parle de solde.

prise en charge, à savoir la condition suspensive<sup>535</sup>, ou le terme<sup>536</sup>. D'ailleurs l'article L. 113-5 du code des assurances a prévu les deux modalités et dispose : « *lors de la réalisation du risque ou à l'échéance du contrat, l'assureur doit exécuter dans le délai convenu la prestation déterminée par le contrat et ne peut être tenu au-delà.* » En effet, « la réalisation du risque » n'est autre que la condition suspensive<sup>537</sup> et « l'échéance » n'est autre que le terme suspensif.

### a. La condition suspensive

173. Dans le cas du contrat d'assurance de dommage, des sûretés personnelles et de la tontine, l'obligation de couverture est assortie d'une condition suspensive<sup>538</sup>. Dans les dérivés de crédit conclus à titre de couverture, l'obligation de couverture est assortie d'une condition suspensive, qui doit se réaliser avant le terme du contrat.

La caractéristique essentielle de la condition est son incertitude<sup>539</sup>. « La condition sera considérée comme valable si elle ne dépend pas exclusivement du bon vouloir du débiteur : il faudra qu'elle dépende à la fois de la volonté de ce dernier et du hasard. Dans le contrat d'assurance<sup>540</sup>, il s'agit de la réalisation d'un risque quelconque. Dans le cas des sûretés<sup>541</sup>, la condition suspensive<sup>542</sup> est la défaillance de l'entité de référence<sup>543</sup>.

Deux critères sont retenus en jurisprudence pour caractériser le hasard propre à valider une condition dépendant partiellement du pouvoir du débiteur. D'une part le hasard peut prendre la forme de circonstances extérieures dont le débiteur n'est pas le maître et qui vont influencer sur la réalisation ou la défaillance de l'évènement. D'autre

<sup>535</sup>Quant à la condition résolutoire, aucune particularité n'est à souligner en ce qui concerne les contrats de transfert de risque. En effet, tout contrat prend fin, soit lorsque l'évènement incertain prévu par les parties se réalise, soit lorsque le délai prévu par les parties arrive à expiration.

<sup>536</sup>Notons qu'un paiement effectué avant la réalisation de la condition suspensive est indû, il y a donc lieu à répétition, alors que le paiement effectué avant l'arrivée de l'échéance est dû.

<sup>537</sup>L'obligation de l'assureur est conditionnelle mais le contrat ne l'est pas : l'assuré paye même si le sinistre n'a pas lieu.

<sup>538</sup>Il convient de distinguer entre le contrat conditionnel et l'obligation conditionnelle. Le contrat conditionnel est un contrat non encore formé, alors que l'obligation conditionnelle, est une obligation non encore née, mais issue d'un contrat bel et bien formé. Un droit suspendu par une condition est un droit qui se formera plus tard et peut-être.

<sup>539</sup>Y. Buffelan-Lanore, *V° La condition in : Rép. Civ. Dalloz*, numéro 6.

<sup>540</sup>J.-L. Fagnart, « La condition ou l'aléa ou les deux faces de l'incertitude », in *Mélanges Ph. Gérard*, Burylant 2002, page 15 et s., page 32, numéro 25 : « l'obligation de l'assureur est par essence conditionnelle, en tant que subordonnée à la survenance du sinistre. »

<sup>541</sup>V. Mazeaud, *op. cit.*, page 197, numéro 144 et s. : l'obligation de la caution est conditionnelle : la défaillance du débiteur principal. D'ailleurs l'article 2288 du code civil conforte l'analyse conditionnelle du cautionnement puisqu'il dispose « ...si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. »

<sup>542</sup>L'article 1174 du code civil prohibe la condition potestative suspensive de la part du débiteur. Mais il peut y avoir condition purement potestative résolutoire, que l'on contrôle à travers la notion d'abus de droit. Une condition potestative de la part du créancier est en fait un droit potestatif. J.-J. Taisne, *La notion de condition dans les actes juridiques, contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse, Lille, 1977.

<sup>543</sup>Contrats ISDA et FBF.

part, le hasard peut se traduire par un sacrifice consenti par le débiteur. L'idée de ce dernier critère est que le débiteur ne sera pas libre d'exercer arbitrairement sa volonté, si cet exercice implique un sacrifice de sa part. La condition ne sera nulle, comme purement potestative, que si le débiteur peut retirer un avantage injustifié en agissant sur la condition. »<sup>544</sup>

En appliquant ces critères à la condition de la défaillance du débiteur, on peut dire que celle-ci apparaît comme « simplement potestative, car elle dépend partiellement du hasard. D'abord, la faculté de payer du débiteur est tributaire des circonstances économiques qui l'empêchent d'exercer arbitrairement sa volonté. Ensuite, le choix du débiteur implique nécessairement un sacrifice de sa part : pour faire défaillir la condition, il faudra qu'il paye sa dette auprès du créancier. Si à l'inverse la condition se réalise, c'est parce qu'il n'aura pas acquitté sa dette. Cela représentera également un sacrifice, dès lors que son créancier peut effectuer une saisie sur ses biens. Quel que soit le critère retenu, on peut donc conclure que la condition de défaillance du débiteur sera valable, parce que simplement potestative. »<sup>545</sup>

La condition est un événement qui doit être non seulement futur et incertain, mais encore possible, licite et conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs. La condition étant une modalité de l'obligation, doit également être « extérieure au rapport de droit »<sup>546</sup>. Il convient, dans l'hypothèse d'une obligation de couverture conditionnelle, de faire application des articles 1168 et s. du code civil<sup>547</sup> avec les précisions suivantes : l'article 1178 dispose que « *la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement.* » Or en matière de contrat d'assurance, l'assureur, qui est le débiteur de l'obligation de prise en charge, peut imposer plusieurs conditions à l'assuré afin d'éviter que le sinistre ne se réalise. Le créancier de l'obligation de couverture doit respecter les exigences de sécurité imposées par l'assureur, sous peine de violer ses obligations contractuelles. Encore plus, le créancier de ladite obligation doit tout faire pour éviter que la condition ne se réalise, sous peine de tomber dans l'hypothèse du sinistre volontaire.

---

<sup>544</sup>M. Cottet, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, 2013, page 243, numéro 269.

<sup>545</sup>*Ibidem*, page 243 numéro 269.

<sup>546</sup>Y. Buffelan-Lanore, *V° La condition*, *op. cit.*, numéro 19.

<sup>547</sup>Le code civil consacre aux obligations conditionnelles d'assez longs développements dans ses articles 1168 à 1184, mais il faut également citer toute une série d'autres articles disséminés dans le code qui viennent compléter ces textes. Il s'agit des articles 580, 900, 944, 1040, 1086, 1201, 1234, 1258-5°, 1584, 2125, 2132, 2148 et 2257. Y. Buffelan-Lanore, *V° La condition*, *op. cit.*

Si la condition suspensive ne se réalise pas, on ne peut affirmer que les parties ont conclu un contrat de transfert de risque « à fonds perdus », car il existe une tranquillité à être couvert. Cela n'est pas sans nous rappeler la garantie des vices cachés, qui existe même si on ne l'utilise pas. Aussi, même si la caution n'est pas appelée en garantie, elle aura exécuté sa prestation envers le créancier en lui fournissant un surcoût de quiétude, par la couverture du risque de non paiement de la dette principale.<sup>548</sup>

## b. Le terme suspensif

174. Le terme suspensif est un événement futur, de réalisation certaine, réalisation qui s'inscrit dans un délai raisonnable. La certitude peut être subjective, et non seulement objective<sup>549</sup>, ce qui signifie que les parties peuvent ériger en terme, un événement objectivement incertain<sup>550</sup>. La déchéance du terme peut être légale<sup>551</sup> ou conventionnelle.

Les contrats de transfert de risque qui utilisent le mécanisme du terme suspensif, sont les contrats financiers à terme<sup>552</sup>, la tontine en cas de décès et de l'assurance en cas de décès. Dans le cas particuliers des dérivés de crédit<sup>553</sup>, l'obligation de couverture est assortie à la fois d'une condition suspensive et d'un terme extinctif : l'événement incertain, qui est le plus souvent la défaillance de l'entité de référence, doit se réaliser dans le terme fixé par les parties dans le contrat.<sup>554</sup>

---

<sup>548</sup>M. Séjan, *La bilatéralisation du cautionnement, le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, *op. cit.*, page 56, numéro 49.

<sup>549</sup>C. Bloud-Rey, *Le terme dans le contrat*, préface de P.Y. Gautier, PUAM, 2003, page 24, numéro 27.

<sup>550</sup>Il s'agit de l'hypothèse de l'article 1901 du code civil : « s'il a été seulement convenu que l'emprunteur payerait quand il le pourrait, ou quand il en aurait les moyens, le juge lui fixera un terme de paiement suivant les circonstances. »

<sup>551</sup>Article 1188 du code civil : « le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier ».

<sup>552</sup>Il s'agit du terme au sens du code civil ; le paiement de la différence de prix est retardé jusqu'à l'échéance. Voir en ce sens : A. Couret, H. Le Nabasque, M.-L. Coquelet, T. Garnier, D. Poracchia, A. Raynouard, A. Reygrobellet, D. Robine, *Droit financier*, 1ère édition, Paris, Dalloz, 2012, page 588, numéro 980. Voir aussi R. Rastit, *op. cit.*, page 27. Pour ces auteurs, les contrats financiers sont des contrats à terme au sens de l'article 1185 du code civil.

<sup>553</sup>Notamment les *credit default swaps*.

<sup>554</sup>Ceci est conforme aux articles 1176 et 1177 du code civil. Le premier article dispose : « lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé. S'il n'y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie ; et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas ».

Le second article dispose : « lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement n'arrivera pas dans un temps fixe, cette condition est accomplie lorsque ce temps est expiré sans que l'événement soit arrivé : elle l'est également, si avant le terme il est certain que l'événement n'arrivera pas ; et s'il n'y a pas de temps déterminé, elle n'est accomplie que lorsqu'il est certain que l'événement n'arrivera pas ».

175. Il convient de préciser que dans l'hypothèse du risque putatif, qui est le risque déjà réalisé mais dont la réalisation est ignorée par les parties, l'obligation de couverture devient pure et simple, et cela en vertu de l'article 1181 du code civil, qui dispose que « l'obligation contractée sous une condition suspensive qui dépend d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties, à son effet du jour où elle a été contractée. »

176. Aux termes de notre analyse, il ressort que dans tout contrat de transfert de risque, le contractant prend en charge les conséquences dommageables d'un événement incertain, conséquences non encore arrêtées au moment de la conclusion du contrat de transfert de risque. En d'autres termes, l'obligation de couverture « n'est jamais pure et simple car son exigibilité est suspendue à la réalisation d'un événement particulier : la réalisation du risque couvert »<sup>555</sup>. Il s'agit d'une « obligation différée incertaine »<sup>556</sup>.

Dans cette optique, un auteur a proposé de consacrer une catégorie de contrats de couverture<sup>557</sup>, dont l'obligation principale serait une obligation de faire<sup>558</sup>, différée et incertaine ; l'incertitude pouvant résulter de sa naissance, de son exigibilité, ou de son étendue<sup>559</sup>. Dans le même sens, un autre auteur<sup>560</sup> a proposé d'ajouter à la

<sup>555</sup>V. Mazeaud, *op. cit.*, page 429, numéro 289.

<sup>556</sup>*Ibidem*, page 448, numéro 305.

<sup>557</sup>V. Mazeaud, *op. cit.* : L'auteur propose une nouvelle analyse de l'obligation de couverture ainsi que son rayonnement en dehors du cautionnement.

<sup>558</sup>*Ibidem*, page 459 numéro 313.

<sup>559</sup>*Ibid.*, l'auteur propose une classification des obligations selon leur finalité : il distingue les obligations échange (transfert de propriété, livraison...) et les obligations sanction (couvrir ou punir) dont fait partie l'obligation de couverture. Mais l'auteur reconnaît que cette distinction n'a qu'un intérêt didactique.

<sup>560</sup>N. Kanayama, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir »-Donner, faire, ne pas faire...et garantir? », in Mélanges C. Mouly, tome 2, Litec, 1998, page 375.

Dans le même sens, voir P. Pailler, *op. cit.*, page 451, numéro 405 : « deux acceptions de l'obligation de praestare sont retenues : une obligation de mise à disposition et une obligation de garantie, qui est différente de l'obligation de faire, en ce sens qu'elle n'implique pas la réalisation nécessaire d'une prestation ; la matérialisation de l'engagement du débiteur n'étant qu'éventuelle. Elle peut être accessoire ou autonome et constituer alors l'obligation fondamentale de l'engagement. C'est le cas du cautionnement, l'assurance ou les instruments financiers à terme ». Et page 454, numéro 407 : « l'obligation de couverture peut se concevoir comme l'élément fédérateur d'une nouvelle catégorie d'opérations, élément irréductible à la summa divisio établie par le code civil entre obligations de faire et obligations de donner, qui pourrait se rapprocher de l'obligation de praestare. »

V. Mazeaud, *op. cit.*, page 460 numéro 315 : « le contrat n'est pas seulement un instrument d'échange, mais il est surtout un mécanisme d'allocation et de gestion des risques. Dans cette perspective on peut distinguer les obligations échange (paiement du prix, délivrance, livraison, conservation, fabrication, entretien...), qui ont vocation à être exécutées selon le cours normal des choses, elles sont constitutives d'un bienfait pour les parties, chacune d'elles a intérêt à leur réalisation. Et les obligations sanction, pathologiques, qui n'ont vocation à être exécutées qu'en présence d'un accident dans le cours de la convention, ou d'un risque. Au jour où elles sont convenues, aucune des deux parties n'a intérêt à leur mise en œuvre, elles sont redoutées (c'est le cas de l'assurance, la responsabilité contractuelle, la garantie de passif, le cautionnement). Leur exécution est subordonnée à la réalisation du risque couvert. Au sein des obligations « sanction » on distingue entre les obligations pénales (cas de la clause pénale, dont le but est de punir, et dans lequel le créancier peut s'enrichir) et les obligations de couverture, dont le but est de compenser.

Et page 587, numéro 420 : « les manifestations de l'obligation de couverture sont diverses. Elle peut être convenue à titre accessoire (clause de couverture) ou principal (les contrats de couverture, comme les sûretés ou l'assurance...), être

classification tripartite des obligations de faire, de donner et de ne pas faire, un quatrième type d'obligation : l'obligation de *praestare* qui est définie comme étant l'obligation de garantir soit l'exécution d'une obligation (cas du cautionnement), soit la réparation d'un dommage (cas de l'assurance)<sup>561</sup>.

### c. Le rejet de la qualification de droit éventuel

177. L'obligation de couverture est une obligation différée, mais est-ce pour autant un droit « éventuel » ? Selon la doctrine<sup>562</sup>, « entre les droits conditionnels et les expectatives<sup>563</sup> il y a une catégorie intermédiaire qu'il convient de protéger, celle des droits éventuels ». En d'autres termes, le « droit » au droit projeté<sup>564</sup> est actuel, et il y a des prérogatives qui le protègent<sup>565</sup>. C'est donc plus qu'une espérance<sup>566</sup> mais moins qu'un droit pur et simple. Un auteur<sup>566</sup> est même allé plus loin, en considérant que « la condition n'est qu'une variété de l'éventualité, les droits conditionnels étant une catégorie de droits éventuels », à la différence de la doctrine mentionnée plus haut. Celle-ci distingue clairement entre droit éventuel et droit conditionnel, car dans l'hypothèse du droit conditionnel, la modalité est ajoutée par les parties, elle n'est pas exigée par la loi comme élément constitutif, contrairement au droit éventuel où cet élément est exigé.

L'expression « droit éventuel » figure à l'ancien article 791 du code civil<sup>567</sup>, et pour la cour de cassation<sup>568</sup>, « un droit éventuel est un droit encore imparfait qui ne réunit pas

---

inhérente (responsabilité contractuelle, garantie des vices cachés) ou adjointe au contrat. Son originalité procède de sa structure, elle est essentiellement conditionnelle, ainsi que de sa finalité : elle a pour fonction de remédier à une pathologie contractuelle, un risque. La contemplation du risque couvert permet d'éclairer les frontières entre les différentes garanties et participe à l'éclaircissement du régime de chacune de ses obligations. Une constante se dégage cependant : l'existence du risque est une condition d'existence de l'obligation de couverture, tandis que la réalisation du risque, conditionne son exigibilité.»

<sup>561</sup>N. Kanayama, *op. cit.*, page 377 : le contrat de garantie... doit être considéré comme un contrat type et l'obligation de garantir comme une prestation type, qui se retrouve dans plusieurs contrats.

<sup>562</sup>R. Demogue, « Des droits éventuels et des hypothèses ou ils prennent naissance », *RTD civ.*, 1905, page 723, et « De la nature et des effets du droit éventuel », *RTD civ.*, 1906, page 236. Voir aussi N. Titulesco, *Essai sur une théorie générale des droits éventuels*, thèse Bucarest, imprimerie Gutenberg, Joseph Gobl, 1908.

<sup>563</sup>Qui ne sont pas des droits juridiquement parlant, tel le droit éventuel à une succession.

<sup>564</sup>Qui est le véritable droit éventuel.

<sup>565</sup>Plusieurs mesures ont pour but de garantir l'acquisition du droit en cours de formation, tel les mesures conservatoires.

<sup>566</sup>J.-M. Verdier, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, préface H. Mazeaud, Rousseau, 1955, page 184 : « droit futur dont l'acquisition est déjà protégée, voire organisée par l'octroi d'un droit présent dont il constitue la finalité. »

<sup>567</sup>Ancien article 791 du code civil : « on ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession ».

<sup>568</sup>Cass. soc., 5 novembre 1987, numéro 83-43.630.

toutes les composantes nécessaires à son existence, sa perfection même dépendant d'éléments non seulement futurs, mais incertains ».

Comme exemple de droit éventuel on peut citer le droit du porteur du titre sur la provision, celle-ci devant seulement exister à l'échéance.

Le droit éventuel se rencontre dans l'hypothèse d'une situation juridique à formation successive<sup>569</sup>. Or la formation du contrat de transfert de risque est instantanée. C'est simplement l'exécution qui est retardée jusqu'à la réalisation de la condition ou l'arrivée du terme.

Le contrat de transfert de risque ne donne pas naissance à un droit éventuel, mais à un droit actuel, car l'éventualité est définie comme étant un élément essentiel du contrat qui fait défaut, à l'instar de la chose dans la vente d'une chose future ou l'autorisation pour un acte conclu par un incapable. Par contre, dans l'hypothèse d'un contrat de transfert de risque, tous les éléments constitutifs du contrat sont réunis au moment de la conclusion du contrat. D'ailleurs, l'intérêt de cette catégorie de « droits éventuels » est très restreint ; la doctrine qui est à l'origine même de cette catégorie affirme que « dans une large mesure le droit éventuel est voisin du droit conditionnel quant à sa réglementation »<sup>570</sup>.

### 3. La cause de l'obligation de couverture

178. Comme toute obligation, l'obligation de couverture doit avoir une cause<sup>571</sup>. S'agissant des contrats synallagmatiques consensuels, la cause de l'obligation, est l'obligation correspondante. S'agissant des contrats unilatéraux, la cause de l'obligation est soit une obligation préexistante comme dans le cas d'une promesse de payer une obligation naturelle, soit une obligation future comme dans le cas d'une promesse de contrat.

Pour illustrer nos propos, nous pouvons citer les exemples suivants : dans l'assurance et les dérivés de crédit, la contrepartie est la prime<sup>572</sup>. On peut désigner la prime par

---

<sup>569</sup> On peut citer la vente de chose future qui donne naissance à un droit éventuel quant à l'objet, ou la promesse unilatérale et le testament qui donnent naissance à un droit éventuel quant au consentement. On cite enfin le droit des héritiers réservataires qui est un droit éventuel d'origine légale.

<sup>570</sup>R. Demogue, « Des droits éventuels et des hypothèses ou ils prennent naissance », *RTD civ.*, 1905, page 725.

<sup>571</sup>Et non pas la cause du contrat, qui est définie comme étant le motif impulsif et déterminant.

<sup>572</sup>Le terme prime vient de « *primus* », qui signifie somme payée premièrement.

l'expression latine de *pretium periculi*<sup>573</sup>, qui souligne le fait que le montant de la prime dépend du coût du risque garanti.

Dans les sûretés personnelles et réelles, la cause de l'obligation de couverture est soit une rémunération soit une intention libérale. Cette deuxième possibilité se rencontre rarement dans le monde des affaires et se retrouve surtout en présence de rapports familiaux. C'est le cas notamment d'un cautionnement ou d'une hypothèque consentis en faveur d'un membre de la famille, ou d'une couverture d'assurance sans complément de primes<sup>574</sup>.

Dans la tontine en cas de mort, l'obligation de couverture a pour contrepartie une obligation de couverture réciproque.

S'agissant des contrats financiers conclus à titre de couverture, dans lesquels l'obligation de couverture se ramène à une obligation « de versement d'une différence orientée<sup>575</sup> », la contrepartie est soit une prime, comme pour les contrats d'options que le professeur Didier qualifie de contrat de différence de valeur à prime, soit une seconde obligation de versement d'une différence orientée, comme pour les contrats à terme, que l'auteur précité qualifie de contrats d'échange de différences de valeurs.<sup>576</sup>

179. L'existence de trois types de contrepartie dans les contrats de transfert de risque n'est pas sans nous rappeler les contrats de transfert de propriété : le contrat de vente dans le cas où la contrepartie de l'obligation de transférer la chose est un prix, le contrat d'échange dans le cas où la contrepartie est un transfert de propriété d'une autre chose, et le contrat de donation lorsque la contrepartie est une intention libérale. L'intérêt de cette distinction est le suivant : lorsque la contrepartie de l'obligation de prise en charge du risque est une prime, nous pouvons appliquer par analogie les exigences relatives au prix en matière de contrat de vente, à savoir les articles 1592 et 1593 du code civil. Le prix devant être sérieux, déterminé par les parties ou laissé à l'arbitrage d'un tiers.

---

<sup>573</sup>Prix du risque.

<sup>574</sup>Il s'agit d'un geste commercial de la part de l'assureur.

<sup>575</sup>Ph. Didier, « Les contrats de transfert de risque », in *Au-delà des codes : mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, 2011, page 166, numéro 41. L'adjectif « orientée » signifie fixer le sens de la différence, à la hausse ou à la baisse.

<sup>576</sup>Ph. Didier, « Les contrats de transfert de risque », *op. cit.*, page 167, numéro 45.

Quant au calcul de la contrepartie, il est proportionnel au risque couru par le débiteur de l'obligation de couverture<sup>577</sup>. En effet, un auteur a avancé que « la prime récompense la prise de risque par l'assureur et les intérêts récompensent la prise de risque par le banquier »<sup>578</sup>. En d'autres termes, plus le risque assumé est grand, plus la contrepartie de cette prise en charge sera élevée.

Les calculs de probabilité et les statistiques sont souvent utilisés pour fixer le prix de la couverture du risque. En matière d'assurance, on dit que le risque est « calculable ». Si la contrepartie n'est pas équivalente au risque assumé, il y a absence partielle de cause, dont la sanction, est selon la jurisprudence<sup>579</sup> une réduction.

Dans le cas particulier des contrats financiers, il convient de mentionner le *rating* ou la notation financière. Le *rating* est « un processus d'évaluation du risque attaché à un titre de créance, synthétisé en une note, permettant un classement en fonction des caractéristiques particulières du titre proposé et des garanties offertes par l'émetteur »<sup>580</sup>. Si le risque de défaillance est élevé, le taux de rémunération du prêt sera plus élevé<sup>581</sup>.

La note fonde la légitimité du prix proposé : « le prêteur exigeant une rémunération d'autant plus forte que le risque d'insolvabilité est élevé »<sup>582</sup>.

180. Lorsque la contrepartie de l'obligation de prise en charge du risque est un transfert de risque parallèle et en sens contraire, les règles sus-mentionnées n'ont plus de raison d'être. Ce transfert parallèle et en sens contraire n'est pas nécessairement équivalent au premier transfert<sup>583</sup>. En effet, « le défaut d'équivalence des prestations n'est pas un motif de nullité. Admettre le contraire c'est déjouer la règle selon laquelle la lésion n'est pas une cause de nullité de tous les contrats »<sup>584</sup>. D'ailleurs l'article 1706 du code civil précise que « *la rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans le contrat d'échange.* »

---

<sup>577</sup>Cette corrélation entre le risque et le prix est très accentuée: la prime est calculée en fonction du risque. De même en cas d'aggravation du risque, l'assureur peut demander un surplus et inversement en cas de diminution du risque, l'assuré a droit à une diminution.

<sup>578</sup>H. Barbier, *La liberté de prendre des risques*, op. cit.

<sup>579</sup>Cour de cassation, première chambre civile, 11 mars 2003, numéro 99-12.628.

<sup>580</sup>D. Karyotis, *La notation financière, une nouvelle approche du risque*, page 16.

<sup>581</sup>*Ibidem*, page 143.

<sup>582</sup>F. Drummond, Th. Bonneau, *Les marchés financiers*, op. cit., page 337, numéro 245.

<sup>583</sup>Dans le contrat d'échange il est possible de prévoir une soulte, mais elle n'est pas exigée pour la validité de l'échange.

Dans cette hypothèse et jusqu'à la réalisation de la condition ou l'arrivée de l'échéance, le débiteur de l'obligation de couverture demeure inconnu, le risque pesant alternativement sur les deux contractants. De sorte qu'il est impossible de déterminer quel contractant ou quel groupe de créanciers est en droit de prendre des mesures conservatoires de la créance de couverture durant la « phase d'attente »<sup>585</sup>.

181. Lorsque la contrepartie de ladite obligation est une intention libérale, le contrat de transfert de risque est requalifié en donation indirecte, ce qui a pour conséquence l'application des règles relatives au rapport<sup>586</sup> et à la réduction<sup>587</sup>. La règle de forme prévue à l'article 931 du code civil<sup>588</sup> est inapplicable dans le cas des dons manuels, des donations indirectes et des donations déguisées<sup>589</sup>.

## B. La signification du terme « transfert »

182. Le transfert de risque n'est pas la novation par changement de débiteur, hypothèse dans laquelle le créancier a un nouveau débiteur, en général plus solvable que le débiteur initial. Il y a donc *a priori* transfert du risque de défaillance sur la tête du nouveau débiteur. Mais la novation n'entraîne pas à proprement parler un transfert de risque, il s'agit plus exactement d'une succession de rapports de droits. Lorsque naît le second rapport, le premier meurt<sup>590</sup>, il ne peut donc être transmis. La novation par changement de débiteur entraîne une décharge économique et juridique du risque de crédit, vu l'altération des rapports obligatoires.

---

<sup>584</sup>F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, page 374, numéro 354.

<sup>585</sup>Voir *infra* numéros 368 à 371.

<sup>586</sup>Article 843 du code civil : « tout héritier, même ayant accepté à concurrence de l'actif, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donations entre vifs, directement ou indirectement ; il ne peut retenir les dons à lui faits par le défunt, à moins qu'ils ne lui aient été faits expressément hors part successorale. Les legs faits à un héritier sont réputés faits hors part successorale, à moins que le testateur n'ait exprimé la volonté contraire, auquel cas le légataire ne peut réclamer son legs qu'en moins prenant ».

<sup>587</sup>Article 918 du code civil : « la valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdus, ou avec réserve d'usufruit à l'un des successibles en ligne directe, est imputée sur la quotité disponible. L'éventuel excédent est sujet à réduction. Cette imputation et cette réduction ne peuvent être demandées que par ceux des autres successibles en ligne directe qui n'ont pas consenti à ces aliénations ».

<sup>588</sup>« Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats; et il en restera minute sous peine de nullité. »

<sup>589</sup>« Les donations indirectes, comme les donations déguisées échappent aux règles de forme édictées par l'article 931 du code civil pour la validité des donations entre vifs ». Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 novembre 1961, *Bull. civ.* I, numéro 553.

<sup>590</sup>E. Bouretz, *Les crédits consortiaux internationaux*, page 215, numéro 335.

183. « Vu du côté du cédant du risque, le transfert n'est que l'organisation de la compensation des pertes qui surviendront si le risque se réalise. Vu du côté du cessionnaire du risque, le transfert est l'exposition volontaire à une perte (la somme qu'il versera) que l'on fait dépendre d'un évènement incertain (la réalisation du risque auquel est exposée la première partie). »<sup>591</sup>

« Le transfert de risque n'est donc pas une prestation contractuelle ; « La sécurité, à travers la couverture, n'est pas un bien : elle s'éprouve mais jamais ne se transmet, ni ne s'attribue. »<sup>592</sup> C'est donc par le biais d'une obligation de couverture que les conséquences dommageables d'un évènement incertain, sont transmises du patrimoine d'un contractant A vers le patrimoine d'un contractant B, déplacement qui se matérialise par un traitement comptable particulier<sup>593</sup>. Le transfert résulte de la coïncidence entre le dommage subi en cas de réalisation du risque et de la situation qui résulte du dénouement du contrat, cette coïncidence aboutissant à une compensation de l'une par l'autre »<sup>594</sup>.

Aux termes de notre analyse, il semble qu'il conviendrait de prendre le terme « transfert » dans son sens commun de déplacement<sup>595</sup> des conséquences dommageables d'un évènement incertain, du patrimoine d'un contractant A vers le patrimoine d'un contractant B, déplacement qui se matérialise par une écriture comptable<sup>596</sup>.

184. Le transfert de risque, au sens de déplacement, se fait en principe immédiatement, dès la conclusion du contrat, sauf volonté contraire des parties<sup>597</sup>, comme par exemple la prise d'effet retardée dans le contrat d'assurance. Dans cette hypothèse, les parties peuvent prévoir que le contrat ne prendra effet que le lendemain à midi suivant la signature du contrat, ou après le paiement de la première prime, ou à une date fixe.

Ce décalage entre la conclusion du contrat et le transfert de risque par la volonté des parties peut avoir lieu dans toute figure de contrat de transfert de risque, et non seulement dans le cadre d'un contrat d'assurance.

---

<sup>591</sup>Ph. Didier, « Les contrats de transfert de risque », *op. cit.*, page 158, numéro 21.

<sup>592</sup>V. Mazeaud, *op. cit.*, page 137, numéro 108.

<sup>593</sup> Voir *infra* numéros 187 et 188.

<sup>594</sup>Ph. Didier, *op. cit.*, page 158, numéro 22.

<sup>595</sup>Vocabulaire juridique Cornu.

<sup>596</sup>Voir *infra* numéros 187 et 188.

<sup>597</sup>Dans le contrat de vente, le transfert de propriété se fait également *solo consensu*, sauf volonté contraire des parties, à travers une clause de réserve de propriété, chose future ou chose fongible.

Dans certains cas, le législateur prévoit expressément la prise d'effet. C'est le cas de l'article L172-1 du code des assurances qui dispose : « *l'assurance ne produit aucun effet lorsque les risques n'ont pas commencé dans les deux mois de l'engagement des parties ou de la date qui a été fixée pour prise en charge.*

*Cette disposition n'est applicable aux polices d'abonnement que pour le premier aliment.»*

Dans le contrat de vente, le transfert de propriété peut être retardé, non seulement par la volonté des parties, mais dans deux autres hypothèses également. D'abord dans le cas de la vente de choses de genre, et cela jusqu'à l'individualisation. En appliquant cette hypothèse par analogie au contrat de transfert de risque, on peut dire que le risque est toujours individualisé du fait de sa détermination par les parties.

Ensuite lorsqu'il s'agit de la vente de choses futures, le transfert de propriété est retardé jusqu'à l'existence de la chose. Nous avons déjà démontré que l'existence du risque est un élément de qualification. Il est donc normal de retarder le transfert du risque jusqu'au jour de son existence. C'est le cas par exemple d'une assurance vol sur une voiture, qui ne prendra effet que lors de l'achat de la voiture, c'est-à-dire lorsque le risque de vol prendra naissance.

Le transfert de risque peut non seulement être retardé, il peut être anticipé. C'est le cas du risque putatif, cas dans lequel au jour de la conclusion du contrat, le risque est déjà réalisé, mais les parties l'ignorent. Dans cette hypothèse, le transfert de risque s'opère rétroactivement au jour où le risque est né.<sup>598</sup>

185. Le transfert de risque peut être unilatéral, c'est-à-dire du côté d'un seul contractant, comme dans le contrat d'assurance et dans les sûretés.

Il peut également être synallagmatique, c'est-à-dire du côté des deux contractants, comme dans les contrats financiers conclus à titre de couverture et la tontine en cas de décès.

Cette distinction affecte l'exécution du contrat de transfert de risque : lorsque le transfert est synallagmatique, le risque pèse alternativement sur (A) et sur (B), et à l'arrivée de l'échéance, un solde sera calculé puis réglé. Cette distinction influence également sur la phase qui s'étend entre la conclusion du contrat et la réalisation du risque: dans l'hypothèse d'un transfert de risque synallagmatique, la situation ne se

---

<sup>598</sup> Voir *infra* numéro 237.

crystallise qu'au jour de l'échéance, de sorte que l'on ne peut déterminer lequel des deux contractants est créancier ou débiteur de l'obligation de couverture. Ce qui conduit à deux difficultés : d'abord lequel des deux contractants pourra prendre des mesures conservatoires de sa créance<sup>599</sup>? Ensuite quel groupe de créanciers pourra procéder à une saisie conservatoire: ceux du contractant (A), ou bien ceux du contractant (B)<sup>600</sup>? Ces difficultés ne se rencontrent pas lorsque le transfert de risque est unilatéral, le débiteur de l'obligation de couverture étant déterminé invariablement au jour du contrat.

186. Le transfert peut être total comme dans le cautionnement indéfini d'une obligation principale<sup>601</sup>, ou partiel comme dans le cas de la sous assurance ou le cautionnement contracté pour une partie de la dette seulement<sup>602</sup>.

Le transfert peut être occulte, comme dans le cas du *pool* occulte en risque, qui n'est autre qu'un cautionnement octroyé à l'insu du débiteur. Il peut aussi être révélé, comme dans la coassurance.

Enfin, le transfert peut être définitif ou provisoire : il est définitif lorsque le débiteur de l'obligation de couverture ne dispose pas d'un recours subrogatoire<sup>603</sup>. Il est au contraire provisoire<sup>604</sup>, lorsque le débiteur de l'obligation de couverture dispose d'un tel recours<sup>605</sup>.

## §2-L'analyse comptable

187. La conclusion d'un contrat de transfert de risque n'est autre que l'aménagement contractuel de la compensation des pertes pécuniaires résultant de la réalisation d'un évènement incertain. Cette conclusion va engendrer deux mouvements comptables :

---

<sup>599</sup>Voir *infra*, pages 213 et 214.

<sup>600</sup>Voir *infra*, page 215 et s.

<sup>601</sup>Article 2293 du code civil : « le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution. Lorsque ce cautionnement est contracté par une personne physique, celle-ci est informée par le créancier de l'évolution du montant de la créance garantie et de ces accessoires au moins annuellement à la date convenue entre les parties ou, à défaut, à la date anniversaire du contrat, sous peine de déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités ».

<sup>602</sup>Article 2290 du code civil : « le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses. Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses. Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul : il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale ».

<sup>603</sup>Dans l'assurance vie, la réassurance, la tontine, la titrisation synthétique, les contrats financiers et les *pools*.

<sup>604</sup>Voir *infra* numéros 294 à 306.

<sup>605</sup>Assurance de dommage, cautionnement, et garantie autonome.

le premier affecte le patrimoine du débiteur de l'obligation de couverture, le second, celui du créancier de ladite obligation.

Pour mieux comprendre ce mouvement, il faut commencer par préciser que les règles comptables exigent la constitution de provisions<sup>606</sup> afin de permettre à l'entité économique de faire face à des éventuelles pertes. En effet, la provision est un montant inscrit au passif du bilan d'une entreprise, comme anticipation d'une perte ou d'une charge probable. Sa constitution est facultative. Le recours aux provisions se justifie en présence d'un passif qui comporte une part d'incertitude quant à son échéance ou à son montant<sup>607</sup>.

La doctrine distingue deux catégories générales de provisions : les provisions pour dépréciation (de la valeur des éléments d'actif de l'entreprise, tel les immobilisations, les stocks, les titres en portefeuille, les créances douteuses ou litigieuses) et les provisions pour risques et charges (risque de change<sup>608</sup>, de fluctuation des cours des matières premières, de litiges, de travaux, de dépenses de personnel...). Il existe aussi des provisions règlementées<sup>609</sup>.

188. Pour pouvoir inscrire une provision, il convient de respecter les conditions de fond suivantes: il faut que la perte ou la charge soit probable, donc ni éventuelle (simple risque d'ordre général qu'aucun événement particulier ne viendrait confirmer), ni certaine. Les pertes que pourrait engendrer la réalisation d'un risque, remplissent les conditions de fond sus-mentionnées. Ce qui signifie qu'il est possible pour une entité soumise à un risque quelconque, d'inscrire des provisions dans son bilan.

C'est le cas notamment des provisions de « propre assureur » ou la « *self insurance* »<sup>610</sup>, qui permettent de faire face à la perte qui résulterait de la survenance d'un sinistre en vue duquel l'entreprise ne s'est pas assurée<sup>611</sup> ou est insuffisamment assurée. La déduction de ses sommes est admise à condition que leur montant ne dépasse pas celui des primes qui seraient normalement versées à une compagnie

---

<sup>606</sup>Les provisions sont prévues à l'article 39- 1- 5° du CGI. Elles sont déductibles de l'assiette de l'impôt.

<sup>607</sup>Et cela, contrairement à la dette, qui s'analyse comme un passif certain.

<sup>608</sup>Notamment lorsque l'entreprise a des créances sur l'étranger.

<sup>609</sup>Au lieu que le législateur n'octroie des subventions, il permet la constitution de provisions déductibles de l'assiette de l'impôt. Exemple : provision pour fluctuation des cours des matières premières, prévues à l'article 39, 1, 5°, alinéas 5 à 10 du CGI.

<sup>610</sup>Que l'entreprise se constitue son propre assureur pour la totalité du risque ou qu'elle complète l'insuffisance d'une assurance ordinaire.

d'assurance pour les garantir. Ces sommes devront être réintégrées dès qu'elles se révèlent inutiles, par exemple dès que l'entreprise contracte une assurance régulière. En effet, une provision devient sans objet lorsque le risque de perte ou de charge en vue duquel elle a été constituée vient à disparaître<sup>612</sup>. Plus concrètement, une perte ou une charge n'est pas considérée comme probable lorsqu'elle est couverte par un contrat d'assurance destiné à en couvrir le risque<sup>613</sup>. Ce qui signifie que lorsqu'un contrat de transfert de risque est conclu, la provision inscrite dans le bilan du cédant du risque<sup>614</sup>, devient sans objet, et le montant doit être réintégré dans les bénéfices. Quant au cessionnaire du risque, il devrait constituer une provision pour charges. Par conséquent, la conclusion d'un contrat de transfert de risque, engendre le double mouvement comptable suivant : réintégration des provisions pour risque dans les bénéfices du cédant du risque et inscription de provisions pour charges dans le bilan du cessionnaire du risque.

---

<sup>611</sup>L'assurance est tellement entrée dans les mœurs qu'elle s'impose dans une gestion correcte et a un caractère obligatoire pour l'administrateur. Il a été jugé notamment qu'il y avait faute engageant la responsabilité de l'administrateur qui ne souscrit pas de contrat d'assurance.

<sup>612</sup>Provision d'une créance douteuse, qui vient d'être payée. Il convient de préciser qu'une provision devient partiellement sans objet lorsqu'elle a été constituée pour un montant supérieur à celui de la perte réalisée.

<sup>613</sup>Cour d'appel de Versailles, 13 novembre 2007, n° 07125, *RJF* 05/2008, n° 540.

<sup>614</sup>Qu'il soit contractant ou non.

## Conclusion du chapitre 1

189. Un contrat de transfert de risque doit comporter les trois éléments constitutifs suivants : une fonction de couverture, un risque, et une obligation de couverture.

Le risque est un évènement incertain dans sa réalisation, dans le moment ou dans l'étendue de sa réalisation, auquel s'attachent des conséquences dommageables. Le risque ainsi défini, joue le rôle d'élément constitutif de qualification, dont l'absence est sanctionnée par la disqualification ou la nullité relative.

Il ressort de notre analyse que l'expression « transfert de risque », n'est pas assimilable à l'expression « transfert de propriété ». Le terme « transfert » doit donc être pris au sens premier de déplacement d'une charge pécuniaire d'un patrimoine à un autre, déplacement qui se traduit par un mouvement comptable d'inscription et de suppression de provisions. Autrement dit, l'opération « transfert de risque » se matérialise par la naissance d'une obligation de couverture assortie soit d'une condition suspensive, soit d'un terme suspensif.

Cette obligation de couverture peut être une obligation de donner une somme d'argent ou une obligation de faire, dont la contrepartie est un prix, une obligation de couverture réciproque, ou une intention libérale.

Par conséquent, le contrat de transfert de risque est l'accord de volonté en vertu duquel une partie dite «cessionnaire», s'engage à l'égard d'une autre partie dite « cédant »<sup>615</sup> à une obligation de faire ou de donner, en contrepartie d'une prime, d'un engagement réciproque ou par intention libérale, lorsque la réalisation d'un évènement incertain préalablement défini, engendre des conséquences dommageables pour le cédant<sup>616</sup>.

La notion de contrat de transfert de risque ayant été définie, il convient à présent d'en démontrer l'autonomie par rapport aux contrats voisins.

---

<sup>615</sup>Ou à l'égard d'un tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui.

<sup>616</sup>Ou à l'égard d'un tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui. C'est le cas d'une société mère qui conclut un contrat financier pour couvrir les risques de marché ou de défaillance que subit sa filiale.

## **Chapitre 2 : L'autonomie du contrat de transfert de risque**

190. L'autonomie démontrée des contrats de transfert de risque par rapport aux contrats voisins, justifie l'émergence d'une nouvelle catégorie de contrat, émergence qui présente un double intérêt. Cette nouvelle catégorie n'est pas sans nous rappeler l'article 174 du code des obligations et des contrats libanais<sup>617</sup>, ainsi que les propos d'un auteur<sup>618</sup> qui affirme que « le contrat de garantie tel l'assurance et le cautionnement... doit être considéré comme un contrat type et l'obligation de garantir comme prestation type, c'est-à-dire qui se retrouve dans plusieurs contrats. « Cette doctrine poursuit en avançant que « couvrir le risque résultant de l'aléa est de l'essence même de l'obligation de garantir, il s'agit de surmonter l'incertitude pour assurer la certitude. »<sup>619</sup>

### **Section 1 : La distinction avec les contrats voisins**

191. Le contrat de transfert de risque se distingue de la cession d'obligations (§1) et des garanties indemnitaires (§2).

#### **§1-L'autonomie par rapport à la cession d'obligations**

192. La cession d'obligations peut être soit une cession de créance (A), soit une cession de dette (B), soit une cession de contrat (C). Quelle que soit l'hypothèse, il ne s'agit pas d'un contrat de transfert de risque.

##### **A. La cession de créance**

193. La cession de créance est définie comme étant la convention en vertu de laquelle le cédant transmet au cessionnaire sa créance contre le débiteur cédé, dont le consentement n'est pas requis. Il y a donc une succession de rapports d'obligation.

---

<sup>617</sup>Cet article distingue entre les contrats d'acquisition et des contrats de garantie et dispose : « *les contrats sont d'acquisition ou de garantie, selon qu'ils ont pour objet de faire pénétrer une valeur nouvelle dans le patrimoine des parties ou de l'une d'elles ou bien de maintenir ce patrimoine dans son intégrité actuelle.* »

<sup>618</sup>N. Kanayama, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir », donner, faire, ne pas faire...et garantir? », in *Mélanges C. Mouly*, tome 2, Litec, 1998, page 377.

<sup>619</sup>*Ibid.*, numéro 393.

La jurisprudence a décidé que « des créances futures<sup>620</sup> ou éventuelles<sup>621</sup> peuvent faire l'objet d'un contrat, sous la réserve de leur suffisante identification »<sup>622</sup>.

Tout comme la créance, le risque est incorporel et est doté d'une valeur économique. La cession de créance est la transmission d'un actif, d'un patrimoine à un autre, ce qui n'est pas le cas du transfert de risque, qui opère la transmission d'une charge pécuniaire, donc d'un passif.

Mais cela ne signifie pas pour autant que le transfert de risque est une cession de dette.

## B. La cession de dette

194. « Les dettes ne sont jamais des biens... et « il n'est aucune opération dans le droit des biens qui ait pour but de faire acquérir un élément passif »<sup>623</sup>. Autrement dit, les dettes sont « des non biens »<sup>624</sup>.

La cession de dette est la convention par laquelle une personne s'engage à payer la dette d'autrui, son engagement ayant pour effet de libérer le débiteur principal. Celle-ci suppose un accord entre le débiteur cédant et le cessionnaire, sans intervention du créancier cédé. En droit français, la cession de dettes est prévue soit à cause de mort<sup>625</sup>, soit accessoirement à la transmission d'un bien<sup>626</sup>. En dehors de ces deux hypothèses, elle n'est pas interdite. Elle est soumise à la liberté contractuelle, à condition de respecter les deux conditions suivantes : le consentement du créancier, et la non libération du débiteur initial<sup>627</sup>. Ce qui signifie qu'elle entraîne une adjonction d'un rapport d'obligation et non pas une substitution d'un débiteur à un autre<sup>628</sup>. Par

---

<sup>620</sup>Article 1130 du code civil : « les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation.

*On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit, que dans les conditions prévues par la loi ».*

<sup>621</sup>Article L. 313-23 alinéa 2 du CMF relatif à la cession Dailly : « peuvent être cédées ou données en nantissement les créances liquides et exigibles, même à terme. Peuvent également être cédées ou données en nantissement les créances résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés ».

<sup>622</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 2001, *Bull. civ. I*, numéro 76.

<sup>623</sup>H. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, op. cit.*, page 1297, numéro 1277.

<sup>624</sup>*Ibid.*, page 105, numéro 101.

<sup>625</sup>Transmission universelle du patrimoine.

<sup>626</sup>Exemples : article 1743 alinéa 1 du code civil (« si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier, le métayer ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine ») et L. 121-10 alinéa 1 du code des assurances (« en cas de décès de l'assuré ou d'aliénation de la chose assurée, l'assurance continue de plein droit au profit de l'héritier ou de l'acquéreur, à charge par celui-ci d'exécuter toutes les obligations dont l'assuré était tenu vis-à-vis de l'assureur en vertu du contrat. »)

<sup>627</sup>Voir en ce sens, H., L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *op. cit.*, page 1299, numéro 1281, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, page 1293, numéro 1304, J. Carbonnier, *Droit civil, volume 2, les biens, les obligations, op. cit.*, page 2462, numéro 1238.

<sup>628</sup>Article 1138 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations : « un débiteur peut céder sa dette à une autre personne. « Le cédant n'est libéré que si le créancier y consent expressément. A défaut, le cédant est simplement garant des dettes du cessionnaire. »

contre, l'article 287 du code des obligations et des contrats libanais<sup>629</sup> prévoit la cession de dettes, toujours avec le consentement du créancier, mais avec pour effet de libérer le débiteur initial.

Dans un contrat de transfert de risque et au jour de la conclusion dudit contrat, il n'existe pas de dettes actuelles. Peut-on considérer pour autant que les pertes pécuniaires que pourrait engendrer la réalisation du risque sont des dettes futures, voire éventuelles ? Nous pensons aux assurances de responsabilité<sup>630</sup>, en vertu desquelles l'assureur garantit la dette future et éventuelle de son assuré. Cette hypothèse ne se ramène pas à une cession de dettes, car le contrat d'assurance, quel que soit son type, ne nécessite pas le consentement du créancier, à savoir, dans notre exemple, le tiers. Est-ce pour autant une reprise interne<sup>631</sup> de dettes ?

La reprise de dette est possible en vertu de la liberté contractuelle. Elle peut être définie comme étant l'accord de volonté en vertu duquel le débiteur initial, sans qu'il ne soit libéré, fait peser sur un tiers qui y consent la charge définitive d'une obligation qui ne lui incombe pas. Vis-à-vis du créancier, la reprise reste un *res inter alios acta*, dont il ne peut se prévaloir et on ne peut la lui opposer.

Les assurances de responsabilité ne sont pas non plus une reprise interne, car même si elles ne nécessitent pas l'accord du tiers, ce dernier peut s'en prévaloir par le moyen d'une action directe.

En dehors de l'hypothèse particulière de l'assurance de responsabilité, le cédant du risque qui désire se couvrir ne se trouve pas en position de débiteur par rapport à un tiers, mais en position de créancier d'une obligation de couverture. Ce qui signifie que la question de la qualification de cession de dettes ne se pose même pas.

---

<sup>629</sup>Article 287 alinéas 1 et 2 du code des obligations et des contrats libanais : « la reprise de dette peut être effectuée soit par voie de convention passée entre le créancier et le reprenant soit par un accord intervenu entre celui-ci et le débiteur. Dans ce dernier cas, son efficacité est subordonnée à l'approbation du créancier ; jusque là, les parties peuvent modifier l'opération ou même la supprimer ».

<sup>630</sup>Dans les autres assurances de dommage et dans les assurances de personnes, aucune dette ne sert de référence à celle de l'assureur.

<sup>631</sup>La reprise interne ne nécessite pas l'accord du créancier cédé. Elle est distincte de la délégation, vu que cette dernière requiert le consentement des trois parties, qu'elle soit parfaite ou imparfaite.

## C. La cession de contrat

195. La cession de contrat est « l'acte ayant pour objet le remplacement d'une partie par un tiers dans un rapport contractuel »<sup>632</sup>. Le contrat de transfert de risque crée un rapport contractuel autonome, il n'a pas pour objet d'opérer un quelconque remplacement.

### §2-L'autonomie par rapport aux garanties indemnitaires

196. En vertu d'une garantie indemnitaire, le garant s'engage à déployer tous ses moyens pour que le débiteur principal exécute son obligation. Si ce dernier défaille, le garant devra payer des dommages-intérêts au bénéficiaire, qui constituent l'exécution par équivalent de son obligation de prévention, conformément à l'article 1142 du code civil. L'obligation caractéristique n'est donc pas une obligation directe de couverture du risque, mais une obligation de prévention du risque<sup>633</sup>. En effet « le signataire engage sa responsabilité envers le bénéficiaire s'il n'exécute pas l'engagement souscrit. Ce sont les principes de la responsabilité et non ceux gouvernant les sûretés, qui sont alors appliqués. »<sup>634</sup> Affirmer qu'une garantie indemnitaire est un contrat de transfert de risque serait admettre que toute indemnisation mérite une telle qualification.

Il existe deux formes de garantie indemnitaire : la lettre d'intention (A) et le porte fort d'exécution (B).

#### A. La lettre d'intention

197. Les lettres d'intention sont d'origine anglo-saxonne, et sont désignées par l'appellation « *comfort letters* »<sup>635</sup>. En pratique, « une société intervient auprès d'un établissement de crédit afin que celui-ci accorde son concours à une autre société (filiale, partenaire), en promettant un renfort, sans se borner à une recommandation, qui, s'il est accepté, soumet son auteur à un contrat<sup>636</sup>, dont l'objet et la portée dépendent *in casu*, à partir des termes de la lettre, de la commune intention des

---

<sup>632</sup>J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, les obligations, le rapport d'obligation, op. cit.*, page 363, numéro 396.

<sup>633</sup>V. Mazeaud, *op. cit.*, page 265, numéro 180 et s.

<sup>634</sup>D. Legeais, *Rep. Civ.*, « Sûretés », numéro 38.

<sup>635</sup>Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes et garanties indemnitaires, op. cit.*, page 1015, numéro 997.

<sup>636</sup>Et non seulement moral.

parties : maintenir sa participation, soutenir la trésorerie de l'emprunteur, se substituer à lui en cas de défaillance, etc... »<sup>637</sup>

On peut classer les lettres d'intention en quatre catégories : lettre sans portée juridique, lettre requalifiée en cautionnement, lettre donnant naissance à une obligation de résultat<sup>638</sup>, et lettre donnant naissance à une obligation de moyens<sup>639</sup>. La qualification est tributaire de la rédaction faite par les parties de ladite lettre, qui sont libres d'envisager l'une des quatre options sus-mentionnées. Les seules lettres d'intention qui présentent une réelle spécificité sont celles qui n'expriment qu'une obligation de moyens. Les autres sont soit dépourvues de contenu juridique, soit constitutives d'un cautionnement, soit encore réductibles à une promesse de portefort.

198. La différence avec le cautionnement réside dans le fait que « le garant a une obligation positive, un comportement actif, alors que la caution reste purement passive »<sup>640</sup>. Autrement dit, « le cautionnement engendre exclusivement une obligation de couverture du risque, tandis que la lettre de garantie donne naissance à une obligation de prévention du risque. Ce n'est que lorsque cette dernière prestation n'est pas correctement exécutée que le créancier pourra prétendre au bénéfice d'une classique obligation de couverture, selon le mécanisme de la responsabilité contractuelle. L'originalité des garanties indemnitaires s'explique par leur caractère préventif plus que par leur caractère indemnitaire. »<sup>641</sup>

199. L'arrêt qui a posé les jalons de la lettre d'intention est celui de la chambre commerciale du 21 décembre 1987<sup>642</sup> : « *une telle lettre d'intention est constitutive d'une obligation de faire, dont l'inexécution conformément aux dispositions de l'article 1142, se résout en dommages-intérêts* ». Cette obligation de faire pouvant être de moyens ou de résultat.

---

<sup>637</sup>Vocabulaire juridique Cornu.

<sup>638</sup>Garder sa participation dans la filiale, obligation d'information comme celle d'avertir le créancier d'un changement de contrôle, maintenir un compte-courant d'associé.

<sup>639</sup>Faire tout son possible pour que la filiale exécute ses engagements. Alors que pour une obligation de résultat il s'agit de « faire le nécessaire ». Voir cassation, chambre commerciale, 17 mai 2011, numéro du pourvoi 09-16.186 : « la société n'a pas entendu souscrire un cautionnement, elle a contracté une obligation de faire, en s'engageant à faire en sorte que la situation financière de sa filiale lui permette de remplir ses engagements à tout moment vis-à-vis de la banque et ce d'autant qu'elle s'engage à mettre à disposition de sa filiale les fonds pour faire face à son emprunt et à veiller à ce qu'ils soient utilisés à cette fin. »

<sup>640</sup>V. Mazeaud, *op. cit.*, page 270, numéro 183.

<sup>641</sup>*Ibidem*, page 384, numéro 259.

<sup>642</sup>Arrêt société *Tolra*, Cass. com., 21 décembre 1987, *Bull. civ. IV*, 1987, n° 281 page 210.

La lettre d'intention, une fois acceptée par son bénéficiaire est un contrat en vertu duquel une personne physique ou morale<sup>643</sup> promet de faire en sorte que le débiteur principal s'exécute à l'échéance. Il s'agit de la prestation caractéristique, obligation de faire qui se résout en dommages-intérêts conformément au droit commun. Il ne s'agit pas, comme dans le cas du cautionnement, de l'obligation de payer la dette même du débiteur, ou comme dans le cas de la garantie autonome, de l'obligation de payer une somme forfaitairement déterminée à l'avance.<sup>644</sup> Ce qui signifie que le souscripteur de la lettre d'intention n'est pas tenu d'une obligation conditionnelle de payer à la place du débiteur, mais d'une obligation de soutien. S'il n'exécute pas cette dernière obligation, il va devoir indemniser le créancier. Le fondement de sa dette d'indemnisation se situe dans une faute personnelle, et non dans une forme de co-obligation.

Autrement dit, le garant s'engage à déployer tous les moyens en vue de la bonne exécution du contrat de base. En cas d'inexécution de celui-ci, malgré les efforts déployés, il y aura réparation du dommage causé par l'inexécution du contrat de base, comme le non recouvrement de la créance, et les frais de justice.

La question de savoir si la lettre d'intention revêt un caractère accessoire ou autonome ne se pose pas ; la lettre d'intention, et toute garantie indemnitaire en général vise à réparer le dommage causé par l'inexécution d'une obligation principale. Le raisonnement se fait donc en termes de responsabilité civile, c'est-à-dire en termes de faute, dommage et lien de causalité.

200. La lettre d'intention sera mise en œuvre lorsque le débiteur est défaillant ; le créancier devra alors prouver que le garant n'a pas exécuté son obligation, et il devra prouver le lien de causalité entre la non exécution et la défaillance du débiteur.

Le garant peut s'exonérer en apportant la preuve de la force majeure, par exemple qu'il ne pouvait continuer à soutenir la filiale qu'en compromettant sa propre existence<sup>645</sup>.

---

<sup>643</sup>Professionnelle ou non professionnelle, réglementée ou non réglementée.

<sup>644</sup>Ph. Simler, *J.-Cl. Civil Code*, article 2322.

<sup>645</sup>J. Francois, *Les sûretés personnelles*, tome VII, sous la direction de Ch. Larroumet, *Economica*, page 427, numéro 480.

## B. La promesse de porte fort

201. Le code civil traite de la promesse de porte fort à l'article 1120 du code civil<sup>646</sup>.

La promesse de porte-fort a été définie par la jurisprudence comme étant « l'engagement personnel autonome d'une personne, qui promet à son contractant d'obtenir l'engagement d'un tiers à son égard. »<sup>647</sup>

La doctrine en donne la définition suivante : « convention par laquelle une personne s'engage envers une autre qui accepte le risque, à obtenir l'approbation d'un tiers à un acte envisagé, et s'expose personnellement à une indemnité, pour le cas où ce tiers, comme il est libre de le faire, refuserait de ratifier l'acte. »<sup>648</sup>

En pratique, une personne se porte fort pour une autre, le plus souvent incapable, en ce sens que cette dernière va ratifier le jour où cesse l'incapacité, ou en attendant l'autorisation du conseil de famille.

202. Mais rien dans la lettre de l'article 1120 du code civil<sup>649</sup>, n'empêche que la promesse de porte-fort soit d'exécution et non seulement de ratification. Par conséquent, la technique du porte-fort voit son champ d'application considérablement étendu, pour devenir une forme de garantie<sup>650</sup>. Cette solution est affirmée par la jurisprudence<sup>651</sup>. Dans la promesse de porte fort, l'obligation caractéristique est l'obligation du promettant d'obtenir le consentement d'un tiers<sup>652</sup> ou l'exécution par un tiers<sup>653</sup>, en contrepartie d'une rémunération ou gratuitement. Selon la lettre de

---

<sup>646</sup>Article 1120 du code civil : « néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement. »

L'article 226 du code des obligations et des contrats libanais traite aussi de la promesse de porte-fort et dispose : « cette règle ne comporte point d'exception au point de vue passif : la promesse pour autrui lie bien son auteur s'il a joué le rôle de porte-fort et s'il s'est engagé à rapporter le consentement du tiers ; mais celui-ci conserve toute liberté pour accorder ou refuser sa ratification.

*Le refus de ratification n'engage donc aucunement la responsabilité du tiers, mais elle rend le porte-fort passible de dommages-intérêts à raison de l'inexécution de l'obligation de faire qu'il avait assumée, expressément ou tacitement.*

*La ratification remonte quant à ses effets entre les parties, au jour du contrat ; vis-à-vis des tiers, elle n'est efficiente que du jour où elle est donnée. »*

<sup>647</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janvier 2005, *Bull. civ.* I, numéro 43.

<sup>648</sup>Vocabulaire juridique Cornu.

<sup>649</sup>Cet article désigne l'objet de l'engagement du promettant comme le « fait d'un tiers » sans limiter ce fait au consentement à un acte juridique que le promettant aurait conclu sans pouvoir.

<sup>650</sup>Le schéma est le suivant : une personne A se porte-fort auprès d'une autre B de ce qu'une troisième C exécutera son obligation. Cela constitue une garantie pour B de nature personnelle, qui dispose désormais d'un droit contre une personne autre que son débiteur.

<sup>651</sup>Cass. com., 14 janvier 1980 : « le porte fort classique est un porte-fort de ratification, mais rien n'empêche qu'il soit un porte fort d'exécution ». Voir aussi, commerciale, 13 décembre 2005, *Bull. civ.* IV, numéro 256 : « celui qui se porte fort pour un tiers en promettant la ratification par ce dernier d'un engagement, est tenu d'une obligation autonome dont il se trouve déchargé dès la ratification par le tiers. Tandis que celui qui se porte fort de l'exécution d'un engagement par un tiers s'engage accessoirement à l'engagement principal souscrit par le tiers à y satisfaire si le tiers ne l'exécute pas lui-même. »

<sup>652</sup>Dans le cas d'une promesse de porte fort de ratification.

<sup>653</sup>Dans le cas d'une promesse de porte fort d'exécution.

l'article 1120 du code civil<sup>654</sup>, la sanction de la non exécution de la promesse est « l'indemnité d'ue par celui qui s'est porté fort ». D'où l'appellation « garantie indemnitaire ».

Selon un auteur, le porte-fort d'exécution comporte en plus, une obligation de prévention du risque, car vu que la jurisprudence a retenu son caractère accessoire, sans ladite obligation de prévention, on ne voit plus qu'est ce qui la différencie du cautionnement »<sup>655</sup>.

La promesse de porte-fort d'exécution peut parfois se confondre avec la lettre d'intention. Mais pour que la distinction soit bien tranchée entre ces deux contrats, il faudrait considérer que dans la lettre d'intention, le garant est tenu d'une obligation de moyens, alors que dans le cas d'une promesse de porte-fort, le promettant est tenu d'une obligation de résultat<sup>656</sup>. Cependant, dans un arrêt non publié (ce qui autorise à en limiter la portée), la chambre commerciale de la Cour de cassation a semblé admettre que le porte-fort pouvait sous-tendre une obligation de moyens<sup>657</sup>.

203. Par contre, dans un contrat de transfert de risque, l'obligation caractéristique est une obligation de couverture principale. On peut donc déduire que la promesse de porte fort d'exécution n'est pas un contrat de transfert de risque, même si au final, les dommages-intérêts, consitutifs d'une exécution par équivalent, viendront compenser les pertes subies du fait de la non exécution de l'engagement principal.

Pour que le porte-fort soit tenu de payer les dommages-intérêts, il faut qu'il existe un lien de causalité entre l'inexécution fautive de l'obligation du débiteur garanti, et le préjudice subi par le bénéficiaire de la promesse. Le porte-fort ne peut être tenu si l'inexécution est d'ue à la force majeure ou si le préjudice résulte non pas de l'inexécution, mais de la nullité de l'obligation.

L'autonomie démontrée des contrats de transfert de risque par rapport aux contrats voisins justifie de faire émerger une nouvelle catégorie. Cette dernière présente un double intérêt, que nous allons examiner ci-après.

---

<sup>654</sup>Et l'article 226 du code des obligations et des contrats libanais cité *supra* dans la note de bas de page numéro 645.

<sup>655</sup>V. Mazeaud, *op. cit.*, page 386 numéro 260.

<sup>656</sup>C. Aubert de Vincelles, *V° Porte-fort, Rep. Civ. Dalloz*, numéros 9 et 10.

<sup>657</sup>Com. 29 février 2000, numéro 96-13.604, inédit.

## **Section 2 : L'intérêt de cette autonomie**

204. Le rattachement d'une figure contractuelle atypique à la catégorie des contrats de transfert de risque permet d'une part l'application du régime juridique approprié (§1) et d'autre part la possibilité de conclure des contrats innommés de transfert de risque (§2).

### **§1-La sécurisation du régime juridique des contrats de transfert de risque nommés**

205. François Gény parlait d'une « hantise des contrats dénommés, spécifiés, déterminés et suivant des types rigides »<sup>658</sup>. Il existe en effet une tendance des juges à tout ramener aux contrats nommés pour satisfaire à des exigences d'ordre et de sécurité juridique. En d'autres termes, tout juriste a une tendance naturelle à trouver le réconfort dans les catégories préexistantes, afin d'identifier le régime juridique applicable.

Deux types de contrats de transfert de risque ont fait couler beaucoup d'encre lorsqu'il s'agissait de les qualifier. Il s'agit d'abord des dérivés de crédit (A), et ensuite des autres contrats financiers (B).

#### **A. Le cas des dérivés de crédit**

206. L'inconvénient était d'assimiler les dérivés de crédit à des opérations soumises à un monopole, à savoir l'assurance<sup>659</sup> et l'opération de crédit<sup>660</sup>. En effet, il existe une réglementation qui institue au profit de certaines entités spécifiquement agréées, un monopole sur certaines prestations<sup>661</sup>, dont la violation est assortie de sanctions civiles et pénales.

En pratique, un opérateur déçu de son opération, va la dénoncer en arguant de la violation d'un des monopoles, à travers une requalification. Certes, la question du

---

<sup>658</sup>F. Gény, *Science et technique*, tome 3, page 135 numéro 209.

<sup>659</sup>Il s'agit de l'article L. 310-2 du code des assurances, qui sanctionne la violation du monopole par la nullité, sauf bonne foi.

<sup>660</sup>L'article L. 511-5 du CMF dispose : « Il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel.

Il est, en outre, interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit de recevoir à titre habituel des fonds remboursables du public ou de fournir des services bancaires de paiement». Cet article ne mentionne pas la sanction de la violation dudit monopole. L'article L. 311-1 du CMF définit les opérations de banques soumises au monopole, et l'article L. 311-2 définit les opérations connexes, non soumises au monopole.

risque de nullité est, aujourd'hui, en partie réglée par les dispositions de l'article L. 432-20 qui pose le principe de la validité des contrats financiers « *alors même qu'ils feraient l'objet de dispositions législatives spéciales* »<sup>662</sup>. Cette disposition permet d'exclure tout moyen ou exception de nullité tiré d'un texte spécial, à l'instar des textes relatifs au monopole des opérations de banque ou d'assurance. Toutefois, la question présente encore un intérêt, pour apprécier notamment la possibilité d'appliquer une sanction pénale attaché à la violation de ces règles.

## 1. La qualification de contrat d'assurance<sup>663</sup>

207. La doctrine soutient que les trois éléments essentiels du contrat d'assurance, à savoir le risque, la prime et l'indemnité, sont réunis dans les dérivés de crédit.

Toutefois, les arguments contre une qualification des dérivés de crédit de contrats d'assurance ne manquent pas. En effet, dans le cas des dérivés de crédit, il n'y a pas de mutualisation des risques mais basculement des risques du contractant (A) vers le contractant (B), et non pas du contractant (A) vers la collectivité des investisseurs<sup>664</sup>. On peut répondre à cet argument par le fait que la mutualisation n'est pas de l'essence du contrat d'assurance et se rattache seulement à un domaine technique. On peut même dire que c'est le marché qui crée la mutualisation. Un autre argument contre cette qualification en opération d'assurance est l'absence de recours subrogatoire. Cet

<sup>661</sup>Il s'agit de l'article L. 531-10 du CMF qui instaure un monopole pour les PSI, avec des exceptions formulées à l'article L. 531-2. De même, l'article L. 511-5 du même code instaure un monopole pour les établissements bancaires.

<sup>662</sup>On peut inclure les lois étrangères susceptibles de s'appliquer en droit international, et qui seraient moins libérales.

<sup>663</sup>En faveur de cette opinion, F. Drummond, « Le contrat financier », *op. cit.*, page 665, P. Didier, *Droit commercial*, Tome 3, *Le marché financier, le groupe de sociétés*, PUF, 1993 page 257 : « le marché à terme est un contrat d'assurance déguisé en contrat de vente et d'achat, ou si l'on préfère, un contrat de vente qui remplit la même fonction économique que le contrat d'assurance ». Voir aussi, M. Jeantin, P. Le Cannu, T. Garnier, *Droit commercial, Instruments de paiement de crédit et de titrisation*, 8ème édition, Paris, 2010, coll. Précis Dalloz, numéro 892. E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial à l'exception du droit maritime*, *op. cit.*, page 722, numéro 975, R. Rastit, *De la cause dans les marchés à terme*, thèse Aix-Marseille, 1931.

Pour une opinion plus nuancée, voir J.-P. Mattout, *Droit bancaire international*, Revue banque Edition, 2009, *op. cit.*, page 462, numéro 472 : les contrats à terme de taux d'intérêt FRA (garantie de taux d'intérêt) sont, selon l'auteur des contrats *sui generis* inspirés sur le plan économique du contrat d'assurance.

Autre solution nuancée: A. de Lummen, « Contribution à l'étude des dérivés de crédit », avant-propos A. Pézard, *Banque et Droit* n° 75 janvier-février 2001, pages 18 et 19 : le *credit default swap* est un contrat d'assurance, et non pas une opération d'assurance qui nécessite une mutualisation. Par conséquent, l'article L. 111-1 du code des assurances qui détermine le champ d'application des règles prévues par ledit code, vise l'opération d'assurance et non le contrat d'assurance. Il n'est donc pas applicable aux dérivés de crédit, qui ne seront pas soumis au principe indemnitaire et à l'exigence de l'intérêt d'assurance. A. Gaudemet, *Les dérivés*, *op. cit.* : l'auteur refuse la qualification des dérivés de crédit de contrat d'assurance.

<sup>664</sup>Voir en ce sens, D. Lautier, R. Lambinet, « Le rôle du terme et du sous-jacent dans la formation des prix des matières premières, analyse économique », in *Droit, économie et marchés de matières premières agricoles*, sous la direction de F. collart Dutilleul et E. Le Dolley, LGDJ, 2013, page 90.

argument n'est pas dirimant puisque dans les assurances vie et dans les assurances de catastrophes naturelles ce recours n'existe pas non plus.

On a soulevé également l'idée selon laquelle les dérivés de crédit, et contrairement aux contrats d'assurance, n'obéissent pas au principe indemnitaire. Cette opinion peut être nuancée au regard du contrat d'assurance vie: il n'existe pas à proprement parler de préjudice lorsque l'assuré reste en vie à une date donnée, et nous sommes bel et bien en présence d'un contrat d'assurance. Plus généralement, dans les contrats d'assurance vie, le principe indemnitaire ne s'applique pas<sup>665</sup>. Ce qui a pour conséquence pratique la possibilité pour l'investisseur de cumuler les dérivés, tout comme les assurances vie. En d'autres termes, il peut se « sur couvrir » ou « sur spéculer ».

Les contrats financiers sont soumis à la loi de l'offre et de la demande, alors que les contrats d'assurance sont soumis à la loi des grands nombres et aux calculs de probabilité. Mais il s'agit là d'une technique extérieure au contrat, et sur les marchés financiers, il y a aussi des études et des analyses financières prospectives, ce qui n'est pas sans les rapprocher de la technique assurantielle.

Même si *a priori* le risque assurantiel<sup>666</sup> est différent du risque financier<sup>667</sup>, le législateur n'a pas défini le risque et il ne faut pas distinguer là où le législateur n'a pas distingué.

Psychologiquement, on peut dire que le contrat d'assurance est un acte de prévoyance, alors que les contrats financiers sont soumis au hasard. Ceci n'est pas tout-à-fait vrai, car les contrats financiers ont également un objectif de couverture et dans la plupart des cas, plusieurs mobiles coexistent dans une même opération, à savoir spéculation et couverture.

Enfin, l'intérêt d'assurance<sup>668</sup> est exigé dans le contrat d'assurance, alors qu'un donneur d'ordre sur les marchés financiers peut souhaiter que le risque se réalise pour

---

<sup>665</sup>On applique par contre le principe forfaitaire.

<sup>666</sup>Qui est un risque homogène et non pas atypique.

<sup>667</sup>F. Planchet, P. Théron, J. Julien, *Modèles financiers en assurance : analyses de risque dynamiques*, 2<sup>ème</sup> édition, Economica, 2011, page 290 : « le risque financier est tout risque d'une variation future possible d'un ou de plusieurs éléments suivants : taux d'intérêt spécifié, prix d'un instrument financier, prix d'une marchandise, taux de change, indice de prix ou de taux, notation de crédit ou indice de crédit ou autre variable, à condition que dans le cas d'une variable non financière, la variable ne soit pas spécifique à une des parties au contrat. »

<sup>668</sup>Qui est l'intérêt à la non réalisation du risque. Il est visé à l'article L. 121-6 du code des assurances. L'intérêt d'assurance s'analyse du côté de la personne exposée au risque ; il ne se confond pas avec l'assurabilité du risque, qu'apprécie l'assureur et que la loi peut interdire. La qualité d'assuré coïncide généralement avec celle du titulaire de l'intérêt d'assurance. Il convient de noter que l'assuré a parfois intérêt à ce que le risque se réalise, notamment dans le cas de l'assurance natalité ou nuptialité. Selon la Cour de cassation, Chambre des requêtes, du 3 janvier 1876, S. 1876. I.105, « en l'absence de l'intérêt d'assurance, l'opération est assimilée au jeu ou au pari et est nulle. »

encaisser le montant<sup>669</sup>. La notion d'intérêt d'assurance est prévue à l'article L. 121-6 du code des assurances<sup>670</sup>. Elle désigne le « lien préexistant entre le siège du risque et une personne en raison duquel la réalisation du risque aurait à l'égard de celle-ci des conséquences fâcheuses...l'intérêt d'assurance devant s'apprécier sur la tête du bénéficiaire »<sup>671</sup>.

Toutefois, cet intérêt n'est pas exigé dans les contrats d'assurance-vie, et le code monétaire et financier prévoit de son côté la notion d'intérêt aux articles L. 424-1<sup>672</sup> et L. 421-1<sup>673</sup>, ce qui finit par rapprocher encore plus ces deux types d'opération.

208. Tous les arguments avancés contre la qualification des dérivés de crédit de contrats d'assurance ont pu être contrés. D'ailleurs une telle qualification présente des inconvénients : la soumission à la taxe sur les contrats d'assurance<sup>674</sup> prévue à

---

<sup>669</sup>Y. Chabert, « Heurs et malheurs de la qualification des dérivés de crédit », *RDAI*, 1989, page 19. Pour le refus de la qualification des dérivés de crédit en contrat assurance: P. Gissingier, « La qualification juridique des dérivés de crédit », *Revue Banque* n° 631, décembre 2001, page 54, S. Agbayissah et M.-A. Lepage, « Les caps, floors et collars, à l'épreuve d'une qualification en opération d'assurance », *RDBB* 1996, page 224. Voir aussi Ch. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire*, Lexisnexis, Litec, 8ème édition, 2010, page 649, numéro 1098 : pour ces auteurs il y a quand même une différence entre les dérivés et le contrat d'assurance- à notre avis non dirimante- qui est la suivante : l'assureur prend en charge une multitude de risques qui se compenseront alors que le vendeur de protection peut conclure une seule opération qui ne se compensera avec aucune autre.

K. Medjaoui, « De quelques risques juridiques liés à l'utilisation des dérivés de crédit », *Mélanges AEDBF IV*, Revue Banque Edition 2004, page 207, dans lequel on peut lire qu'en matière d'assurance, l'indemnité n'est versée que s'il y a préjudice avec respect du principe indemnitaire, le but étant de se couvrir, non de spéculer. De plus, on peut moduler les primes en fonction de l'évolution des risques, ceux-ci étant mutualisés, alors que le vendeur de protection supporte seul le risque.

H. de Vauplane et J.-P. Bornet, *Droit des marchés financiers*, 3ème édition, préface M. Germain, Litec, 2001: les dérivés de crédit ne sont pas des contrats d'assurance, ce n'est pas l'absence de mutualisation mais le fait que le paiement n'est pas subordonné à la constatation d'un dommage, qui distingue les deux opérations. Voir aussi F. Auckenthaler, *Jurisclasser*, « Instruments financiers à terme », page 22 numéro 58.

A. Gauvin, *Droit des dérivés de crédit*, préface Ph. Marini, avant-propos J.-H. Lorenzi, Revue Banque Edition, collection Droit-Fiscalité, 2003 page 271.

A. Couret, H. Le Nabasque et alii, *Droit financier, op. cit.*, page 673, numéro 1116.

<sup>670</sup>Article L. 121-6 du code des assurances : « toute personne ayant intérêt à la conservation d'une chose peut la faire assurer.

*Tout intérêt direct ou indirect à la non-réalisation d'un risque peut faire l'objet d'une assurance ».*

<sup>671</sup>H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, préface G. Durry, Litec, 2008, page 79 numéro 134.

<sup>672</sup>Article L. 424-1 alinéa 1 du CMF : « un système multilatéral de négociation est un système qui, sans avoir la qualité de marché réglementé, assure la rencontre, en son sein et selon des règles non discrétionnaires, de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers sur des instruments financiers, de manière à conclure des transactions sur ces instruments. »

<sup>673</sup>Article L. 421-1 du CMF : « I.-Un marché réglementé d'instruments financiers est un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre, en son sein et selon des règles non discrétionnaires, de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers sur des instruments financiers, d'une manière qui aboutisse à la conclusion de contrats portant sur les instruments financiers admis à la négociation dans le cadre des règles et systèmes de ce marché, et qui fonctionne régulièrement conformément aux dispositions qui lui sont applicables.

II.-Un marché réglementé d'instruments financiers tel que défini au I peut également assurer ou faciliter la rencontre, en son sein et selon des règles non discrétionnaires, de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers sur des quotas d'émission de gaz à effet de serre définis à l'article L. 229-15 du code de l'environnement et sur les autres unités visées au chapitre IX du titre II du livre II du même code.

Un marché réglementé d'instruments financiers tel que défini au I peut également assurer ou faciliter la rencontre, en son sein et selon des règles non discrétionnaires, de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers sur des actifs dont la liste est fixée par décret, après avis du collège de l'Autorité des marchés financiers. »

<sup>674</sup>Neuf pour cent de la prime.

l'article 991 du CGI<sup>675</sup>, et l'existence d'un monopole des assureurs dont la violation est doublement sanctionnée : pénalement<sup>676</sup> et civilement par la nullité<sup>677</sup>.

En droit comparé et plus particulièrement aux Etats-Unis, on a refusé aux dérivés de crédit la qualification de contrat d'assurance<sup>678</sup>.

## 2. La qualification d'opération de crédit

209. L'assurance n'est pas la seule opération soumise à un monopole, de laquelle on a pu rapprocher les dérivés de crédit. On a avancé qu'on pouvait les qualifier d'opérations de crédit, définies à l'article L. 313-1 du CMF<sup>679</sup>; cette qualification entraîne la soumission au monopole des établissements de crédit, ainsi que le respect des ratios de solvabilité.

210. D'abord les dérivés de crédit ne sont pas des opérations de crédit par signature, car ils se font à l'initiative du créancier qui cherche à se couvrir, et non à l'initiative du débiteur comme dans le cas d'une garantie. Les dérivés sont synallagmatiques, sans *intuitu personae*, alors que les garanties sont unilatérales, avec *intuitu*

---

<sup>675</sup>Article 991 du CGI : « toute convention d'assurance conclue avec une société ou compagnie d'assurances ou avec tout autre assureur français ou étranger est soumise, quels que soient le lieu et la date auxquels elle est ou a été conclue, à une taxe annuelle et obligatoire moyennant le paiement de laquelle tout écrit qui constate sa formation, sa modification ou sa résiliation amiable, ainsi que les expéditions, extraits ou copies qui en sont délivrés, sont, quelque soit le lieu où ils sont ou ont été rédigés, enregistrés gratis lorsque la formalité est requise.

La taxe est perçue sur le montant des sommes stipulées au profit de l'assureur et de tous accessoires dont celui-ci bénéficie directement ou indirectement du fait de l'assuré ».

<sup>676</sup>Article L. 310-27 du code des assurances : « le fait de pratiquer sur le territoire de la République une des opérations mentionnées aux 1°, 2° et 3° de l'article L. 310-1 sans se conformer aux dispositions des articles L. 310-2 et L. 310-6 est puni d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 75 000 euros.

Le fait de pratiquer une des opérations mentionnées au 1 de l'article L. 310-1-1 sur le territoire de la République sans se conformer aux dispositions du III de l'article L. 310-1-1 est puni des mêmes peines.

Lorsqu'une personne physique a commis l'une des infractions prévues au précédent alinéa, la diffusion de la décision, dans les conditions prévues par l'article 131-35 du code pénal, peut être prononcée à titre de peine complémentaire.

Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal, des infractions définies au présent article encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal, la peine prévue par le 4° de l'article 131-39 du même code.

Les personnes ayant souscrit de bonne foi un contrat auprès de l'entreprise dont la fermeture a été ordonnée par le tribunal bénéficient des mêmes privilèges et garanties que ceux réservés par le présent code aux souscripteurs et bénéficiaires de contrats en cas de liquidation d'une entreprise d'assurance ».

<sup>677</sup>Article L. 310-2 III du code des assurances: « sont nuls les contrats souscrits en infraction au présent article. Toutefois, cette nullité n'est pas opposable, lorsqu'ils sont de bonne foi, aux assurés, aux souscripteurs et aux bénéficiaires ».

<sup>678</sup>National Association of Insurance Commissioners, Property and Casualty Insurance Committee, «Weather Financial Instruments: Insurance or Capital Markets Products? », 2 septembre 2003. (retiré de la publication)

International swaps and derivatives association, Inc., « Comments on the draft white paper entitled: «Weather Financial Instruments: Insurance or capital markets products? », 23 février 2004, www.isda.org.

R. Potts, « Legal opinion on credit derivatives », www.isda.org. Dans cette affaire, ISDA, en réponse à la NAIC s'est basée sur la Pott's opinion selon laquelle le principe indemnitaire et l'intérêt d'assurance sont des éléments essentiels de l'assurance que l'on ne retrouve pas dans les dérivés de crédit.

<sup>679</sup>Article L. 313-1 du CMF : « constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie.

*personae*.<sup>680</sup> Les dérivés de crédit, s'ils peuvent avoir une vocation de garantie, concernent principalement la couverture des risques de marché ou celui de la dégradation de la notation, et non seulement la défaillance d'un débiteur, comme c'est le cas pour les opérations de crédit par signature. En outre, dans une garantie, le « prix de la garantie » est payé par un tiers au contrat, qui est le débiteur de l'obligation garantie. Alors que dans un dérivé de crédit, le « prix » est payé par le contractant, et non par un tiers.

La plupart des garanties ont un caractère accessoire, et ouvrent droit à un recours subrogatoire<sup>681</sup>, alors que les dérivés de crédit se caractérisent par l'absence de lien entre le vendeur de protection et le débiteur du sous-jacent<sup>682</sup>, sans recours subrogatoire possible.

211. Ensuite, les dérivés ne sont pas non plus des opérations de crédit par mise à disposition de fonds<sup>683</sup>: le contrat de prêt conclu entre professionnels<sup>684</sup> est un contrat réel<sup>685</sup>. Ce qui signifie que la remise de fonds doit se faire au jour de la conclusion du contrat. Ce qui n'est pas le cas des dérivés de crédit. Et même si nous ne sommes pas dans le cadre d'un contrat réel, c'est-à-dire lorsque le contrat de prêt est conclu entre professionnel et non professionnel ou entre deux non professionnels, la qualification d'opération de crédit par mise à disposition de fonds ne peut être retenue non plus, car il n'y a pas d'obligation de restitution des fonds reçus, obligation essentielle dans le contrat de prêt.

212. Les dérivés de crédit ne constituent pas non plus une réception de fonds du public<sup>686</sup>, ce dernier s'analysant en un contrat de dépôt<sup>687</sup>, vu l'absence d'une obligation de restitution des fonds reçus.

---

*Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat ».*

<sup>680</sup>P. Gissinger, « La qualification juridique des dérivés de crédit », *Banque* n° 631, décembre 2001, page 54.

<sup>681</sup>Le contractant partie à un contrat financier, exécute son propre engagement.

<sup>682</sup>La garantie est souvent donnée à la demande du débiteur, et se caractérise par des relations triangulaires. Alors que pour les contrats financiers, les rapports sont bilatéraux.

<sup>683</sup>Contrat de prêt ou promesse de contrat de prêt.

<sup>684</sup>Ce qui est le cas de la plupart des contrats financiers.

<sup>685</sup>Notons que le contrat de prêt conclu entre un professionnel et un non professionnel est dépourvu de caractère réel, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 juillet 2006, *Bull. civ.* I, numéro 358, Dalloz 2007.50 note Ghestin.

<sup>686</sup>Qui est l'opération de banque par excellence.

<sup>687</sup>Le dépôt est un contrat réel.

L'article L. 311-2 du Code monétaire et financier<sup>688</sup> distingue des opérations de banques, les opérations dites « connexes », au nombre desquelles figurent « la souscription, l'achat et la vente de tout produit financier ». Cette notion de « produit financier » désignait avant la loi de modernisation de 1996, notamment les contrats à terme. Ceux-ci sont donc bien présentés comme distincts des opérations de crédits de l'article L. 313-1 du CMF.<sup>689</sup>

### 3. La qualification de pari

213. La tentation de qualifier les dérivés de crédit<sup>690</sup> de pari se présente lorsque la livraison physique est complètement exclue<sup>691</sup>, et que le dénouement du dérivé de crédit se fait par le paiement d'une différence de prix. L'intérêt de cette question est l'application aux dérivés de crédit, notamment aux nouveaux produits financiers<sup>692</sup>, de l'exception de jeu prévue à l'article 1965 du code civil<sup>693</sup>, dont le fondement est, selon

---

<sup>688</sup>Article L. 311-2 du CMF : « I. - Les établissements de crédit peuvent aussi effectuer les opérations connexes à leur activité telles que :

1. Les opérations de change ;

2. Les opérations sur or, métaux précieux et pièces ;

3. Le placement, la souscription, l'achat, la gestion, la garde et la vente de valeurs mobilières et de tout produit financier ;

4. Le conseil et l'assistance en matière de gestion de patrimoine ;

5. Le conseil et l'assistance en matière de gestion financière, l'ingénierie financière et d'une manière générale tous les services destinés à faciliter la création et le développement des entreprises, sous réserve des dispositions législatives relatives à l'exercice illégal de certaines professions ;

6. Les opérations de location simple de biens mobiliers ou immobiliers pour les établissements habilités à effectuer des opérations de crédit-bail ;

7. Les services de paiement mentionnés au II de l'article L. 314-1 ;

8. L'émission et la gestion de monnaie électronique.

Lorsqu'il constitue la fourniture de services d'investissement au sens de l'article L. 321-1, l'exercice des opérations connexes et de l'activité de conservation est subordonné à l'agrément préalable prévu à l'article L. 532-1.

II. - Les sociétés de financement peuvent également effectuer les opérations connexes à leur activité mentionnées aux 1, 2, 5 et 6 du I ».

<sup>689</sup>F. Auckenthaler, *Juriclassseur*, « Instruments financiers à terme », *op. cit.*, page 21, numéro 55. A. Couret, H. Le Nabasque et alii, *Droit financier*, *op. cit.*, page 591, numéro 982, et page 672, numéro 1115 : « les swaps et dérivés de crédit ne sont pas des opérations de crédit ».

Contre la qualification des dérivés de crédit en opération de crédit : P. Mathieu, P. D'Herouville, *Les dérivés de crédit, une nouvelle gestion du risque de crédit*, Economica, 1998, coll. Gestion, page 146.

<sup>690</sup>Th. Bonneau et F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, 3ème édition, Economica, 2010, page 249, « paris autorisés par la loi ».

<sup>691</sup>Soit par les parties, soit du fait de la nature même du sous-jacent, qui ne peut être livré. F. Drummond, « Le contrat comme instrument financier », *op. cit.*, page 666 et 667. Voir aussi A. Gaudemet, *Les dérivés*, *op. cit.*, page 88. Dans le même sens, A.-C. Muller, *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, *op. cit.*, page 81, F. Auckenthaler, « Instruments financiers à terme et de gré à gré », *J.-Cl. Banque, crédit, bourse*, fasc. 2050, page 11 numéro 24.

Contra S. Praicheux, *V° Instruments financiers à terme*, *op. cit.*, numéro 85, K. Medjaoui, *Les marchés à terme dérivés et organisés d'instruments financiers, étude juridique*, *op. cit.*, page 326, P.-Y. Chabert, « Les aspects juridiques des opérations financières de gré à gré », *IVème rencontres juridiques de la BNP, la couverture des risques par les opérations de marché*, 1994.

L'argument du courant doctrinal, qui est contre la qualification des contrats financiers en pari est l'utilité des marchés à terme (par opposition aux paris ludiques), notamment lorsqu'il s'agit d'opérations de couverture. Ils se basent donc sur le motif impulsif et déterminant. Or il est dangereux de se placer sur le terrain des mobiles, qui sont souvent non révélés, et dont l'appréciation par le juge risquerait d'être arbitraire.

<sup>692</sup>L'énumération de l'article D. 211-1 du CMF n'est pas limitative, la question s'est notamment posée pour les dérivés climatiques.

<sup>693</sup>Article 1965 du code civil : « la loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le paiement d'un pari ».

un auteur, « l'inutilité sociale »<sup>694</sup>. En effet, un des contractants va se prévaloir de l'exception de jeu pour ne pas honorer ses engagements.

Le pari<sup>695</sup> est le contrat aléatoire par lequel deux ou plusieurs personnes qui sont d'avis divergents sur un sujet quelconque, conviennent que celle dont l'opinion se révélera exacte bénéficiera de la part de l'autre ou des autres d'une prestation déterminée (remise d'une chose, d'une somme d'argent...)<sup>696</sup>. L'obligation fondamentale dans le contrat de pari est celle de payer l'enjeu.

Cette définition pourrait très bien correspondre à celle des dérivés de crédit, sauf que la doctrine, pour distinguer le pari des contrats voisins, a recours au critère de l'utilité : celle-ci étant « le fondement exceptionnel de l'efficacité du contrat de jeu »<sup>697</sup>.

214. Les dérivés de crédit, quoique conclus à titre spéculatif, assurent la liquidité du marché, de manière à rassurer les investisseurs, utilité évidente, qui exclut la qualification du contrat en pari.

Très tôt, le législateur s'est saisi de la question, et la loi du 28 mars 1885 avait reconnu la validité des marchés à terme. Toutefois, la jurisprudence a continué à distinguer les opérations à terme dites « sérieuses », des opérations purement « fictives ». Tout dépendait de l'intention des parties : était considérée comme fictive l'opération de vente à découvert de titres. Par contre, la possession de ces titres remis en couverture établissait le caractère sérieux du marché. Ensuite, la loi n° 85-695 du 11 juillet 1985 est venue modifier l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme, non seulement pour élargir le champ d'application de ce texte et y inclure les marchés sur taux d'intérêt, mais pour disposer expressément que « *nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'article 1965<sup>698</sup> du code civil, lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence* ». <sup>699</sup> Le champ d'application de la loi de 1985 allait s'étendre jusqu'à

---

<sup>694</sup>M. Escande, *Droit des jeux d'argent et de hasard, les mutations de l'ordre public*, L'Harmattan, 2013, page 88, numéro 135.

<sup>695</sup>Le régime juridique du pari est prévu par les articles 1965 et 1967 du code civil.

Ces deux articles sont une double application de la règle *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, selon laquelle aucune action en justice ne peut être engendrée par un contrat immoral.

<sup>696</sup>Vocabulaire juridique Cornu.

<sup>697</sup>M. Escande, *Droit des jeux d'argent et de hasard, les mutations de l'ordre public*, L'Harmattan, collection logiques juridiques, 2013, page 103, numéro 170.

<sup>698</sup>L'article 1965 du code civil dispose : « *la loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le paiement d'un pari.* »

<sup>699</sup>S. Praicheux, *V° Instruments financiers à terme, op. cit.*, numéros 19, 83 et 84.

inclure les marchés sur indices et sur devises au moyen d'une autre loi, n° 91-716 du 26 juillet 1991. Enfin, la loi dite de modernisation des activités financières n° 96-597 du 2 juillet 1996 a abrogé et réécrit l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 28 mars 1885.

Désormais, l'article L. 211-35 du code monétaire et financier dispose que « *nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui résultent de contrats financiers, se prévaloir de l'article 1965 du code civil, alors même que ces opérations se résoudraient par le paiement d'une simple différence* ». Malgré cette réécriture et selon une certaine doctrine<sup>700</sup>, le législateur n'a pas pour autant disqualifié le dérivé en jeu ou pari mais supprimé l'application de l'exception de jeu.

Depuis la loi de 1996, la question de la qualification des contrats financiers en pari a perdu de son intérêt.

#### 4. La qualification d'instruments financiers

215. Une doctrine<sup>701</sup> a relativisé le problème relatif à la qualification des dérivés de crédit par les propos suivants : « juridiquement, les produits dérivés ne sont pas particuliers, ils ne sont que des contrats régis par les dispositions du titre 3 du livre 3 du code civil<sup>702</sup>, la loi MAF et les usages professionnels. »

En droit comparé, et plus particulièrement aux Etats-Unis,<sup>703</sup> l'intérêt de la qualification des dérivés est simplement de savoir qui de la SEC<sup>704</sup> (compétente si on retient la qualification de *security*, c'est-à-dire de titres) ou de la CFTC<sup>705</sup> (compétente si on retient la qualification de *commodity*, c'est-à-dire contrats ou options sur produits physiques et marchandises) est compétente juridictionnellement. Par contre en France, la qualification a pour intérêt l'application d'un régime juridique particulier et non pas la détermination de l'autorité compétente; tous les marchés sont soumis à la même autorité de contrôle.

216. L'article L. 211-1 du CMF<sup>706</sup> vise les instruments financiers ; cette expression regroupe d'une part les titres financiers et d'autre part les contrats financiers<sup>707</sup>.

---

<sup>700</sup>*Ibidem*, numéro 84.

<sup>701</sup>A. Gauvin, *Nouvelle gestion du risque financier*, op. cit., page 226.

<sup>702</sup>Des contrats ou des obligations conventionnelles en général.

<sup>703</sup>J.-B. Mojuyé, *Le droit des produits dérivés financiers (swaps, options, futures...) en France et aux Etats-Unis*, op. cit. page 314, numéro 799.

<sup>704</sup>*Security Exchange Commission*.

<sup>705</sup>*Commodity Futures Trading Commission*.

<sup>706</sup>Article L. 211-1 du CMF : « I. - Les instruments financiers sont les titres financiers et les contrats financiers.

Selon un auteur<sup>708</sup>, les contrats financiers<sup>709</sup> désignent les « conventions par lesquelles une ou plusieurs parties transfèrent à une ou plusieurs autres personnes un risque tenant aux conséquences financières de la réalisation d'un ou plusieurs événements stipulés au contrat : baisse ou hausse des taux d'intérêt, évolution du cours d'une marchandise ou d'une matière première, défaut de paiement du débiteur d'une obligation, etc ».

Quant à l'article D. 211-1 A du même code<sup>710</sup>, il énumère les différents contrats financiers, sans pour autant les définir. Parmi cette énumération, référence est faite à l'alinéa 5 aux dérivés de crédit.

La qualification d'instruments financiers, contrairement à la qualification de pari, est formellement prévue par le législateur, et est utile parce qu'elle déclenche l'application d'un arsenal de règles spéciales, comme la soumission au monopole<sup>711</sup> des prestataires de services d'investissement sur le marché réglementé uniquement.

---

*II. - Les titres financiers sont :*

1. Les titres de capital émis par les sociétés par actions ;
2. Les titres de créance, à l'exclusion des effets de commerce et des bons de caisse ;
3. Les parts ou actions d'organismes de placement collectif.

*III. - Les contrats financiers, également dénommés " instruments financiers à terme ", sont les contrats à terme qui figurent sur une liste fixée par décret ».*

<sup>707</sup>Egalement dénommés instruments financiers à terme.

<sup>708</sup>S. Praicheux, *V° Instrument financiers à terme, op. cit.*

<sup>709</sup>Encore appelés contrats financiers ou produits dérivés, quoique cette dernière expression désigne aussi bien les contrats que les titres.

<sup>710</sup>Article D. 211-1 A du CMF : « I.-Les contrats financiers mentionnés au III de l'article L. 211-1 sont :

1. Les contrats d'option, contrats à terme fermes, contrats d'échange, accords de taux futurs et tous autres contrats à terme relatifs à des instruments financiers, des devises, des taux d'intérêt, des rendements, des indices financiers ou des mesures financières qui peuvent être réglés par une livraison physique ou en espèces ;

2. Les contrats d'option, contrats à terme fermes, contrats d'échange, accords de taux futurs et tous autres contrats à terme relatifs à des marchandises qui doivent être réglés en espèces ou peuvent être réglés en espèces à la demande d'une des parties autrement qu'en cas de défaillance ou d'autre incident conduisant à la résiliation ;

3. Les contrats d'option, contrats à terme fermes, contrats d'échange et tous autres contrats à terme relatif à des marchandises qui peuvent être réglés par livraison physique, à condition qu'ils soient négociés sur un marché réglementé ou un système multilatéral de négociation ;

4. Les contrats d'options, contrats à terme fermes, contrats d'échange et tous autres contrats à terme relatifs à des marchandises qui peuvent être réglés par livraison physique, non mentionnés par ailleurs au 3, et non destinés à des fins commerciales, qui présentent les caractéristiques d'autres instruments financiers à terme, en tenant compte de ce que, notamment, ils sont compensés et réglés par l'intermédiaire d'une chambre de compensation reconnue ou font l'objet d'appels de couvertures périodiques ;

**5. Les contrats à terme servant au transfert du risque de crédit ;**

6. Les contrats financiers avec paiement d'un différentiel ;

7. Les contrats d'options, contrats à terme fermes, contrats d'échanges, accords de taux futurs et tous autres contrats à terme relatifs à des variables climatiques, à des tarifs de fret, à des autorisations d'émissions ou à des taux d'inflation ou d'autres statistiques économiques officielles qui doivent être réglés en espèces ou peuvent être réglés en espèces à la demande d'une des parties autrement qu'en cas de défaillance ou d'autre incident amenant la résiliation ;

8. Tout autre contrat à terme concernant des actifs, des droits, des obligations, des indices et des mesures, non mentionné par ailleurs aux 1 à 7 ci-dessus, qui présente les caractéristiques d'autres instruments financiers à terme, en tenant compte de ce que, notamment, il est négocié sur un marché réglementé ou un système multilatéral de négociation, est compensé et réglé par l'intermédiaire d'une chambre de compensation reconnue ou fait l'objet d'appels de couvertures périodiques.

*II. (Abrogé). »*

<sup>711</sup>La raison d'être de ce monopole est de confier l'activité de prestation de services financiers à des personnes qui ont la capacité financière à être ducroire.

Ce monopole<sup>712</sup> est prévu à l'article L. 531-10 du CMF<sup>713</sup>, et sa violation est sanctionnée conformément à l'article L. 573-1 I<sup>714</sup> par trois ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende. Pour autant, l'opération conclue en violation dudit monopole n'est pas nulle, afin de sécuriser les opérations financières. On signale également l'inapplication des articles L. 622-13<sup>715</sup> et L. 622-29<sup>716</sup> du code de commerce, et l'application du régime dérogatoire du *netting*<sup>717</sup> en cas de procédure collective. Quant au régime des garanties d'un instrument financier, il déroge au droit des procédures collectives et au droit des sûretés traditionnel, notamment en ce que la garantie<sup>718</sup> est opposable aux tiers sans formalités, et que le pacte commissoire est valable. La cession de créances issue d'un instrument financier ainsi que la cession desdits instruments<sup>719</sup> sont prévues à l'article L. 211-37 du CMF<sup>720</sup>. Enfin, les instruments financiers sont soumis à l'obligation de collatéralisation<sup>721</sup>.

---

<sup>713</sup>Article L. 531-10 du CMF : « sous réserve des dispositions de l'article L. 531-2, il est interdit à toute personne autre qu'un prestataire de service d'investissement ou qu'une personne mentionnée à l'article L. 532-18 ou à l'article L. 532-18-1 de fournir à des tiers des services d'investissement, à titre de profession habituelle. »

<sup>714</sup>Article L. 573-1 I du CMF : « I.-Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende le fait, pour toute personne physique, de fournir des services d'investissement à des tiers à titre de profession habituelle sans y avoir été autorisée dans les conditions prévues à l'article L. 532-1 ou sans figurer au nombre des personnes mentionnées à l'article L. 531-2. »

<sup>715</sup>Article relative au régime des contrats en cours lors de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

<sup>716</sup>Article L. 622-29 du code de commerce : « le jugement d'ouverture ne rend pas exigibles les créances non échues à la date de son prononcé. Toute clause contraire est réputée non écrite ».

<sup>717</sup>Article L. 211-36-1 du CMF : « I. — Les conventions relatives aux obligations financières mentionnées à l'article L. 211-36 sont résiliables, et les dettes et les créances y afférentes sont compensables. Les parties peuvent prévoir l'établissement d'un solde unique, que ces obligations financières soient régies par une ou plusieurs conventions ou conventions-cadres. II. — Les modalités de résiliation, d'évaluation et de compensation des opérations et obligations mentionnées à l'article L. 211-36 et au I du présent article sont opposables aux tiers. Ces modalités peuvent être notamment prévues par des conventions ou conventions-cadres. Toute opération de résiliation, d'évaluation ou de compensation faite en raison d'une procédure civile d'exécution ou de l'exercice d'un droit d'opposition est réputée être intervenue avant cette procédure ».

Il s'agit d'une résiliation automatique des contrats et compensation des dettes et des créances malgré l'absence de connexité, condition exigée par l'article L. 622-7 du code de commerce qui dispose notamment que « le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes... »

Le régime du *netting* s'applique dans tous les cas où il existe une obligation financière. Cette expression signifie, conformément à la directive 2002/47/CE, que l'ordonnance du 24 février 2005 vise à traduire en droit interne, les obligations « qui sont garanties par un contrat de garantie financière et qui donnent droit à un règlement en esp »èces et/ou à la livraison d'instruments financiers. » *A contrario*, la notion ne vise pas les obligations de payer en nature, comme par exemples celles issues d'instrument à terme sur marchandises.

<sup>718</sup>Celle-ci est remise en pleine propriété.

<sup>719</sup>Qui nécessite le triple accord du cédant, du cédé et du cessionnaire.

<sup>720</sup>L'article L. 211-37 du CMF, qui déroge à l'article 1690 du code civil (« le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique ») a des précédents : le bordereau Dailly, ainsi que la titrisation. Cet article dispose : « la cession de créances afférentes aux obligations financières mentionnées à l'article L. 211-36 est opposable aux tiers du fait de la notification de la cession au débiteur. La cession de contrats afférentes aux obligations financières mentionnées à l'article L. 211-36 est opposable aux tiers du fait de l'accord écrit des parties. »

<sup>721</sup>P. Gissinger, *La qualification juridique des dérivés de crédit*, op. cit. Dans le même sens, P. Mathieu, P. d'Herouville, *Les dérivés de crédit, une nouvelle gestion du risque de crédit*, Paris Economica, 1998, coll. Gestion, page 151.

L'appartenance des dérivés de crédit à la sous-catégorie des contrats financiers déclenche en plus l'application des incapacités de contracter<sup>722</sup>, et les fait échapper à l'exception de jeu.

La qualification législative expresse des dérivés de crédit d'instruments financiers, regroupe à la fois des titres et des contrats, deux réalités complètement distinctes. Pour cela, il convient de chercher une autre qualification.

## 5. La qualification de contrat *sui generis*

217. Au risque d'être accusé d'un refus paresseux d'analyse, et au risque de « se priver d'un arsenal riche de principes et de solutions ancrées dans les textes du code civil et dont l'inadaptation à ces nouveaux types d'opérations ne nous paraît pas démontrée »<sup>723</sup>, nous pensons qu'une qualification en termes de contrat *sui generis* souligne l'originalité et l'autonomie des dérivés de crédit par rapport aux institutions du code civil, en évitant de forcer artificiellement les qualifications préexistantes. D'ailleurs, la doctrine n'hésite pas à opter pour une qualification *sui generis*.<sup>724</sup>

La qualification *sui generis* est souvent adoptée pour faire échapper un contrat à une règle impérative qui l'annulerait ou le priverait de son efficacité<sup>725</sup>.

Qualifier un dérivé de crédit de *sui generis* au lieu et place d'une qualification en terme de pari pour le faire échapper à l'exception de jeu est désormais inutile vu l'article L. 432-20 du CMF<sup>726</sup>. Autrement dit, cette qualification en termes de contrat *sui generis* n'est pas une qualification d'opportunité, mais une qualification méritée : cette expression latine signifiant « de son propre genre », décrit bien la singularité des contrats financiers, qui défient tout classement dans une catégorie déjà répertoriée et nécessite de créer une nouvelle catégorie.

<sup>722</sup> Les établissements publics et les collectivités territoriales ne peuvent conclure des contrats financiers à titre spéculatif.

<sup>723</sup> Th. Bonneau, F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, *op. cit.*

<sup>724</sup> A. Couret, « Le cadre juridique de couverture des risques des opérations de marché », *Banque et Droit*, décembre 1994, n° 38 page 11, P.-Y. Chabert, « Les aspects juridiques des opérations financières de gré à gré », *op. cit.* Voir aussi F. Auckenthaler, « Instruments financiers à terme », *op. cit.*, page 11, numéro 24, et page 13, numéro 30. Voir aussi J.-B. Mojujé, *Le droit des produits dérivés financiers (swaps, options, futures...)* en France et aux Etats-Unis, *op. cit.*, page 285 numéro 755 et page 147, numéro 255 : « les instruments financiers s'ils sont des contrats *sui generis*, ne rompent pas avec des notions fondamentales du droit des obligations ». F. Peltier, *Marchés financiers et droit commun*, Revue Banque éd., 1997, page 148, numéro 256 : l'auteur utilise l'expression « inévitable *sui generis* ». Voir aussi F. Auckenthaler, *Droit des marchés de capitaux*, *op. cit.* page 73, numéro 194 : les contrats à terme ferme sont des contrats *sui generis*.

<sup>725</sup> Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 5ème édition, Défrénois, 2011, page 21.

<sup>726</sup> Article L. 432-20 du CMF : « les instruments financiers à terme mentionnés au 4 du I de l'article L. 211-1 sont valides, alors même qu'ils feraient l'objet de dispositions législatives spéciales, pour autant que leur cause et leur objet sont licites.

218. Le professeur Philippe Didier<sup>727</sup> a attribué un nom à cette qualification *sui generis* : les contrats de différence. Cet auteur a avancé que « les contrats financiers- dont les dérivés font partie- sont un nouveau contrat nommé, le contrat de différence de valeurs »<sup>728</sup>. Selon l'auteur<sup>729</sup>, « la prestation caractéristique est l'obligation de versement d'une différence orientée<sup>730</sup>, la contrepartie de cette prestation caractéristique est soit une prime<sup>731</sup>, soit une seconde obligation de versement d'une différence orientée »<sup>732</sup>. Il ajoute « qu'à l'image de ce que l'on observe dans les contrats de transfert de propriété, cette prestation a comme contrepartie soit un prix (la prime), soit une prestation symétrique (comme dans l'échange) »<sup>733</sup>. De même l'auteur affirme que « le motif d'une des parties est ignoré et indifférent à l'autre partie, mais en plus, il est classique que l'un soit animé par la couverture et l'autre par la spéculation. »<sup>734</sup>

Nous avons déjà démontré l'autonomie et la particularité des dérivés de crédit par rapport aux opérations voisines. Autrement dit, ils méritent la qualification de contrat *sui generis*. Il est toutefois possible de leur attribuer une appellation : celle de contrat de transfert de risque, expression formellement employée par le législateur.

## B. Le cas des autres contrats financiers

219. Force est de constater l'embarras des auteurs chaque fois qu'il s'agit pour eux de qualifier les contrats financiers.

Pour qualifier les contrats financiers à terme ferme, la doctrine a proposé de distinguer deux hypothèses : si la livraison du sous-jacent est non exclue ou possible de par la nature même du sous-jacent, il s'agit selon MM. Bonneau et Drummond<sup>735</sup> d'une vente à terme (le transfert du risque se fait accessoirement au transfert du sous-jacent). Par contre si la livraison du sous-jacent est exclue par les parties ou par la

---

*Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui résultent d'opérations à terme, se prévaloir de l'article 1965 du code civil, lors même que ces opérations se résoudraient par le paiement d'une simple différence. »*

<sup>727</sup>Ph. Didier, « Les contrats de transfert de risque », in *Au-delà des codes : mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, 2011, page 154.

<sup>728</sup>Ph. Didier, « Les contrats de transfert de risque », *op. cit.*, page 169, numéro 49.

<sup>729</sup>*Ibidem*, page 166 numéros 41 et 45.

<sup>730</sup>L'adjectif « orientée » signifie qu'il s'agit de fixer le sens de la différence-à la hausse ou à la baisse-qui déclenche le paiement.

<sup>731</sup>C'est le cas des options, que l'auteur qualifie de contrat de différence de valeur à prime.

<sup>732</sup>C'est le cas des contrats à terme, que l'auteur qualifie de contrats d'échange de différences de valeurs.

<sup>733</sup>Ph. Didier, « Les contrats de transfert de risque », *op. cit.*, page 168, numéro 48.

<sup>734</sup>*Ibidem*, page 169, numéro 49.

nature même du sous-jacent, il s'agit selon les mêmes auteurs<sup>736</sup> de paris autorisés par la loi (article L. 211-35 du CMF<sup>737</sup>).

220. Quant aux *Swaps*, et pour un auteur<sup>738</sup>, lorsque la livraison du sous-jacent est exclue ou impossible, il s'agit de paris financiers. Et lorsque la livraison du sous-jacent est non exclue ou possible, il s'agit d'un contrat d'échange.

Pour un autre auteur, il s'agit d'un contrat *sui generis*, et non pas d'un contrat d'échange au sens du code civil, car les parties ne cherchent pas à s'échanger des positions financières<sup>739</sup> mais s'obligent réciproquement à des paiements. Alors que dans l'échange, les parties recherchent la propriété<sup>740</sup>. De plus, pour cette même doctrine, dans les *swaps*, il n'y a pas d'équilibre entre les prestations, la différence de prix payée à l'échéance ne peut être qualifiée de soulte, qui par définition est une somme d'argent qui diffère des biens échangés, et les flux financiers ne sont pas des choses susceptibles d'échange au sens de l'article 1702 du code civil<sup>741</sup>.

221. Le contrat d'option quant à lui, peut être qualifié de promesse unilatérale de contrat de vente lorsque le sous-jacent est livrable. Lorsque le sous-jacent n'est pas livrable ou lorsque les parties ont exclu la livraison, il s'agit de promesses unilatérales de pari. L'intérêt de distinguer entre une promesse unilatérale de vente et une promesse unilatérale de pari étant l'application de l'article 1965 du code civil aux seules promesses de pari<sup>742</sup>. Mais cet intérêt a disparu avec l'article L. 211-35 du CMF.

222. Il ressort de cette analyse qu'il est possible de qualifier les autres contrats financiers, au cas par cas, en fonction de leur typologie. Cette méthode pragmatique a l'avantage de tenir compte de la spécificité de chaque contrat, mais ne fournit pas

---

<sup>735</sup>Voir aussi P. Pailler, *op. cit.*, page 215, numéro 346.

<sup>736</sup>Dans le même sens, voir *Ibidem*, page 213, numéro 344.

<sup>737</sup>Article L. 211-35 du CMF : « nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui résultent de contrats financiers, se prévaloir de l'article 1965 du code civil, alors même que ces opérations se résoudraient par le paiement d'une simple différence. »

<sup>738</sup>J.-P. Mattout, « Opérations d'échange de taux d'intérêt et de devises: qualification et régime juridique en droit français, défaillance de l'une des parties », *op. cit.*

<sup>739</sup>Obtenir la position de l'autre.

<sup>740</sup>P.-Y. Chabert, « Heurs et malheurs de la qualification des opérations juridiques de *swap* », *RDAL*, 1989, page 25, note 12.

<sup>741</sup>Article 1702 du code civil : « l'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre ».

<sup>742</sup>T. Bonneau, F. Drummond, *op. cit.*, et P. Pailler, *op. cit.*, page 218, numéro 350.

au juge un outil simple et fiable de qualification, qui devra s'adonner à chaque fois à une analyse casuistique du contrat en cause. De plus, l'apparition d'un nouveau type de contrat financier, va entraîner une nouvelle qualification. Ce foisonnement des qualifications qui n'est pas sans créer une insécurité juridique, peut être évité en adoptant une qualification unitaire, susceptible de s'appliquer à toutes les formes rencontrées dans la pratique, abstraction faite des particularités de chaque contrat financier, qui s'applique aux nouvelles figures élaborées par la pratique. Il convient donc de rechercher cette qualification unitaire.

223. Les contrats à terme ferme se dénouent le plus souvent par le paiement d'une différence de prix et non par la livraison du sous-jacent, ce qui exclut la qualification de vente, dans laquelle le transfert de propriété est un élément essentiel. Lorsque le sous-jacent n'est pas livrable de par sa nature<sup>743</sup>, ladite qualification est encore plus inadaptée.

Quant aux *swaps*, la qualification de contrat d'échange ne peut être retenue, les parties ne cherchant pas un transfert réciproque de propriété.

Dans le cas des contrats financiers qui prennent la forme d'une option, la qualification de promesse de vente ou d'échange est exclue pour les mêmes raisons soulevées plus haut concernant les contrats à terme fixe.

Si l'intention spéculative semble rapprocher les contrats financiers du contrat de pari, et si l'intention de couverture semble les rapprocher du contrat d'assurance ou de garantie<sup>744</sup>, le mobile, quoique impulsif et déterminant n'a jamais été un élément de qualification d'un contrat<sup>745</sup>.

Pour toutes ces raisons, la cour d'appel de Versailles, par un arrêt du 5 décembre 1996<sup>746</sup>, confirmé par la cour de cassation, chambre commerciale, du 7 avril 1997<sup>747</sup> a affirmé que : « *les caps et les floors-qui sont des contrats de garantie de taux- sont des contrats sui generis de nature purement financière, soit en tant qu'instrument de*

---

<sup>743</sup>C'est le cas d'un indice.

<sup>744</sup>Il n'y a pas de substitution d'une personne à une autre dans l'exécution d'un engagement préexistant.

<sup>745</sup>Sous réserve de l'hypothèse de l'alinéa 2 de l'article 1110 du code civil : « elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention. »

<sup>746</sup>Revue *Banque et Droit*, numéro 51, janvier-février, 1997, page 36, note H. de Vauplane.

<sup>747</sup>Revue *Banque et Droit*, numéro 60, juillet-août 1998, page 35.

*couverture soit en tant qu'instrument de spéculation,...ils sont donc autonome et à finalité variable. »<sup>748</sup>*

224. Cet attendu montre bien que la jurisprudence a du mal à faire rentrer les contrats financiers dans les catégories préexistantes du code civil. La création d'une nouvelle catégorie autonome, à savoir celle des contrats de transfert de risque, évite les qualifications forcées et la déformation des catégories préexistantes, surtout que le législateur emploie lui-même l'expression « contrat de transfert de risque ».

## **§2-L'émancipation des contrats de transfert de risque : le recours à l'innommé**

225. L'étude des contrats nommés de transfert de risque montre qu'un même risque peut être transféré par plusieurs techniques contractuelles. C'est le cas notamment du risque de crédit qui peut être transféré par le biais d'un contrat financier, d'une assurance-crédit, d'une sûreté réelle ou personnelle. Le choix des parties d'opter pour une figure plutôt que pour une autre sera le plus souvent guidé par le coût de la couverture, par la souplesse du régime juridique auquel est soumis le contrat, et par les capacités financières du cessionnaire du risque. Parallèlement à ce constat, nous avons pu observer que certains contrats nommés ne peuvent servir qu'au transfert d'un seul type de risque. C'est le cas des sûretés, que celles-ci soient réelles ou personnelles, qui ne permettent de transférer que le risque de crédit. C'est également le cas de la tontine en cas décès qui ne permet de transférer que le risque viager.

Quant aux contrats financiers, ils servent classiquement au transférer du risque de marché et du risque de crédit.

La question se pose de savoir s'ils peuvent servir à transférer d'autres risques, tel que le risque viager, le risque incendie, ou le risque maladie, à l'image d'un contrat d'assurance, archétype des contrats de transfert de risque. L'innovation financière ayant souvent pour but la réalisation d'une optimisation fiscale et réglementaire.<sup>749</sup> La réponse peut être puisée dans l'alinéa 8 de l'article D. 211-1 A du code monétaire et financier. Cet article dispose que « *les contrats financiers mentionnés au III de*

---

<sup>748</sup>S. Agbayissah, « Aspects juridiques des produits dérivés négociés sur les marchés réglementés », in *Mélanges AEDBF, II*, Banque édition, 1999, page 15.

<sup>749</sup>Eviter de réunir des majorités qualifiées au sein des assemblées générales, éviter les déclarations de franchissement de seuil dans les sociétés cotées...

*l'article L. 211-1 sont... tout autre contrat à terme concernant des actifs, des droits, des obligations, des indices et des mesures, non mentionné par ailleurs aux 1 à 7 ci-dessus, qui présente les caractéristiques d'autres instruments financiers à terme, en tenant compte de ce que, notamment, il est négocié sur un marché réglementé ou un système multilatéral de négociation, est compensé et réglé par l'intermédiaire d'une chambre de compensation reconnue ou fait l'objet d'appels de couvertures périodiques. »*

Ce qui signifie que les contrats financiers peuvent servir à transférer toute sorte de risque, sous réserve de l'ordre public et des bonnes moeurs. Les contrats financiers et les contrats d'assurance sont donc mis en concurrence, surtout que ces deux figures présentent des garanties équivalentes en termes d'exécution de l'obligation de couverture<sup>750</sup>. C'est la pratique qui révélera la figure la plus attractive pour les contractants.

226. Les parties pourraient sentir le besoin de s'écarter des figures nommées de transfert de risque et de créer de toute pièce des figures innommées, en usant de la liberté contractuelle<sup>751</sup>. La détermination du régime juridique d'un contrat innommé est liée à sa « plus ou moins grande autonomie par rapport à un ou plusieurs contrats nommés »<sup>752</sup>. Le professeur Terré a recensé trois aspects du contrat innommé : « l'innommé-décomposition, l'innommé-alliage et l'innommé création »<sup>753</sup>.

Le recours à un contrat innommé se justifie en cas d'apparition d'un nouveau risque qui engendrerait des conséquences dommageables. C'est notamment le cas des nouveaux contrats financiers créés par la pratique qui permettent de transférer des risques de marchés de plus en plus divers.

On pense également à l'impossibilité technique de certains contrats nommés de couvrir des risques non suffisamment dispersés, impossibilité qui aboutit à l'émergence de nouvelles figures contractuelles. C'est le cas des changements climatiques, risques difficilement « assurables », qui ont fini par donner naissance aux dérivés climatiques ou *cat bond*, quoique de nos jours, l'assurance arrive à couvrir

---

<sup>750</sup>Professionnels règlementés et fonds de garantie dans les deux cas.

<sup>751</sup>Sous réserve de l'ordre public et des bonnes moeurs.

<sup>752</sup>F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, op. cit., page 486, numéro 615.

Voir aussi l'article 175 alinéa 3 du code des obligations et des contrats libanais qui dispose : « celles qui figurent dans la deuxième partie ne sont applicables aux contrats innommés que par voie d'analogie et en considération des affinités qu'ils présentent avec des opérations nommées déterminées. »

<sup>753</sup>F. Terré, op. cit., page 456, numéro 569.

ces risques. Les *cat bonds* sont des procédés nouveaux qui ont permis d'atteindre un résultat connu : le transfert du risque de catastrophes naturelles.

Les parties, en usant de la liberté contractuelle, peuvent recourir à des combinaisons nouvelles de procédés connus pour transférer le risque. On pense par exemple au transfert du risque viager par la conclusion d'une tontine dans un premier temps et de contrats financiers dont le sous-jacent serait le risque viager subi par les tontiniers dans un second temps. On pense également à la réunion de plusieurs parties au titre de « vendeur de couverture » en un *pool* afin de couvrir un risque de marché.

Les nécessités pratiques poussent également les parties à recourir aux contrats innommés, en raison notamment des circonstances de temps et de lieu ou de l'insuffisance des cadres préexistants. La création d'un contrat innommé est initialement l'œuvre des individus, les juges consacrent ces créations, du moment qu'aucune règle légale ne s'y oppose<sup>754</sup>. Le souci de simplification des rapports contractuels peut aussi inciter les parties à recourir aux contrats innommés : formalisme lié à la standardisation, professionnels règlementés et contrôle étatique.

227. Les parties peuvent donc conclure des contrats de transfert de risque qui s'éloignent des figures nommées déjà examinées. Tant que les éléments essentiels de tout contrat de transfert de risque sont réunis, à savoir une fonction de couverture, un risque et une obligation de couverture, la qualification de contrat de transfert de risque s'impose et déclenche l'application du régime juridique y relatif. Toutefois, le recours aux contrats innommés ne doit pas être instrumentalisé pour faire échec à l'application des règles d'ordre public régissant les contrats nommés. On pense surtout au monopole des compagnies d'assurances, dont la violation est sanctionnée aussi bien pénalement que par la nullité de l'opération. En pratique, cela signifie qu'une opération de transfert de risque entre deux particuliers pourra être requalifiée en contrat d'assurance, nul pour violation du monopole.

Une requalification des figures innommées en pari<sup>755</sup> n'est pas envisageable puisque dans les contrats de transfert de risque, la finalité est la couverture. D'autant plus que le risque préexiste à la conclusion du contrat. Par contre, dans le pari, « folle

---

<sup>754</sup>F. Terré, *op. cit.*, page 489, numéro 617.

<sup>755</sup>Avec application de l'exception de jeu, prévue à l'article 1965 du code civil.

convention<sup>756</sup> dédaignée par la loi »<sup>757</sup> ayant pour fonction la spéculation, le risque prend naissance du fait de la conclusion du pari lui-même.

---

<sup>756</sup>*Animus ludendi*, qui signifie esprit de jeu.

## Conclusion du chapitre 2

228. Aux termes de ce chapitre, nous avons démontré que le risque n'est pas un bien dont la propriété est susceptible d'être transférée, et que par conséquent le contrat de transfert de risque n'est pas une forme de contrat de vente. Ce n'est pas non plus une cession de créance, ni une cession de dette, ni une cession de contrat.

Trois facteurs nous ont permis d'exclure certains contrats de la catégorie des contrats de transfert de risque. D'abord la finalité spéculative dans le cas de certains contrats financiers, du pari, des assurances de personnes en cas de vie et de la tontine en cas de vie. En effet, dans ces contrats, la réalisation de l'évènement incertain peut engendrer un gain, ce qui nous amène à l'absence d'un autre élément essentiel de tout contrat de transfert de risque : le risque, celui-ci étant défini comme un évènement incertain dont la réalisation engendrerait une perte.

Ensuite le mécanisme de la couverture qui consiste en la naissance d'une obligation principale indépendante de tout autre rapport, et non pas une transmission ou une adjonction à une obligation préexistante, comme dans le cas d'une cession d'obligations.

Enfin, l'absence de la prestation caractéristique, qui consiste en une obligation de couverture, comme dans les garanties indemnitaires.<sup>758</sup>

L'autonomie de la catégorie de contrat de transfert de risque permet d'attribuer aux contrats atypiques la qualification adéquate, sans déformer les catégories préétablies, en vue de l'application du régime juridique correspondant. Elle permet également aux parties de conclure des contrats innommés de transfert de risque.

Un troisième intérêt à la création de cette catégorie est l'élaboration d'un régime juridique commun à tous ces contrats, au-delà de la diversité des règles expressément prévues par le législateur à chacun de ses contrats<sup>759</sup>.

---

<sup>757</sup>R. Kahn, *La notion de l'aléa dans les contrats*, thèse, Paris 1924, page 96, numéro 79.

<sup>758</sup>Dans la novation, il existe une obligation caractéristique préexistante qui est éteinte, et dans les garanties indemnitaires, ladite obligation consiste en une obligation de prévention du risque, sous peine de dommages-intérêts.

<sup>759</sup>Voir *infra* numéros 231 et s. relatifs au régime du contrat de transfert de risque.

## CONCLUSION DU TITRE 2

229. Après avoir identifié les contrats de transfert de risque, il ressort qu'ils constituent apparemment un ensemble hétérogène, qui ne peut servir de matière pour forger une nouvelle catégorie de contrat. En effet, certains contrats examinés sont synallagmatiques, comme le contrat d'assurance et les contrats financiers. D'autres unilatéraux comme le cautionnement et la garantie autonome<sup>760</sup>. L'hétérogénéité se poursuit puisque certains contrats sont conclus *intuitu personae*, comme le cautionnement, alors que d'autres en sont totalement dépourvus, comme les contrats financiers. On a pu également recenser des contrats de transfert de risque commutatifs comme les garanties réelles ou personnelles, et des contrats de transfert de risque aléatoires, comme l'assurance et la tontine.

Toutefois, cette diversité apparente n'est pas un obstacle à la systématisation des contrats de transfert de risque, notre postulat étant que « l'immense et multiforme variété des contrats spéciaux peut se ramener à un nombre réduit de types principaux qui correspondent aux besoins essentiels de l'homme »<sup>761</sup>, sans que « la multiplication récente des règles spéciales qui ne constitueraient plus qu'un amas de règles informe et gigantesque »<sup>762</sup>, ne soit un obstacle à la constitution de ladite nouvelle catégorie.

Les éléments constitutifs d'un contrat de transfert de risque sont le risque, l'obligation de couverture et le but de couverture,

Le contrat de transfert de risque est un contrat autonome qui se distingue des autres figures contractuelles. L'émergence de la nouvelle catégorie permet d'éviter des qualifications artificielles en vue de trouver le régime juridique approprié. Elle permet également aux parties de conclure des contrats innommés de transfert de risque en vertu de la liberté contractuelle.

---

<sup>760</sup>Tout contrat de transfert de risque n'est pas un contrat aléatoire. C'est le cas du cautionnement. Ce qui signifie que le problème de la lésion ne se pose pas. Et plus généralement, on ne peut annuler un contrat de transfert de risque pour lésion, car soit il est unilatéral, soit il est aléatoire (et dans ce cas, l'aléa chasse la lésion)

<sup>761</sup>Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Contrats spéciaux*, *op. cit.*, page 31.

<sup>762</sup>S. Auber, *Essai sur le contrat spécial*, thèse, Tours, 1994, page 6.

## Conclusion de la première partie

---

230. Pour élaborer la catégorie de contrat de transfert de risque, nous avons choisi comme point de départ l'article D. 211-1 A alinéa 5 du code monétaire et financier. Cet article cite parmi les contrats financiers, les contrats ayant pour objet « le transfert du risque de crédit ». Après avoir analysé les dérivés de crédit, et distingué au sein de ces derniers ceux qui sont conclus à titre spéculatif et ceux conclus à titre de couverture, nous avons conclu que les éléments essentiels d'un dérivé de crédit, contrat de transfert de risque nommé, sont le risque, l'obligation de couverture et la fonction de couverture. Ayant précisé les contours de la notion de contrat de transfert de risque, il a fallu en déterminer les composantes. A ce niveau de l'étude, « la méthode de recherche a consisté à vérifier qu'il existait en droit positif des procédés qui répondent au modèle théorique dégagé dans la problématique »<sup>763</sup>. Autrement dit, nous avons recensé plusieurs contrats nommés, principaux ou accessoires, qui sont des contrats de transfert de risque, malgré une absence de qualification législative expresse en ce sens.

Aux termes de cette double démarche formelle et substantielle, nous avons défini le contrat de transfert de risque comme étant l'accord de volonté en vertu duquel une partie dite « cessionnaire », s'engage à l'égard d'une autre partie dite « cédant »<sup>764</sup>, à une obligation de faire ou de donner, en contrepartie d'une prime, d'un engagement réciproque ou par intention libérale, lorsque la réalisation d'un évènement incertain préalablement défini, engendre des conséquences dommageables pour une l'autre partie, dite « cédant »<sup>765</sup>.

Il ressort de cette définition que la catégorie de contrats de transfert de risque n'est pas une catégorie « fourre-tout », ce qui nous a permis d'en exclure plusieurs contrats voisins, afin d'asseoir l'autonomie de ladite catégorie. Notre effort de systématiser plusieurs contrats *a priori* dissemblables et de les catégoriser n'est pas simplement théorique. En effet, l'émergence de la nouvelle catégorie permet de donner à une figure contractuelle atypique la qualification adéquate, afin de lui appliquer le régime

---

<sup>763</sup>E. Jeuland, *Essai sur la substitution de personne dans le rapport d'obligation*, thèse, Rennes I, 1996, page 13.

<sup>764</sup>Ou à l'égard d'un tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui.

<sup>765</sup>Ou pour un tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui.

juridique correspondant. Elle permet également aux parties de conclure des contrats innommés de transfert de risque en vertu de la liberté contractuelle.

L'existence et l'autonomie de la notion de contrat de transfert de risque, vont de pair avec un régime juridique spécial, qu'il convient à présent d'examiner.

## Deuxième partie : Le régime du contrat de transfert de risque

---

231. Un régime juridique est un ensemble de règles de droit applicables à une activité, une personne, une institution, ou une chose.

Chaque contrat de transfert de risque précédemment étudié, est soumis à un régime propre qu'il n'est pas possible dans le cadre de cet essai, d'étudier en détail. Dans cette partie, il ne s'agit pas de dresser le régime complet de chaque contrat de transfert de risque mais plutôt de déterminer son économie, c'est-à-dire de dégager « l'organisation des divers éléments d'un ensemble. »<sup>766</sup> Notre démarche consiste donc à examiner les règles communes à tous les contrats de transfert de risque et à mentionner ponctuellement les solutions propres à chaque contrat nommé.

Elaborer un régime commun à l'abri des réglementations parcellaires à partir des différents statuts spéciaux régissant les différents contrats nommés, fait apparaître « dans le foisonnement surabondant des espèces du règne contractuel, des règles plus ou moins communes. Ceci est de nature à nourrir le renouvellement de la théorie générale. »<sup>767</sup>

Nous raisonnerons sur certains points, par analogie avec le contrat d'assurance. Ce raisonnement<sup>768</sup> consiste à « étendre la loi à des matières ou à des cas qu'elle n'a pas prévus, ce qui implique un passage du connu à l'inconnu...le fondement de cette extension étant la similitude de raison d'être (*ratio legis*) entre la règle existante et la solution à introduire, car il est vrai de dire que les mêmes causes doivent produire les mêmes effets. »<sup>769</sup>

Nous avons choisi de raisonner par analogie avec le contrat d'assurance parce qu'il est l'archétype des contrats de transfert de risque. Il est soumis à un régime juridique

---

<sup>766</sup>E. Jeuland, *Essai sur la substitution de personne dans le rapport d'obligation*, *op. cit.*, page 220, numéro 246.

<sup>767</sup>L. Cadiet, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, page 29.

<sup>768</sup>Ou l'argument *a pari*.

<sup>769</sup>J. Carbonnier, *Droit civil, volume 2, les biens, les obligations*, *op. cit.*, page 299, numéro 156. Voir aussi F. Terré, *Introduction au droit*, 9<sup>ème</sup> édition, Dalloz 2012, page 25, numéro 28 : « l'argument d'analogie consiste à étendre cette règle à des situations semblables. En d'autres termes, il apparaît normal de soumettre aux mêmes règles de droit les rapports qui ne diffèrent que sur des points dont l'existence ne semble pas justifier un traitement différent. »

D'ailleurs l'article 175 alinéa 3 du code des obligations et des contrats libanais dispose que les règles « qui figurent dans la deuxième partie (La deuxième partie du code des obligations et des contrats est intitulée « règles spéciales à certains contrats »), ne sont applicables aux contrats nommés que par voie d'analogie et en considération des affinités qu'ils présentent avec des opérations nommées déterminées. »

codifié, la jurisprudence en la matière est bien assise et les analyses doctrinales ne manquent pas.

Nous analyserons dans un premier temps la formation des contrats de transfert de risque (titre 1) et dans un second temps leurs effets (titre 2).

## **TITRE 1 : LA FORMATION DU CONTRAT DE TRANSFERT DE RISQUE**

232. La formation des contrats de transfert de risque est tout d'abord soumise aux conditions de droit commun, énumérées à l'article 1108 du code civil qui dispose:

*« Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :*

*Le consentement de la partie qui s'oblige ;*

*Sa capacité de contracter ;*

*Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;*

*Une cause licite dans l'obligation.»*

Le non respect de ces conditions de droit commun entraînerait la nullité du contrat de transfert de risque. On cite notamment la nullité pour vices du consentement, pour violation d'une exigence de forme, pour contrariété à l'ordre public, aux bonnes mœurs et aux règles impératives.

233. Conformément au principe du consensualisme, un contrat de transfert de risque est parfait sans qu'il soit nécessaire de respecter une exigence de forme particulière. Ce n'est qu'à titre exceptionnel et lorsque le législateur ou les parties le prévoient expressément, qu'une telle exigence est requise. Plusieurs textes prévoient un formalisme *ad validitatem*. Il s'agit de l'article 2336 du code civil<sup>770</sup> relatif au gage, de l'article 2356<sup>771</sup> relatif au nantissement de créances lorsqu'il a un caractère civil, et des articles L. 142-3 alinéa 1<sup>772</sup> et L. 142-4 alinéa 1<sup>773</sup> du code de commerce relatifs au nantissement d'un fonds de commerce. Il convient de citer également

---

<sup>770</sup>Article 2336 du code civil : « *le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature.* »

<sup>771</sup>Article 2356 du code civil : « *à peine de nullité, le nantissement de créance doit être conclu par écrit.* »

<sup>772</sup>Article L. 142-3 alinéa 1 du code de commerce : « *le contrat de nantissement est constaté par un acte authentique ou par un acte sous seing privé, dûment enregistré.* »

<sup>773</sup>Article L. 142-4 alinéa 1 du code de commerce : « *l'inscription doit être prise, à peine de nullité du nantissement, dans la quinzaine de la date de l'acte constitutif.* »

l'article 2416 du code civil<sup>774</sup> relatif à l'hypothèque conventionnelle, applicable également au gage immobilier en vertu du renvoi opéré par l'article 2388 du code civil.

Quant au contrat de cautionnement, l'exigence de la mention manuscrite prévue à l'article 1326 du code civil est un formalisme *ad probationem* mais la jurisprudence en a fait pendant un certain moment un formalisme *ad validitatem* dans le but de protéger la caution<sup>775</sup>. Cet état des choses a changé avec l'arrêt de la première chambre civile de la cour de cassation du 15 novembre 1989.<sup>776</sup> En d'autres termes, le contrat de cautionnement est un contrat consensuel.

Ayant émis ces observations préliminaires, pour leur formation, tous les contrats de transfert de risque sont soumis à une condition commune (chapitre 1). Certains contrats sont soumis en plus à des conditions spéciales (chapitre 2).

---

<sup>774</sup>Article 2416 du code civil : « *l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte notarié.* »

<sup>775</sup>Eviter l'abus de blanc-seing et la falsification du montant *a posteriori*. Voir en ce sens, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 1987, *Bull. civ. I*, numéro 20 : « il résulte de la combinaison des articles 1326 et 2015 du code civil que les exigences relatives à la mention manuscrite devant figurer sur un acte de cautionnement ne constituent pas de simples règles de preuve, mais ont pour finalité la protection de la caution. »

<sup>776</sup>Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 15 novembre 1989, *D.* 1990.177 note Ch. Mouly, et grands arrêts de la jurisprudence civile, 12<sup>ème</sup> édition, tome 2, page 835, numéros 293 à 296. On peut lire dans cet arrêt ce qui suit : « l'engagement souscrit par la caution doit comporter sa signature ainsi que la mention écrite de sa main, de la somme en toutes lettres et chiffres de toute obligation déterminable au jour de l'engagement. Ces règles de preuve ont pour finalité la protection de la caution. » Voir aussi, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mai 2005, numéro du pourvoi 04-14.695.

Le code de la consommation prévoit également un formalisme aux articles L. 313-7 à L. 313-10 et L. 341-2 et L. 341-3 sans en préciser la sanction. La cour de cassation dans un arrêt de la première chambre civile du 5 avril 2012 ( numéro du pourvoi 11-12515) a décidé que « le jugement retient à bon droit que l'absence de la mention manuscrite prévue à l'article L. 313-8 du code de la consommation a pour seul effet de priver le créancier du caractère solidaire du cautionnement souscrit et affirme à juste titre, en privant dès lors de toute portée l'insertion du terme " solidaire " dans la mention manuscrite apposée par les époux Y..., dont il relève qu'il n'est pas contesté qu'ils ont reporté la mention prévue par l'article L. 313-7 du même code, que ceux-ci ne se sont engagés qu'en qualité de cautions simples. »

Par contre, la chambre commerciale, dans un arrêt du 5 février 2013 (numéro du pourvoi 12-11.720) a décidé que « la violation du formalisme des articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation, qui a pour finalité la protection des intérêts de la caution, est sanctionnée par une nullité relative, à laquelle elle peut renoncer par une exécution volontaire de son engagement irrégulier, en connaissance du vice l'affectant. »

## **Chapitre 1 : La condition commune tenant au risque**

234. En plus des conditions énumérées par le code civil, il existe un élément essentiel à la formation de tout contrat de transfert de risque : le risque, défini comme étant l'évènement incertain<sup>777</sup> ayant des conséquences dommageables. Le risque doit d'abord exister (section 1), et ensuite réunir plusieurs caractères (section 2).

### **Section 1 : L'existence du risque**

235. Nous avons distingué plus haut<sup>778</sup> entre le risque subi et le risque recherché. Dans le premier cas, nous sommes en présence d'un contrat de transfert de risque, alors que dans le second cas, nous sommes en présence d'une opération de prise de risque, comme le pari. Autrement dit, le risque doit préexister à la formation d'un contrat de transfert de risque.

L'existence du risque doit s'apprécier au moment de la conclusion du contrat puisqu'il s'agit d'après notre analyse d'un élément de formation du contrat. L'évènement dont on désire couvrir les conséquences dommageables doit être soit incertain dans sa réalisation ou dans le moment de sa réalisation, soit indéterminable dans son étendue. Un risque existant est un risque non encore réalisé. Nous avons toutefois pu recenser trois hypothèses dans lesquelles la question de l'existence du risque peut se poser. Après avoir exposé ces trois situations (§1), nous allons examiner les sanctions applicables en cas d'absence du risque (§2).

#### **§1-Les différentes hypothèses d'existence du risque**

236. Dans trois séries d'hypothèses, l'existence du risque laisse planer l'ombre d'un doute mais n'en est pas moins certaine. Il s'agit d'abord de l'hypothèse du risque putatif<sup>779</sup>, ensuite de celle du risque composite et enfin de celle du risque potestatif.

##### **A. Le risque putatif**

237. Lorsque le risque est déjà entièrement réalisé, soit les parties le savent et le contrat est disqualifié<sup>780</sup> pour absence de risque<sup>781</sup>, soit les parties l'ignorent, et nous

---

<sup>777</sup>Dans sa réalisation, dans sa date de réalisation ou dans l'étendue de sa réalisation.

<sup>778</sup>*Supra* numéro 157.

serons en présence du risque putatif<sup>782</sup>. Le risque putatif est l'évènement qui s'est déjà réalisé lors de la souscription du contrat, alors que les parties l'ignorent. En d'autres termes, l'incertitude n'existe que dans l'esprit des parties. Il s'agit d'un risque subjectif<sup>783</sup>, et non plus objectif.

Cette dernière hypothèse n'est pas sans rappeler l'article 1181 du code civil relatif à la condition, qui dispose : « *l'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties* ».

Le risque putatif est admis en matière d'assurance maritime par les articles L. 172-4<sup>784</sup> et L. 172-5 du code des assurances<sup>785</sup>. En ce qui concerne l'assurance terrestre, l'article L. 121-15 alinéa 1<sup>786</sup> du code des assurances semble s'y opposer, quoique la jurisprudence admet les clauses expresses de reprise du passé<sup>787</sup>, à condition que ce passé soit inconnu de l'assuré.

Plusieurs arguments permettent de justifier « l'assurabilité » du risque putatif, qui est par définition un risque objectivement inexistant : la couverture du risque putatif est juridiquement logique puisque c'est la volonté des parties au contrat d'assurance qui fait entrer l'incertain dans le champ contractuel, et il est légitime d'apprécier l'incertitude par référence à la psychologie des parties. Elle est techniquement possible<sup>788</sup>, puisque le code des assurances l'admet de façon expresse en matière d'assurance maritime (articles L. 172-4 et L. 172-5 du code des assurances précités). Elle est socialement utile : satisfaire un besoin de sécurité<sup>789</sup>, qui pour n'avoir pas de fondement matériel, n'en est pas moins psychologiquement bien réel. Enfin, elle est

<sup>779</sup>Du latin *putare*, qui signifie « penser ».

<sup>780</sup>En acte à titre gratuit, en pari, etc..., sous réserve que les conditions du contrat de remplacement soient réunies.

<sup>781</sup>A moins d'un texte clair, qui prévoit une solution contraire.

<sup>782</sup>Ceci nous rappelle la condition, et notamment l'article 1181 alinéa 1 du code civil : « *l'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties* ».

<sup>783</sup>Par opposition à « objectif ».

<sup>784</sup>Article L. 172-4 du code des assurances : « *toute assurance faite après le sinistre ou l'arrivée des objets assurés ou du navire transporteur est nulle, si la nouvelle en était connue, avant la conclusion du contrat, au lieu où il a été signé ou au lieu où se trouvait l'assuré ou l'assureur.* »

<sup>785</sup>Article L. 172-5 du code des assurances : « *l'assurance sur bonnes ou mauvaises nouvelles est nulle s'il est établi qu'avant la conclusion du contrat l'assuré avait personnellement connaissance du sinistre ou l'assureur de l'arrivée des objets assurés* ».

<sup>786</sup>Article L. 121-15 du code des assurances : « *l'assurance est nulle si, au moment du contrat, la chose assurée a déjà péri ou ne peut plus être exposée aux risques* ».

<sup>787</sup>On parle de clause de reprise du passé inconnu, en vertu de laquelle l'assureur prend en charge les dommages dont l'assuré n'avait pas encore connaissance au jour de la souscription du contrat. Voir en ce sens, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 avril 1984, *RGAT* 1985.109 et Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 octobre 1975, *D.* 1976.149.

<sup>788</sup>Même tarification et même dispersion.

<sup>789</sup>Celle de l'assuré, partie économiquement la plus faible.

moralement acceptable : la bonne foi de l'assuré, qui ignore le fait que le risque soit déjà réalisé, le rend digne de protection.

Cette solution propre aux contrats d'assurance peut être étendue aux autres contrats de transfert de risque : aucun texte de droit commun<sup>790</sup> ou propre aux autres contrats nommés de transfert de risque ne fait obstacle à une telle transposition. Il s'agit en toutes circonstances de respecter la volonté des parties, tant qu'elles sont de bonne foi et tant qu'il n'y a aucune atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Pour illustrer nos propos, nous pouvons citer l'exemple d'une tontine en cas de décès conclue par une personne ignorant sa maladie ainsi que son décès imminent.

## B. Le risque composite

238. Le risque composite<sup>791</sup>, prévu en droit des assurances, suppose la réunion de plusieurs éléments : un élément initial suivi des conséquences<sup>792</sup> de ce dernier. Tant qu'un seul de ses éléments n'est pas réalisé, le risque reste assurable, peu importe que la réalisation des autres éléments soit connue ou non de l'assuré. En d'autres termes, il s'agit d'un risque partiellement réalisé, donc partiellement inexistant. Si le droit des assurances admet l'assurabilité du risque composite, en est-il de même pour les autres contrats de transfert de risque? On pense notamment aux contrats de transfert de risque de crédit, lorsque le risque de crédit est déjà partiellement avéré au moment de la conclusion du contrat. C'est-à-dire lorsque le débiteur affronte des difficultés financières, mais continue tout de même à remplir ses obligations contractuelles. C'est le cas par exemple d'une garantie autonome justifiée, dans laquelle les parties ont convenu que l'évènement déclencheur de la garantie serait la non exécution à l'échéance de la prestation promise suivie d'une procédure collective, seul le premier évènement étant déjà réalisé au moment de la conclusion du contrat.

Comme pour le cas du risque putatif, aucun texte ou principe général de droit n'empêche d'extrapoler la solution propre au droit des assurances. D'ailleurs la logique commande une telle transposition : le risque composite est un risque existant, quoique partiellement.

---

<sup>790</sup>L'article 1131 du code civil (« *l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* »), relatif à la fausse cause n'est pas applicable dans ce cas puisque le risque n'est pas une cause au sens de contrepartie.

<sup>791</sup>C'est celui qui requiert deux évènements, qui au surplus doivent être unis par un lien de causalité. Exemple : le décès, l'incapacité ou l'invalidité, consécutifs à un accident ou à une maladie. Voir en ce sens J. Kullmann, V° Assurances de personnes (vie-prévoyance), *Rep. Civ. Dalloz*, numéro 42.

## C. Le risque potestatif<sup>793</sup>

239. Le risque potestatif est celui dont la réalisation dépend pour partie de la volonté de l'assuré. En droit des assurances, la faute non intentionnelle est assurable sauf exclusion expresse par une clause du contrat. Par contre, la faute intentionnelle, dont la preuve est difficile à établir<sup>794</sup> n'est pas assurable<sup>795</sup>. Autrement dit, un risque partiellement potestatif est un risque assurable.

Pour les autres contrats de transfert de risque, les textes sont muets. Le droit commun a prévu des solutions concernant la condition : celle-ci pour être valable, peut être casuelle, partiellement potestative de la part de celui qui s'oblige ou purement potestative de la part du créancier. L'article 1171 du code civil<sup>796</sup> est relatif à la condition mixte et l'article 1174 du même code<sup>797</sup> concerne la potestativité de la part de celui qui s'oblige. Quoique la condition présente des similitudes avec le risque, il s'agit de deux notions différentes<sup>798</sup>, et la solution prévue pour la condition, ne peut être extrapolée aux contrats spéciaux de transfert de risque ; les conditions du raisonnement par analogie n'étant pas remplies. Il convient donc d'élaborer une solution propre à ces derniers. Nous pensons que tant que le rôle de la volonté dans la réalisation du risque n'est pas déterminant, le transfert d'un risque simplement potestatif, par opposition à un risque purement potestatif est possible : dans cette hypothèse, l'incertitude existe toujours, même si elle n'est pas exclusivement le fruit du hasard.

Comme exemple, nous pouvons citer le cas d'un contrat de transfert de risque de crédit, dans lequel l'évènement de crédit consiste dans le déclenchement d'une procédure de redressement judiciaire, sachant que l'article L. 631-5 alinéa 2 du code de commerce<sup>799</sup> permet au créancier, donc au cédant du risque de déclencher une telle procédure. Il convient également de noter que l'article L. 631-20 du code de

<sup>792</sup> Dégâts des eaux et effondrement du plafond.

<sup>793</sup> Potestatif, du latin *potestas* qui signifie, puissance, pouvoir.

<sup>794</sup> Voir en ce sens, Cass. civ, 2<sup>ème</sup>, 22 octobre 2015, numéro 14-25.494 « le seul placement sous contrôle judiciaire de l'assuré à la suite de sa mise en examen, fût-ce pour des infractions intentionnelles, ne permet pas de tenir pour établie une faute intentionnelle ou dolosive de celui-ci, de sorte que l'assureur est, dans ce cas, tenu à garantie ».

<sup>795</sup> Cette dernière devant émaner de l'assuré.

<sup>796</sup> Article 1171 du code civil : « la condition mixte est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes, et de la volonté d'un tiers. »

<sup>797</sup> Cela est conforme à l'article 1174 du code civil en vertu duquel « toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. »

<sup>798</sup> Voir *supra* numéros 145 à 147.

commerce dispose que : « *par dérogation aux dispositions de l'article L. 626-11, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan* ».

## §2-Les sanctions de l'absence de risque

240. Le risque est un élément constitutif catégorique de tout contrat de transfert de risque. Son absence au moment de la conclusion du contrat doit donc être sanctionnée. Il convient de préciser ladite sanction, en distinguant les cas où il existe un texte exprès qui la prévoit (A), et les cas où un tel texte n'existe pas (B).

### A. En présence d'un texte

241. En dehors du cas particulier des contrats de transfert de risque, plusieurs textes du code civil sanctionnent l'absence de risque au jour de la conclusion du contrat. Il s'agit d'abord de l'article 1967 relatif au contrat de jeu qui dispose: « *dans aucun cas le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie* »<sup>800</sup>. Ce qui signifie que le dol, la supercherie ou l'escroquerie, donc l'absence de risque, a pour effet de neutraliser la règle qui interdit la répétition d'un paiement volontaire. Il s'agit ensuite des articles 1974 et 1975 du code civil relatifs à la rente viagère. Le premier de ces textes dispose que « *tout contrat de rente viagère, créé sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat, ne produit aucun effet.* » Cet article est relatif à un contrat de rente viagère dépourvu de l'incertitude quant au décès du crédit-rentier. Le deuxième texte dispose qu' « *il en est de même du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat* ». C'est le cas d'un contrat de rente viagère dans lequel il existe techniquement une incertitude, mais le législateur considère qu'elle est insuffisante. En d'autres termes, une incertitude dérisoire est une absence totale d'incertitude. Les textes sus-mentionnés utilisent l'expression « ne produit aucun effet »- qui figure

---

<sup>799</sup>Article L. 631-5 alinéa 2 du code de commerce : « *sous cette même réserve, la procédure peut aussi être ouverte sur l'assignation d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance* ».

<sup>800</sup>Ceci n'est pas sans nous rappeler le délit d'initié : l'opération financière est maintenue pour la sécurité des marchés, mais il y a des sanctions pénales.

également à l'article 1131 du code civil- sans pour autant que le législateur ne précise quelle sanction est visée par cette expression<sup>801</sup>.

Concernant les contrats de transfert de risque, l'article L. 172-1 du code des assurances<sup>802</sup> emploie également l'expression « *ne produit aucun effet* ». Quant à l'article L. 121-15 du code des assurances, il est plus clair, et dispose que « *l'assurance est nulle si, au moment du contrat, la chose assurée a déjà péri ou ne peut plus être exposée aux risques* ». Le texte parle de nullité, sans préciser s'il s'agit d'une nullité absolue ou relative, mais la jurisprudence a opté pour la nullité relative<sup>803</sup>, étant en présence de simples intérêts privés. Citons dans le même sens les articles L. 121-9<sup>804</sup>, L. 172-4 et L. 172-5 du code des assurances.

Les textes mentionnés ci-dessus sont relatifs à des contrats spéciaux<sup>805</sup> et édictent des sanctions ambiguës en utilisant les expressions « *ne produit aucun effet* », et « *nullité* », sans aucune précision. Ce qui signifie que pour les autres figures de contrat de transfert de risque, il est préférable de chercher une sanction qui leur est propre.

## B. En l'absence d'un texte

242. En l'absence d'un texte exprès, il convient de se référer aux solutions élaborées par la jurisprudence, qui s'est prononcée à propos du contrat de cautionnement. Selon la jurisprudence, il n'est pas interdit de se porter sciemment caution d'un débiteur dont l'insolvabilité est avérée<sup>806</sup>, et « les cautions ne peuvent être déliées de leur obligation pour erreur sur la solvabilité du débiteur principal au jour de leur engagement, que si elles démontrent qu'elles avaient fait de cette circonstance la condition de cet engagement. »<sup>807</sup>

Dans ces deux affaires, la caution était au courant de l'absence de risque. De deux choses l'une : soit la caution a parié sur le rétablissement futur du débiteur (et dans ce

---

<sup>801</sup> Nullité absolue, nullité relative ou inexistence.

<sup>802</sup> L'article L. 172-1 du code des assurances dispose : « *l'assurance ne produit aucun effet lorsque les risques n'ont pas commencé dans les deux mois de l'engagement des parties ou de la date qui a été fixée pour prise en charge* ».

<sup>803</sup> « La nullité du contrat d'assurance pour absence d'aléa est une nullité relative qui ne peut être invoquée que par celui dont la loi a été méconnue tendait à assurer la protection. ». Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 novembre 1999, *JCP. E* 2000, page 1186.

<sup>804</sup> Article L. 121-9 du code des assurances : « *en cas de perte totale de la chose assurée résultant d'un événement non prévu par la police, l'assurance prend fin de plein droit et l'assureur doit restituer à l'assuré la portion de la prime payée d'avance et afférente au temps pour lequel le risque n'est plus couru* ». Il s'agit d'un texte impératif. Voir le code des assurances commenté, L'Argus.

<sup>805</sup> Le contrat d'assurance, qu'il soit terrestre ou maritime.

<sup>806</sup> Cass. com., 10 octobre 1995, *Bull. civ. IV*, numéro 223, page 209.

<sup>807</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 1985, *JCP* 1986.II.20.659.

cas le risque subsiste), soit la caution savait que la défaillance du débiteur était certaine, hypothèse dans laquelle ce n'est pas la validité mais la nature de l'opération intervenue qui doit susciter l'interrogation. Il peut s'agir d'une délégation de paiement ou d'une forme de solidarité (la prétendue caution est en réalité un débiteur principal qui s'engage envers le créancier à payer la dette au terme envisagé ; l'exigibilité de son obligation est certaine). Par contre, si la caution ignore que la situation du débiteur est irrémédiablement compromise, il y aurait erreur sur le risque garanti, qui est une erreur substantielle, vice du consentement<sup>808</sup>.

La solution jurisprudentielle susmentionnée se fonde sur la définition du cautionnement, qui figure à l'article 2288 du code civil. Ce texte dispose que « *la caution s'engage à payer...si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* »<sup>809</sup>. Partant de cette définition, les tribunaux ont déduit que « *l'engagement de la caution est nul, si la condition-de non paiement à l'échéance-était déjà accomplie à l'insu de la caution au moment de son engagement, le débiteur garanti étant d'ores et déjà insolvable* »<sup>810</sup>. La jurisprudence a même prononcé la nullité d'un cautionnement pour erreur sur la solvabilité du débiteur, dans un cas où la caution avait donné sa signature dans l'ignorance de ce que le débiteur avait une situation déjà obérée.<sup>811</sup>

243. En dehors du cas spécial du cautionnement, la sanction de l'absence de risque au moment de la conclusion du contrat de transfert de risque, est tributaire de la connaissance par les parties de cette absence. Si les deux contractants savent que le risque n'existe pas, et décident tout de même de contracter, leur comportement indique qu'elles ont voulu conclure une autre opération que le transfert de risque, et il y aura disqualification en pari ou en acte à titre gratuit, etc...

Si la disqualification du contrat n'est pas possible du fait de l'absence de réunion de toutes les conditions du contrat de remplacement, la sanction de l'absence de risque serait la nullité relative du contrat, le risque étant une condition de formation du contrat exigée dans un intérêt privé.

---

<sup>808</sup>V. Mazeaud, *op. cit.*, page 378, numéro 255. *Contra* : l'erreur sur la solvabilité n'est pas une erreur substantielle sauf à démontrer que la solvabilité du débiteur a été érigée en condition de l'engagement.

<sup>809</sup>Ce qui n'est pas sans nous rappeler la condition suspensive.

<sup>810</sup>Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, *op. cit.*, page 71, numéro 61. Cour d'appel de Paris, 31 octobre 1950, *RTD com.*, 1951, page 96. Cour d'appel de Paris, 22 février 1988, *D.* 1988, *inf. rap.*, page 82. Cour d'appel de Rennes, 14 juin 1951, *D.* 1952, page 712. Cour d'appel d'Aix en Provence, 12 février 1969, *Revue Banque*, 1969, page 312.

<sup>811</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1 mars 1972, *Dalloz* 1973, page 773 et Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 décembre 1972, *Dalloz* 1973, Cass. com., 7 mai 1975, *Bull. civ.* IV, numéro 125.

C'est le cas par exemple d'une tontine conclue entre deux personnes, d'âge très inégal. Il s'agit non pas d'un contrat de transfert de risque, la mort étant imminente, mais plutôt d'une donation.

Par contre, si une seule des parties connaît l'inexistence du risque, « l'inégalité dans l'incertitude »<sup>812</sup> doit être sanctionnée ; c'est une hypothèse de vice du consentement et notamment de dol par réticence<sup>813</sup>, dont la sanction est la nullité relative accompagnée éventuellement de dommages-intérêts. La jurisprudence a prononcé plusieurs fois la nullité d'un cautionnement pour manquement à l'obligation de bonne foi, ce manquement étant constitutif d'un dol par réticence.<sup>814</sup> En d'autres termes, l'absence d'information de la caution sur la situation irrémédiablement compromise du débiteur principal est sanctionnée par la nullité pour dol.<sup>815</sup> Un arrêt récent de la chambre commerciale du 16 juin 2015<sup>816</sup> vient confirmer ladite solution et décide que « *commet un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution, l'incitant ainsi à s'engager* ».

## Section 2 : Les caractères du risque

244. Le risque ne doit pas être dérisoire, son existence doit être sérieuse ; ce qui signifie que l'incertitude dans la réalisation de l'évènement, quant au moment de la réalisation ou l'étendue de la réalisation doit être suffisante. Le risque est considéré comme dérisoire lorsqu'il y a certitude qu'il ne se réalisera pas<sup>817</sup>, ou au contraire lorsqu'il y a certitude qu'il s'est déjà réalisé<sup>818</sup>. L'appréciation de la « suffisance » de l'incertitude est une question de fait, qui relève du pouvoir souverain des juges du fond. La jurisprudence se contente d'une incertitude très faible, qui se rapproche parfois de la certitude<sup>819</sup>. On cite par exemple l'arrêt de la première chambre civile qui a décidé que par « une appréciation souveraine, le juge du fond peut estimer que

---

<sup>812</sup>A. Bénabent, *La chance et le droit*, Préface J. Carbonnier, LGDJ, 2014, page 40 numéro 41, et page 42 numéro 45.

<sup>813</sup>Le dol est prévu par les articles 1116 et s. du code civil.

<sup>814</sup>Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 16 mai 1995, *Bull. civ.* I, numéro 61. Voir aussi, Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 13 mai 2003, *Bull. civ.* I, numéro 114.

<sup>815</sup>Cass. com., 8 novembre 1983, *Bull. civ.* IV, numéro 298.

<sup>816</sup>Pourvoi numéro 14-10.375.

<sup>817</sup>Assurance inondation, et construction d'un barrage

<sup>818</sup>Assurance incendie contre une maison déjà incendiée.

<sup>819</sup>J. Bigot, *Traité de droit des assurances, tome 3, le contrat d'assurance, op.cit.*, page 71, numéro 105. Voir aussi page 77 numéro 109, et page 78, note 305.

même si l'assuré est à l'époque de la souscription en état de longue maladie, et si le décès est survenu peu de temps après, le risque de décès était encore aléatoire. »<sup>820</sup>

Ayant examiné l'exigence préalable d'un risque sérieux, celui-ci doit d'abord être transférable (§1), ensuite déterminé par les parties (§2) et enfin révélé (§3).

## §1-Un risque transférable

245. En droit des assurances, lorsque le risque respecte les limites légales et techniques, on parle de « risque assurable ». Aussi peut-on dire, *mutatis mutandis*, et s'agissant des contrats de transfert de risque, que seul le risque « transférable » peut faire l'objet d'un contrat de transfert de risque.

Pour qu'un risque soit transférable, donc susceptible de faire l'objet d'un contrat de transfert de risque, il doit respecter deux sortes de limites : des limites légales (A), ainsi que des limites techniques (B). Ceci n'est pas sans rappeler l'article 1128 du code civil qui dispose : « *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* ».

### A. Le respect des limites légales

246. La première limite légale est une limite de droit commun, formulée à l'article 6 du code civil, qui dispose : « *on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Plusieurs situations peuvent illustrer cette limite. Nous pouvons citer par exemple l'assurance contre le retrait du permis de conduire, contre les amendes, ou les activités de contrebande, et l'assurance pertes d'exploitation d'une maison de tolérance. Dans ces exemples, l'aspect illicite est relatif à l'objet du contrat. Dans le même ordre d'idées, et avant le revirement jurisprudentiel de 1999<sup>821</sup>, le contrat d'assurance en faveur de la concubine constituait une donation indirecte entachée de cause illicite.

Ayant précisé la limite légale de droit commun applicable à tous les contrats de transfert de risque, il convient à présent d'examiner les limites légales spéciales propres au contrat d'assurance<sup>822</sup>.

---

<sup>820</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juillet 1998, numéro 96-13.863

<sup>821</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 février 1999, pourvoi n° 96-11.946, et Ass. plén., 29 octobre 2004, pourvoi n° 03-11.238 : « *n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretenait avec la bénéficiaire* ».

<sup>822</sup>Auquel on assimile le contrat de réassurance.

247. Dans un contrat d'assurance, il est interdit d'assurer la faute intentionnelle de l'assuré<sup>823</sup>. Cette interdiction se justifie par des considérations morales, qui tendent à éviter les sinistres volontaires et les vengeances. Cette interdiction se justifie également par des considérations techniques c'est-à-dire par l'absence d'aléa lorsque c'est par la faute intentionnelle de l'assuré que le risque se réalise. Pour les assurances maritimes, l'impossibilité de couvrir la faute intentionnelle de l'assuré est expressément prévue aux articles L. 173-5<sup>824</sup> et L. 174-5<sup>825</sup> du code des assurances.

Ensuite, l'article L. 132-3 du code des assurances prohibe « *de contracter une assurance en cas de décès sur la tête d'un mineur âgé de moins de douze ans, d'un majeur en tutelle, d'une personne placée dans un établissement psychiatrique d'hospitalisation* ». Ce qui signifie que la vie d'un mineur de moins de douze ans ou d'un incapable majeur est un risque juridiquement inassurable<sup>826</sup> par crainte de *votum mortis* à l'égard de ces personnes particulièrement vulnérables.

Le découvert obligatoire est un autre cas d'inassurabilité juridique quoique partielle, prévu à l'article L. 121-1 du code des assurances, selon lequel « *l'assuré reste obligatoirement son propre assureur pour une somme ou une quotité déterminée* ». Le découvert permet de moraliser l'assurance de responsabilité. L'assuré ne peut faire garantir le découvert par un autre assureur, il doit rester à sa charge<sup>827</sup>.

Il ressort de ces interdictions que la faute intentionnelle ainsi que les pertes en deça du seuil fixé par le découvert obligatoire sont des risques non couvrables par un contrat d'assurance pour des considérations morales. Les parties ne pourront pas non plus recourir à un autre type de contrat de transfert de risque (qu'il soit nommé ou innommé) pour les couvrir, sous peine de commettre une fraude à la loi ; le recours à

---

<sup>823</sup> Article L. 113-1 du code des assurances : « *les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police.* »

Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré. » Mentionnons toutefois l'article L. 121-2 et son complément l'article L. 121-12 alinéa 3 du même code selon lesquels il y a garantie de la faute des personnes dont l'assuré est responsable en vertu de l'article 1384 alinéa 1 du code civil, « *quelles que soient la nature et la gravité* » de ces fautes. Ce qui inclut la faute intentionnelle. Mais l'assureur a un recours subrogatoire contre ces personnes en cas de malveillance. Ces textes sont impératifs.

<sup>824</sup> Article L. 173-5 du code des assurances : « *l'assureur ne garantit pas les dommages et pertes causés par la faute intentionnelle du capitaine* ».

<sup>825</sup> Article L. 174-5 du code des assurances : « *l'assureur ne répond pas du dommage ou de la perte que l'expéditeur ou le destinataire, en tant que tel, a causés par faute intentionnelle ou inexcusable. Il ne répond pas du dommage consécutif au vice propre de la marchandise, résultant de sa détérioration interne, de son dépérissement, de son coulage, ainsi que de l'absence ou du défaut d'emballage, de la freinte de route ou du fait des rongeurs. Toutefois, l'assureur garantit le dommage consécutif au retard lorsque le voyage est anormalement retardé par un événement dont il répond* ».

<sup>826</sup> Alors que techniquement un tel risque est assurable, car l'homicide provient du tiers et non de l'assuré lui-même.

<sup>827</sup> Y. Lambert-Faivre, *Droit des assurances*, op. cit., page 429, numéro 564.

un autre contrat n'aura d'autre but que d'éviter les dispositions impératives régissant l'autre.

248. Les cas précités sont des interdictions de couverture du risque impératives, en ce sens que les parties ne peuvent pas prévoir de clause contraire. En dehors de l'hypothèse du risque non transférable, il existe des hypothèses de risque impérativement transférable, sans possibilité de prévoir une clause contraire. C'est notamment le cas du contrat d'assurance, dans lequel le législateur, par une sorte de dirigisme, impose la garantie des risques atypiques comme les catastrophes naturelles et les actes terroristes. En effet, l'article L. 125-1 du code des assurances impose de garantir « *les effets des catastrophes naturelles, dont ceux des affaissements de terrain dus à des cavités souterraines et à des marnières* ». L'article L. 126-1 impose d'indemniser « *les victimes d'actes de terrorisme commis sur le territoire national, les personnes de nationalité française victimes à l'étranger de ces mêmes actes ainsi que leurs ayants droit, quelle que soit leur nationalité* ». Enfin, l'article L. 128-2 impose de couvrir « *les dommages<sup>828</sup> résultant des catastrophes technologiques* ».

249. Il existe un cas hybride, à mi-chemin entre le risque « interdit » et le risque « imposé ». Il s'agit du suicide<sup>829</sup>, expressément prévu à l'article L. 132-7 du code des assurances, texte d'ordre public. Le suicide n'est plus une faute intentionnelle qui exclut la garantie, et il est « probabilisable »<sup>830</sup>. Selon ce texte, il est interdit de couvrir le risque de suicide durant la première année du contrat d'assurance<sup>831</sup>. Mais à compter de la deuxième année, l'assurance en cas de décès « *doit couvrir le risque de suicide* ».

Il convient de noter que le risque impérativement couvrable ne se ramène pas à un cas de contrat imposé. En effet, les articles sus-mentionnés ne concernent pas les contrats d'assurance obligatoire prévus au livre II du code des assurances.<sup>832</sup> C'est seulement lorsque le contractant choisit librement de conclure un des contrats d'assurance sus-mentionnés que l'assureur serait obligé de couvrir les risques visés par le législateur.

---

<sup>828</sup>Causés aux biens et non aux personnes.

<sup>829</sup>Il s'agit d'un sinistre volontaire, qui ne devrait pas normalement être pris en charge.

<sup>830</sup>Ph. Casson, *Suicide et assurance vie*, Dalloz, collection Thèmes et commentaires, Association Capitant, Journées nationales, Tome XIV / Le Mans, 2011, page 39.

<sup>831</sup> Sinon l'assurance est « de nul effet ».

## B. Le respect des limites techniques

250. Par limites techniques, nous entendons les obstacles issus d'une impossibilité de maîtriser le risque, à travers les statistiques et les calculs de probabilité. C'est surtout le cas en droit des assurances, dont le fondement mathématique consiste à estimer les chances de réalisation des sinistres « par référence au recensement statistique d'événements passés, groupés en risques homogènes de même nature. »<sup>833</sup>

Le code des assurances a prévu plusieurs cas de risque techniquement inassurable, tout en laissant aux parties la possibilité de prévoir une clause contraire. C'est le cas du vice propre de la chose, prévu notamment par les articles L. 121-7<sup>834</sup>, L. 122-5<sup>835</sup>, L. 172-18<sup>836</sup>, L. 173-4<sup>837</sup> et L. 174-2<sup>838</sup> du code des assurances. Il existe par ailleurs des interdictions de couverture supplétives. Selon ces articles, le vice propre de la chose est exclu de la couverture<sup>839</sup> sauf clause contraire. Cette inassurabilité s'explique par le fait que l'état des connaissances scientifiques ne permet pas de révéler la « nuisibilité potentielle » d'un bien donné. Mais cet obstacle tend à s'estomper avec les progrès techniques.

C'est également le cas des *incendies directement occasionnés par les éruptions de volcans, les tremblements de terre et autres cataclysmes*<sup>840</sup>. Ainsi que des *pertes et dommages occasionnés soit par la guerre étrangère, soit par la guerre civile, soit par*

<sup>832</sup>Le livre II a prévu les assurances obligatoires suivantes : l'assurance des véhicules terrestres à moteur et de leurs remorques et semi-remorques, l'assurance des engins de remontée mécanique, l'assurance des travaux de construction et l'assurance de responsabilité civile médicale.

<sup>833</sup>Y. Lambert-Faivre, *Droit des assurances*, op. cit., page 339, numéro 434.

<sup>834</sup>Article L. 121-7 du code des assurances : « *les déchets, diminutions et pertes subies par la chose assurée et qui proviennent de son vice propre ne sont pas à la charge de l'assureur, sauf convention contraire.* »

<sup>835</sup>Article L. 122-5 du code des assurances : « *l'assureur, conformément à l'article L. 121-7, ne répond pas des pertes et détériorations de la chose assurée provenant du vice propre ; mais il garantit les dommages d'incendie qui en sont la suite, à moins qu'il ne soit fondé à demander la nullité du contrat d'assurance par application de l'article L. 113-8, premier alinéa.* »

<sup>836</sup>Article L. 172-18 du code des assurances : « *l'assureur n'est pas garant ;*

*a) des dommages et pertes matériels provenant du vice propre de l'objet assuré, sauf ce qui est dit à l'article L.173-4 quant au vice caché du navire,*

*b) des dommages et pertes matériels résultant des amendes, confiscations, mises sous séquestre, réquisitions, mesures sanitaires ou de désinfection ou consécutifs à des violations de blocus, actes de contrebande, de commerce prohibé ou clandestin,*

*c) des dommages-intérêts ou autres indemnités à raison de toutes saisies ou cautions données pour libérer les objets saisis ;*

*d) des préjudices qui ne constituent pas des dommages et pertes matériels atteignant directement l'objet assuré, tels que chômage, retard, différence de cours, obstacle apporté au commerce de l'assuré. »*

<sup>837</sup>Article L. 173-4 du code des assurances : « *l'assureur ne garantit pas les dommages et pertes résultant d'un vice propre du navire, sauf s'il s'agit d'un vice caché.* »

<sup>838</sup>Article L. 174-2 du code des assurances : « *l'assureur ne garantit pas les pertes et les dommages lorsque le bateau entreprend le voyage dans un état le rendant impropre à la navigation ou insuffisamment armé ou équipé.*

*De même, il ne garantit pas les pertes et dommages consécutifs à l'usure normale du bateau ou à sa vétusté.*

<sup>839</sup>Du fait de l'absence d'aléa.

<sup>840</sup>Article L. 122-6 du code des assurances : « *sauf convention contraire, l'assurance ne couvre pas les incendies directement occasionnés par les éruptions de volcans, les tremblements de terre et autres cataclysmes.* »

*des émeutes ou par des mouvements populaires*<sup>841</sup>, qui sont des risques non suffisamment dispersés<sup>842</sup> et de forte intensité. La difficile prévisibilité de ces risques, ainsi que les lourdes charges que devrait assumer l'assureur en cas de sinistre justifient la position du législateur.

Quant au risque très « récent pour apprécier son degré de sinistrabilité et pour calculer le montant de la prime d'équilibre »<sup>843</sup>, on distingue le risque absolument inconnu, et le risque difficilement connu. Comme exemple du premier cas, on peut citer le risque de développement. Comme exemple du second cas, on peut citer les risques nouveaux<sup>844</sup>, pour lesquels le recul par rapport au passé est très faible, rendant impossible l'établissement de bases statistiques, en vue d'une mutualisation optimale du risque.

Toutefois, l'inassurabilité économique (du fait du caractère isolé, nouveau ou énorme du risque, qui est par conséquent difficilement « mutualisable ») est une inassurabilité de fait et non de droit, ce qui signifie que les parties peuvent prévoir une clause contraire.<sup>845</sup>

251. Ces limites techniques de l'assurance, quoique repoussées de plus en plus loin<sup>846</sup>, ont conduit à l'apparition de nouvelles figures de contrat de transfert de risque. On pense notamment aux dérivés climatiques qui ont remédié à l'absence de statistiques en matière d'assurance. Les différences entre un contrat d'assurance de dommages qui couvre le risque climatique et un dérivé climatique sont les suivantes : le premier contrat couvre des risques normaux qui s'étalent sur une courte durée. Le paiement par l'assureur de l'indemnité est tributaire de la preuve du dommage et le contrat

---

<sup>841</sup> Article L. 121-8 du code des assurances : « *L'assureur ne répond pas, sauf convention contraire, des pertes et dommages occasionnés soit par la guerre étrangère, soit par la guerre civile, soit par des émeutes ou par des mouvements populaires. Lorsque ces risques ne sont pas couverts par le contrat, l'assuré doit prouver que le sinistre résulte d'un fait autre que le fait de guerre étrangère ; il appartient à l'assureur de prouver que le sinistre résulte de la guerre civile, d'émeutes ou de mouvements populaires.* »

Voir également l'article L. 172-16 du même code qui dispose : « *L'assureur ne couvre pas les risques ;*

*a) de guerre civile ou étrangère, de mines et tous engins de guerre,*

*b) de piraterie,*

*c) de capture, prise ou détention par tous gouvernements ou autorités quelconques,*

*d) d'émeutes, de mouvements populaires, de grèves et de lock-out, d'actes de sabotage ou de terrorisme,*

*e) des dommages causés par l'objet assuré à d'autres biens ou personnes, sauf ce qui est dit à l'article L.173-8,*

*f) des sinistres dus aux effets directs ou indirects d'explosion, de dégagement de chaleur, d'irradiation provenant de transmutations de noyaux d'atomes ou de la radioactivité, ainsi que les sinistres dus aux effets de radiation provoqués par l'accélération artificielle des particules. »*

<sup>842</sup> Qui se réalisent très rarement.

<sup>843</sup> J. Bonnard, *Droit des assurances*, 3ème édition, Litec, page 4, numéro 9.

<sup>844</sup> OGM, changements climatiques.

<sup>845</sup> Articles L. 121-8 et L. 122-6 du code des assurances.

<sup>846</sup> N. Hadj-Chaib Candelle, *Du risque assurable au risque garanti en assurances terrestres*, thèse, Paris II, 1999.

d'assurance est soumis à la taxe prévue par l'article 991 du CGI ainsi qu'au droit commun des procédures collectives.

Par contre, le second contrat couvre des risques plus graves s'étalant sur une longue durée, le paiement de l'indemnité est tributaire du franchissement du seuil de température et le dérivé climatique est soumis à un régime dérogatoire en cas de faillite en tant qu'instrument financier<sup>847</sup>.

252. Il existe également une limite propre à l'hypothèse des contrats financiers. En effet, le cours du sous-jacent, objet du risque, doit régulièrement être publié afin d'assurer une négociation équitable et ordonnée. Si la cotation est interrompue, le code monétaire et financier prévoit la suspension des négociations sur les marchés financiers.<sup>848</sup> Par conséquent, un risque financier n'est couvrable que si le cours du sous-jacent est régulièrement publié. Toute atteinte à la transparence et à l'intégrité du marché est sanctionnée dans le but de protéger le consentement de l'investisseur et de permettre la fixation loyale du prix du contrat financier.

## §2-Un risque déterminé ou déterminable

253. Un auteur<sup>849</sup> affirme qu'il n'y a pas d'assurance implicite ou inconsciente et « qu'on n'assure pas sans le savoir ni sans le vouloir. »

Le risque étant la condition de formation commune à tous les contrats de transfert de risque, il est naturel qu'il soit déterminé, ou déterminable. En effet, l'article 1129 du code civil dispose : « *il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce* ». Dans un contrat de transfert de risque l'objet de

<sup>847</sup>Voir *infra* numéro 342.

<sup>848</sup>Article L. 421-15 I du CMF : « I. - Après en avoir informé l'émetteur, l'entreprise de marché peut suspendre, pour une durée déterminée et dans le cadre des règles du marché réglementé qu'elle gère, la négociation d'un instrument financier admis aux négociations sur ce marché, lorsqu'un instrument financier ou les conditions de sa négociation n'obéissent plus aux règles du marché réglementé, sauf si une telle mesure est susceptible de léser d'une manière significative les intérêts des investisseurs ou de compromettre le fonctionnement ordonné du marché.

La suspension de la négociation d'un instrument financier peut être requise auprès de l'entreprise de marché, par le président de l'Autorité des marchés financiers ou son représentant légalement désigné.

L'émetteur d'un instrument financier admis sur un marché réglementé peut demander à l'entreprise de marché la suspension de cet instrument afin de permettre l'information du public dans des conditions satisfaisantes. »

Article L. 421-16 du CMF : « lorsqu'un événement exceptionnel perturbe le fonctionnement régulier d'un marché réglementé, le président de l'Autorité des marchés financiers ou son représentant légalement désigné peut suspendre tout ou partie des négociations, pour une durée n'excédant pas deux jours de négociations consécutifs. Au-delà de cette durée, la suspension est prononcée par arrêté du ministre chargé de l'économie pris sur proposition du président de l'Autorité des marchés financiers. Ces décisions sont rendues publiques.

Si la suspension sur un marché réglementé a duré plus de deux jours de négociations consécutifs, les opérations en cours à la date de suspension peuvent être compensées et liquidées dans les conditions définies par les règles du marché ».

<sup>849</sup>J. Hémard, *Théorie et pratique des assurances terrestres*, tome 1, *op. cit.*, page 82, numéro 46.

l'obligation du cessionnaire est la couverture d'un risque. Il convient donc de déterminer le risque qui rentre dans le champ de la couverture ainsi que les modalités de la couverture, que nous examinerons plus loin<sup>850</sup>.

Selon le principe de la liberté contractuelle, il convient de confier cette détermination aux parties, qui doivent préciser l'évènement incertain dont la survenance va déclencher la mise en œuvre de l'obligation de prise en charge. Les parties peuvent, au nom de la liberté contractuelle, confier cette détermination à un tiers, pourvu que la désignation de ce tiers soit faite de manière objective, par application des clauses du contrat, et sans immixtion du juge. Cette possibilité n'est pas sans rappeler l'article 1592 du code civil, relatif à la vente.

Dans l'hypothèse d'une indétermination du risque par les parties ou par un tiers, le juge ne peut procéder lui-même à cette détermination en ayant recours à la volonté implicite des parties. L'interprétation de la volonté des parties relève du pouvoir souverain des juges du fond, sous réserve de dénaturation. Autrement dit, en l'absence de détermination du risque par les parties, il n'y a point de contrat de transfert de risque. Il pourrait y avoir un autre contrat, si les éléments constitutifs de ce dernier se trouvent réunis. A défaut, le contrat sera nul d'une nullité relative.

254. Une autre question se pose à ce niveau : peut-on transférer le risque d'autrui? En matière de contrats de transfert de risque, le contractant n'est pas nécessairement le titulaire du risque. Comme exemple, on peut citer la délégation imparfaite, ainsi que l'assurance contractée sur la tête d'autrui, parfaitement valable, à l'exception du cas de l'assurance contractée sur la tête d'un mineur ou d'un majeur protégé<sup>851</sup>, qui est réputée nulle.

---

<sup>850</sup>Voir *infra* numéros 279 à 282.

<sup>851</sup>Articles L. 132-3 du code des assurances : « il est défendu à toute personne de contracter une assurance en cas de décès sur la tête d'un mineur âgé de moins de douze ans, d'un majeur en tutelle, d'une personne placée dans un établissement psychiatrique d'hospitalisation.

*Toute assurance contractée en violation de cette prohibition est nulle.*

*La nullité est prononcée sur la demande de l'assureur, du souscripteur de la police ou du représentant de l'incapable.*

*Les primes payées doivent être intégralement restituées.*

*L'assureur et le souscripteur sont en outre passibles, pour chaque assurance conclue sciemment en violation de cette interdiction, d'une amende de 4 500 euros.*

*Ces dispositions ne mettent point obstacle dans l'assurance en cas de décès, au remboursement des primes payées en exécution d'un contrat d'assurance en cas de vie, souscrit sur la tête d'une des personnes mentionnées au premier alinéa ci-dessus ou au remboursement du seul montant des primes payées, en exécution d'un contrat d'assurance de survie, souscrit au bénéfice d'une des personnes mentionnées au premier alinéa ci-dessus ».*

255. Le contrat d'assurance illustre bien l'exigence de détermination du risque. En effet, l'alinéa 1 de l'article L. 113-1 du code des assurances dispose que « *les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police* ». L'assureur, après avoir déterminé le risque couvert<sup>852</sup> stipule des exclusions<sup>853</sup>. L'utilité d'une exclusion est de placer hors du champ de la garantie, certains risques qui, en l'absence d'une telle exclusion, seraient couverts. Dans un arrêt du 26 novembre 1996, la Cour de cassation a défini l'exclusion de garantie comme étant « *la clause qui prive l'assuré du bénéfice de la garantie [...] en considération de circonstances particulières de réalisation du risque* »<sup>854</sup>. Les exclusions sont soumises à un régime strict: selon l'article L. 112-4 *in fine* du code des assurances, elles doivent être contenues dans la police et rédigées en caractères très apparents. Et selon l'article L. 113-1 du même code, elles doivent être formelles, c'est-à-dire claires précises et non équivoques, ainsi que limitées afin de ne pas vider la garantie de sa substance<sup>855</sup>. Si ces exigences ne sont pas remplies, la clause d'exclusion est inopposable à l'assureur. Les clauses d'exclusion qui répondent aux exigences légales sont opposables aux tiers<sup>856</sup>, et l'assureur peut y renoncer. Pour les autres contrats de transfert de risque, les parties sont libres de fixer l'aire contractuelle et de prévoir des exclusions, dont le régime sera calqué par analogie sur celui prévu pour le contrat d'assurance.

### §3-Un risque révélé

256. La révélation du risque est une condition de formation de tout contrat de transfert de risque, garante du consentement éclairé et non vicié du cessionnaire du risque. La révélation du risque se traduit par une obligation précontractuelle d'information<sup>857</sup> qui pèse sur le cédant du risque. Celle-ci peut être violée soit par la

---

<sup>852</sup>La preuve de l'objet de la garantie est à la charge de l'assuré et cet objet ne doit pas être rédigé en caractères apparents, contrairement aux exclusions.

<sup>853</sup>Mais l'assureur ne doit pas prévoir de nombreuses d'exclusions, sous peine de tomber dans une « apparence de garantie » ou d'une garantie « vide ».

<sup>854</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 novembre 1996, pourvoi n° 94-16.058, *Bull. civ. I*, 1996, n° 413.

<sup>855</sup>Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 6 octobre 2011, numéro du pourvoi 10-10.001.

<sup>856</sup>Victimes, bénéficiaires.

<sup>857</sup>Voir l'article L. 1111-2 alinéas 1 et 2 du code de la santé publique, qui met à la charge du médecin une obligation d'information sur les risques. En effet, ces alinéas disposent : « *toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque,*

réretention de l'information, soit par la transmission d'une information erronée ou incomplète. Il convient de distinguer cette obligation précontractuelle d'information qui pèse sur le cédant, de l'obligation qui pèse sur certains professionnels, cessionnaires du risque, dans l'hypothèse où le cocontractant est un consommateur<sup>858</sup>. C'est le cas notamment de l'obligation de l'assureur<sup>859</sup> et du prestataire de services d'investissement<sup>860</sup>.

Les contrats de transfert de risque sont des contrats que l'on peut qualifier « d'extrême bonne foi », en ce sens que le contractant qui désire transférer le risque doit informer le cessionnaire des contours de ce dernier. La raison d'être de cette obligation de transparence s'explique aisément : le cessionnaire se trouve dans une « position

---

*postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver. Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser ».*

Voir également : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 octobre 1997, n° de pourvoi : 95-19609.

<sup>858</sup>On ne va pas s'étendre sur cette dernière obligation, qui a fait l'objet de plusieurs études et qui n'est pas au cœur de notre sujet. Voir en ce sens, J. Chacornac, *Essai sur les fonctions de l'information en droit des instruments financiers*, Dalloz, 2014.

<sup>859</sup>Article L. 112-2 du code des assurances : « *l'assureur doit obligatoirement fournir une fiche d'information sur le prix et les garanties avant la conclusion du contrat.* »

*Avant la conclusion du contrat, l'assureur remet à l'assuré un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice d'information sur le contrat qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi que les obligations de l'assuré. Les documents remis au preneur d'assurance précisent la loi qui est applicable au contrat si celle-ci n'est pas la loi française, les modalités d'examen des réclamations qu'il peut formuler au sujet du contrat, y compris, le cas échéant, l'existence d'une instance chargée en particulier de cet examen, sans préjudice pour lui d'intenter une action en justice, ainsi que l'adresse du siège social et, le cas échéant, de la succursale qui se propose d'accorder la couverture. Avant la conclusion d'un contrat comportant des garanties de responsabilité, l'assureur remet à l'assuré une fiche d'information, dont le modèle est fixé par arrêté, décrivant le fonctionnement dans le temps des garanties déclenchées par le fait dommageable, le fonctionnement dans le temps des garanties déclenchées par la réclamation, ainsi que les conséquences de la succession de contrats ayant des modes de déclenchement différents.*

*Un décret en Conseil d'Etat définit les moyens de constater la remise effective des documents mentionnés à l'alinéa précédent. Il détermine, en outre, les dérogations justifiées par la nature du contrat ou les circonstances de sa souscription.*

*La proposition d'assurance n'engage ni l'assuré, ni l'assureur ; seule la police ou la note de couverture constate leur engagement réciproque.*

*Est considérée comme acceptée la proposition, faite par lettre recommandée, de prolonger ou de modifier un contrat ou de remettre en vigueur un contrat suspendu, si l'assureur ne refuse pas cette proposition dans les dix jours après qu'elle lui est parvenue.*

*Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables aux assurances sur la vie ».*

Voir en ce sens, Cass. com., 9 décembre 2014 (pourvoi n° 13-23.673), dans lequel on peut lire ce qui suit : « qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la société Arcalis avait fourni à M. et Mme X... une information précontractuelle adaptée à leur situation personnelle comme à leurs attentes, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

Notons que si l'assureur manque à son obligation d'information, la clause dont il se prévaut est inopposable à l'assuré (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juillet 1991, numéro du pourvoi 88-12.095 et Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 décembre 1994, n° de pourvoi : 92-21377). Cette inopposabilité vaut aussi à l'égard du bénéficiaire (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 mars 1995, numéro du pourvoi 92-14.788).

<sup>860</sup>Voir notamment l'article L. 533-12 du CMF : « I. - *Toutes les informations, y compris les communications à caractère promotionnel, adressées par un prestataire de services d'investissement à des clients, notamment des clients potentiels, présentent un contenu exact, clair et non trompeur. Les communications à caractère promotionnel sont clairement identifiables en tant que telles.* »

*II. - Les prestataires de services d'investissement communiquent à leurs clients, notamment leurs clients potentiels, les informations leur permettant raisonnablement de comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposé ainsi que les risques y afférents, afin que les clients soient en mesure de prendre leurs décisions d'investissement en connaissance de cause ».*

informationnelle vulnérable »<sup>861</sup>, et fait largement confiance aux déclarations de son cocontractant. L'obligation d'information a pour but de restaurer l'inégalité informationnelle. Cette obligation d'information sur le risque<sup>862</sup> ne se limite pas à la phase précontractuelle. Elle se poursuit tout au long dudit contrat<sup>863</sup>. Il s'agit d'une obligation continue d'information sur le risque que nous examinerons plus loin<sup>864</sup>, et le cautionnement offre un exemple en ce sens<sup>865</sup>.

257. Le fondement de cette obligation d'information en l'absence d'un texte spécial est, conformément au droit commun, la bonne foi dans la conclusion des contrats<sup>866</sup>. On peut également penser à l'existence d'une obligation négative de ne pas tromper autrui<sup>867</sup>, ou à l'obligation positive d'aider autrui<sup>868</sup>. En d'autres termes « si la transparence est aujourd'hui recherchée par le droit positif, c'est aussi et peut être surtout car elle est synonyme de loyauté et d'égalité. »<sup>869</sup> D'ailleurs cette transparence

<sup>861</sup> Arrêt de la cour suprême du Canada 1992, Banque de Montréal contre Bail. [1992] 2 RCS 554, recueil de la cour suprême.

<sup>862</sup> Le risque étant pris au sens d'évènement incertain.

<sup>863</sup> Ceci rejoint quelque peu les propos de Madame Fabre-Magnan, qui rejette l'analyse chronologique traditionnelle fondée sur le moment d'apparition de l'obligation. L'auteur propose une nouvelle distinction, dont le critère est fonctionnel: obligation d'information ayant une influence sur le consentement (responsabilité précontractuelle et vices du consentement) et obligation d'information ayant une incidence sur l'exécution du contrat (responsabilité délictuelle). M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, préface J. Ghestin, LGDJ, 2014.

<sup>864</sup> Voir *infra* numéro 328.

<sup>865</sup> Articles 2293 alinéa 2 du code civil : « lorsque ce cautionnement est contracté par une personne physique, celle-ci est informée par le créancier de l'évolution du montant de la créance garantie et de ces accessoires au moins annuellement à la date convenue entre les parties ou, à défaut, à la date anniversaire du contrat, sous peine de déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités ».

Article L. 313-22 du CMF : « les établissements de crédit ou les sociétés de financement ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale, sont tenus au plus tard avant le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, ils rappellent la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée.

Le défaut d'accomplissement de la formalité prévue à l'alinéa précédent emporte, dans les rapports entre la caution et l'établissement, déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information. Les paiements effectués par le débiteur principal sont réputés, dans les rapports entre la caution et l'établissement, affectés prioritairement au règlement du principal de la dette ».

Articles L. 313-9 et L. 341-6 du code de la consommation. Le premier texte dispose : « toute personne physique qui s'est portée caution à l'occasion d'une opération de crédit relevant des chapitres Ier ou II du présent titre doit être informée par l'établissement prêteur de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement caractérisé susceptible d'inscription au fichier institué à l'article L. 333-4. Si l'établissement prêteur ne se conforme pas à cette obligation, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée ». Le second texte dispose : « le créancier professionnel est tenu de faire connaître à la caution personne physique, au plus tard avant le 31 mars de chaque année, le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation garantie, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, il rappelle la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée. À défaut, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information ».

<sup>866</sup> Article 1134 alinéa 3 du code civil en vertu duquel les conventions doivent être exécutées de bonne foi.

<sup>867</sup> *Ibidem*, page 42, numéro 51.

<sup>868</sup> *Ibid.*, page 43, numéro 52.

<sup>869</sup> *Ibid.*, page 109, numéro 144 note 253.

a été reprise par le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations à l'article 1129<sup>870</sup>.

258. Le contractant qui désire transférer le risque doit révéler à son cocontractant l'évènement incertain qui est susceptible d'engendrer les pertes, ainsi que tous les éléments nécessaires à l'appréciation du risque et à la détermination du coût de sa couverture. L'information doit être déterminante et ignorée de l'autre contractant.

Il existe deux cas de dispense de cette obligation d'information : l'information incidente et l'information déjà connue. En matière de contrat d'assurance, la jurisprudence a décidé que *si le risque omis ou dénaturé était connu de l'assureur ou s'il ne modifie pas l'étendue de ses obligations ou s'il est demeuré sans incidence sur la réalisation du sinistre, il n'y a pas lieu d'appliquer les sanctions de la fausse déclaration du risque.*

La violation de ladite obligation sera sanctionnée par la nullité relative pour réticence dolosive, ainsi que les dommages intérêts, tout en distinguant entre dol déterminant et dol incident.<sup>871</sup> On peut également se fonder sur l'erreur sur l'existence du risque, ou l'erreur sur l'étendue du risque<sup>872</sup> ; le terrain de l'erreur offre par rapport au dol, l'avantage de pouvoir se prévaloir de l'inexistence pour erreur obstacle<sup>873</sup>.

Comme illustration de ladite obligation, citons l'obligation de mise en garde de la caution de la situation irrémédiablement compromise du débiteur, et même de sa situation simplement obérée<sup>874</sup>.

---

<sup>870</sup>Article 1129 : « celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

*Le manquement à ce devoir d'information engage la responsabilité extracontractuelle de celui qui en était tenu. Lorsque ce manquement provoque un vice du consentement, le contrat peut être annulé. »*

<sup>871</sup>Le dol incident, par opposition au dol déterminant, est celui qui sans avoir déterminé la formation du contrat, en modifie les clauses. Le dol incident ouvre droit à une action en dommages-intérêts et non en nullité. Ceci n'est pas sans nous rappeler l'article 208 du code des obligations et des contrats libanais qui dispose : « le dol n'est jamais exclusif du consentement ; il le vicie et entraîne la nullité du contrat lorsqu'il a été déterminant et a décidé la victime à contracter.

*Le dol incident, qui, sans avoir déterminé la formation du contrat, en a modifié les clauses, ouvre seulement à la victime une action en dommages-intérêts. »*

<sup>872</sup>Article L. 132-26 du code des assurances : « L'erreur sur l'âge de l'assuré n'entraîne la nullité de l'assurance que lorsque son âge véritable se trouve en dehors des limites fixées pour la conclusion des contrats par les tarifs de l'assureur. Dans tout autre cas, si, par suite d'une erreur de ce genre, la prime payée est inférieure à celle qui aurait dû être acquittée, le capital ou la rente assurée est réduit en proportion de la prime perçue et de celle qui aurait correspondu à l'âge véritable de l'assuré. Si, au contraire, par suite d'une erreur sur l'âge de l'assuré, une prime trop forte a été payée, l'assureur est tenu de restituer la portion de prime qu'il a reçue en trop sans intérêt. »

<sup>873</sup>C'est une action imprescriptible, alors que l'action en nullité relative se prescrit par un délai de 5 ans (article 1304 du code civil). L'action en nullité absolue est également prescrite par un délai de 5 ans (article 2224 du code civil). L'erreur obstacle peut porter sur la nature du contrat ou sur l'identité de l'objet de l'obligation.

<sup>874</sup>P. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, op. cit., page 81, numéro 81. Voir Cass. com., 23 juin 1998, Bull. civ. IV, n° 208, et Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mai 2003, numéro du pourvoi 01-11.511 : devoir de mise en garde de la caution d'un crédit excédant les facultés du débiteur, qui pèse sur le créancier. Lapremière chambre civile, par un arrêt du 16

Quant à la garantie autonome, une doctrine<sup>875</sup> qui se fonde sur le caractère autonome de ce contrat, affirme que le créancier ne doit aucune information au garant, car l'obligation de ce dernier n'est pas celle du débiteur, donc peu importe s'il en est informé. Nous pensons que malgré l'autonomie de l'obligation du garant par rapport à celle du débiteur principal, il reste que le garant prend en charge un risque, et il doit être informé dudit risque.<sup>876</sup>

259. Pour certains contrats de transfert de risque, et en cas de violation de ladite obligation, le législateur a prévu une solution spéciale qui s'écarte de la solution de droit commun sus-mentionnée. C'est le cas du contrat d'assurance. Le législateur a distingué entre la fausse déclaration intentionnelle et la fausse déclaration non intentionnelle. Dans le premier cas, il y a nullité du contrat d'assurance avec conservation des primes par l'assureur ; ce qui constitue une peine privée<sup>877</sup>, ayant pour but la moralisation des rapports contractuels. L'assureur peut également demander la restitution des indemnités versées. Dans le deuxième cas, si la fausse déclaration est constatée avant le sinistre, l'assureur peut maintenir le contrat avec augmentation des primes, augmentation que l'assuré doit accepter. En cas de refus de l'assuré, il y a résiliation du contrat avec divisibilité de la prime. Si, par contre, elle est constatée après la réalisation du sinistre, il y a réduction proportionnelle de l'indemnité<sup>878</sup>. L'assureur peut aussi résilier le contrat<sup>879</sup>. Notons que la fausse

mai 1995, numéro du pourvoi 92-20976, a annulé le cautionnement sans même viser le dol. *Contra* : devoir de la caution de se renseigner, Cour de cassation, chambre commerciale, 16 février 1982, numéro du pourvoi 80-13.901.

<sup>875</sup>Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes et garanties indemnitaires*, op. cit.

<sup>876</sup>Ph. Simler, *V° Garanties autonomes* in : *J.-Cl Banque Crédit Bourse*, fasc. 743, numéro 7 : « le bénéficiaire est débiteur d'une obligation d'information à l'égard du garant. »

<sup>877</sup>Article L. 113-8 du code des assurances : « *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.* »

*Les primes payées demeurent alors acquises à l'assureur, qui a droit au paiement de toutes les primes échues à titre de dommages et intérêts.*

*Les dispositions du second alinéa du présent article ne sont pas applicables aux assurances sur la vie ».*

Voir aussi l'article L. 172-2 concernant la fausse déclaration en matière d'assurance maritime : « *toute omission ou toute déclaration inexacte de l'assuré de nature à diminuer sensiblement l'opinion de l'assureur sur le risque, qu'elle ait ou non influé sur le dommage ou sur la perte de l'objet assuré, annule l'assurance à la demande de l'assureur.* »

*Toutefois, si l'assuré rapporte la preuve de sa bonne foi, l'assureur est, sauf stipulation plus favorable à l'égard de l'assuré, garant du risque proportionnellement à la prime perçue par rapport à celle qu'il aurait dû percevoir, sauf les cas où il établit qu'il n'aurait pas couvert les risques s'il les avait connus.*

*La prime demeure acquise à l'assureur en cas de fraude de l'assuré ».*

<sup>878</sup>Pour calculer le montant de l'indemnité due, on applique la formule suivante :  $\text{dommage} \times \text{prime payée} / \text{prime due}$ . Un arrêt récent de la cour de cassation, de la 3<sup>ème</sup> chambre civile, numéro du pourvoi 13-22.063, illustre la sanction de la réduction proportionnelle.

<sup>879</sup>Article L. 113-9 du code des assurances : « *l'omission ou la déclaration inexacte de la part de l'assuré dont la mauvaise foi n'est pas établie n'entraîne pas la nullité de l'assurance.* »

déclaration non intentionnelle est souvent invoquée à titre subsidiaire si le juge ne retient pas la mauvaise foi. L'article L. 113-9 du code des assurances, qui prévoit la sanction de la fausse déclaration non intentionnelle doit être combiné avec l'article L. 119-4<sup>880</sup> du même code qui dispose : « *il n'y a pas lieu à résiliation ni à réduction par application de l'article L. 113-9 si le risque omis ou dénaturé était connu de l'assureur ou s'il ne modifie pas l'étendue de ses obligations ou s'il est demeuré sans incidence sur la réalisation du sinistre.* »

Autrement dit, lorsqu'il existe une « clause d'incontestabilité »<sup>881</sup> dans la police, l'assureur renonce à se prévaloir d'une fausse déclaration non intentionnelle des risques, mais non d'une fausse déclaration intentionnelle, car on ne peut s'affranchir conventionnellement des conséquences de son dol. La clause d'incontestabilité se rencontre le plus souvent dans le cadre des contrats d'assurance, mais elle est parfaitement concevable dans les autres figures de contrats de transfert de risque en vertu de la liberté contractuelle, avec la même limite : elle ne peut concerner une fausse déclaration intentionnelle.

260. La fausse déclaration non intentionnelle, qui est une irrégularité au moment de la formation du contrat ne doit pas être confondue avec l'hypothèse de la sous-assurance, prévue à l'article L. 121-5 du code des assurances<sup>882</sup>. Celle-ci n'est pas constitutive d'une faute, elle est le fruit de la liberté contractuelle du souscripteur, qui veut rester « son propre assureur » en supportant une partie du risque. Dans ce cas, il y a réduction de l'indemnité dûe par l'assureur, proportionnellement au rapport qui existe entre la valeur déclarée des capitaux assurés et la valeur réelle assurable.

---

*Si elle est constatée avant tout sinistre, l'assureur a le droit soit de maintenir le contrat, moyennant une augmentation de prime acceptée par l'assuré, soit de résilier le contrat dix jours après notification adressée à l'assuré par lettre recommandée, en restituant la portion de la prime payée pour le temps où l'assurance ne court plus.*

*Dans le cas où la constatation n'a lieu qu'après un sinistre, l'indemnité est réduite en proportion du taux des primes payées par rapport au taux des primes qui auraient été dues, si les risques avaient été complètement et exactement déclarés ».*

<sup>880</sup>Cet article concerne uniquement le cas de la fausse déclaration non intentionnelle, vu notamment le renvoi à l'article L. 113-9 du code des assurances.

<sup>881</sup>Par lesquelles l'assureur renonce à se prévaloir des omissions et inexactitudes non intentionnelles, et cela par opposition à la vérification du risque ou « risque agréé ».

<sup>882</sup>S'il résulte des estimations que la valeur de la chose assurée excède au jour du sinistre la somme garantie, l'assuré est considéré comme restant son propre assureur pour l'excédent, et supporte, en conséquence, une part proportionnelle du dommage, sauf convention contraire.

Il convient de mentionner l'interférence du secret médical protégé par l'article 226-13 du code pénal<sup>883</sup>, avec l'obligation de déclaration des risques en matière d'assurance de personnes: c'est *a posteriori* que l'assureur peut demander au juge de lever le secret s'il doute d'une fausse déclaration<sup>884</sup>. De même, le médecin peut fournir un certificat médical pour prouver que le décès ou la maladie rentrent ou non dans les exclusions.<sup>885</sup>

261. S'agissant des contrats financiers, le contrat cadre FBF dans son article 7.11.3 dispose que la fausse déclaration relative aux informations personnelles de chaque contractant est sanctionnée par la résiliation du contrat cadre. Dans le même ordre d'idées, la troisième partie du *schedule* de la convention ISDA intitulée « *agreement to deliver documents* » prévoit notamment l'obligation pour les deux contractants de communiquer les bilans consolidés certifiés, c'est-à-dire l'obligation mutuelle de révéler la situation financière reflétant le risque de crédit<sup>886</sup>.

Dans l'hypothèse du risque de marché, qui est le risque d'évolution des cours, le problème de la révélation du risque ne se pose pas, puisque les cours sont obligatoirement publiés, que ce soit sur les marchés réglementés ou non réglementés. En d'autres termes, l'information sur le risque est disponible du fait de la publication. Dans l'hypothèse du risque de crédit, et notamment dans le cas des dérivés de crédit<sup>887</sup>, l'acheteur de protection doit informer le vendeur de protection de l'état de solvabilité de l'entité de référence, d'abord pour que le consentement de ce dernier soit dépourvu de tout vice, et ensuite pour que le vendeur de protection puisse calculer le prix de l'instrument financier, qui constitue la contrepartie de l'obligation de couverture<sup>888</sup>.

Comme en matière d'assurance, un problème de secret interfère avec l'obligation de déclaration des risques. Il s'agit cette fois du secret bancaire. Pour illustrer nos propos, on peut citer le cas d'un *CDS* conclu par un prêteur, le plus souvent un banquier, pour se couvrir du risque de crédit qu'engendre son emprunteur. La théorie

---

<sup>883</sup>Article 226-13 du code pénal : « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

<sup>884</sup>V. Nicolas, *Droit des contrats d'assurance*, Economica, 2012, page 569, numéro 1379.

<sup>885</sup>*Ibidem*, page 572, numéro 1383.

<sup>886</sup>« *A copy of the most recent annual report containing audited consolidated financial statements certified by independent certified public accountants*».

<sup>887</sup>*CDS*.

<sup>888</sup>Voir *infra* numéro 175.

du secret partagé, pourrait justifier la divulgation par le banquier de l'état de solvabilité de son client emprunteur, au vendeur de protection.

262. Lorsqu'un manquement à l'obligation d'information précontractuelle sur le risque est invoqué, le débiteur de ladite obligation pourrait se défendre en arguant d'un manquement à l'obligation de se renseigner soi-même. La question qui se pose est alors de savoir si l'obligation d'information est spontanée ou bien si le cessionnaire doit aller à sa recherche, de sorte que pèserait sur lui une obligation de s'informer.

Pour le contrat d'assurance, la déclaration des risques<sup>889</sup> est régie par l'article L. 113-2 du code des assurances, qui dispose que l'assuré est obligé « ... *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.* » Depuis la réforme du 31 décembre 1989, la déclaration « spontanée » des risques par le souscripteur a été écartée au profit d'un questionnaire limitatif et précis élaboré par l'assureur<sup>890</sup>. Ce qui signifie que pour le contrat d'assurance<sup>891</sup>, l'assureur a une obligation de s'informer<sup>892</sup>. Cette solution se justifie par le fait que « les assurés connaissent mal la technique de l'assurance et déterminent mal quelles sont les circonstances, notamment subjectives qui peuvent intéresser l'assureur. Aussi, les omissions d'une déclaration spontanée peuvent-elles difficilement constituer la preuve d'une mauvaise foi et être sanctionnées comme telle »<sup>893</sup>.

263. Quant aux *pools* occultes en risque uniquement, qui se ramènent à un contrat de cautionnement, c'est la jurisprudence qui s'est prononcée sur la question. Dans cette

---

<sup>889</sup>Qui s'impose au preneur ou à son mandataire.

<sup>890</sup>Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 3 juillet 2014, numéro du pourvoi 13-18.760, dans lequel on peut lire ce qui suit : « *mais attendu que si, aux termes de l'article L. 113-2, 2° du code des assurances, l'assuré est obligé de répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel celui-ci l'interroge, lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à lui faire apprécier les risques qu'il prend en charge, il ressort des articles L. 112-3, alinéa 4, et L. 113-8 du même code que l'assureur ne peut se prévaloir de la réticence ou de la fausse déclaration intentionnelle de l'assuré que si celles-ci procèdent de réponses qu'il a apportées auxdites questions.* »

<sup>891</sup>Et par extrapolation, dans le contrat de réassurance.

<sup>892</sup>Une telle obligation existe dans certains cas à la charge des prestataires de service d'investissement, conformément à l'article L. 533-13 du code monétaire et financier. Mais cette obligation ne concerne pas la déclaration des risques par le transférant.

<sup>893</sup>Y. Lambert -Faivre, L. Leveneur, *Droit des assurances, op. cit.*, page 269 numéro 315.

hypothèse, une obligation de vérification et de prudence pesant sur les participantes<sup>894</sup> en leur qualité d'établissement de crédit<sup>895</sup>, coexiste avec l'obligation d'information qui pèse sur le chef de file. La violation de cette dernière obligation peut entraîner la responsabilité du chef de file pour insuffisance ou inexactitude des informations, ainsi que la nullité du montage pour dol. Autrement dit, « bien que les cocontractants soient deux professionnels appartenant à la même spécialité et ayant *a priori* les mêmes compétences, le chef de file reste débiteur envers le sous-participant d'une obligation précontractuelle d'information au titre de son devoir de loyauté.<sup>896</sup> Il doit également exécuter son obligation avec sérieux, c'est à dire de manière ni légère ni désinvolte. »<sup>897</sup>

La cour d'appel de Paris est venue consacrer la coexistence entre l'obligation d'information qui pèse sur la banque chef de file et l'obligation de s'informer soi-même qui pèse sur les banques participantes et a jugé que « *s'il appartient au chef de file d'informer les sous-participants de la situation financière de l'emprunteur, il appartient aussi à ces derniers de tirer parti des informations qui sont en leur possession et d'utiliser les sources d'informations auxquels ils ont eux-mêmes accès.* »<sup>898</sup>

Dans un autre arrêt, la Cour d'appel de Versailles<sup>899</sup> a réitéré la même solution et a jugé que « *le devoir d'information du chef de file doit être contrebalancé par le devoir de suivi de l'autre participant, ce qui implique une attention permanente de celui-ci quant au devenir de l'opération et, en tant que de besoin, une quête d'informations, s'agissant de relations entre professionnels de même spécialité* ».

Quant à l'obstacle du secret bancaire peut être dépassé, en ayant recours à la théorie du risque partagé.

Cette obligation de se renseigner soi-même d'origine jurisprudentielle est propre au contrat de *pool* bancaire, et constitue une exception tenant au fait que les deux contractants, en l'occurrence le chef de file et les banques participantes, sont des professionnels ; l'existence d'une telle obligation, est tributaire de la qualité de

---

<sup>894</sup>Ph. Simler, *V° Garanties autonomes in : J.-Cl Banque Crédit Bourse*, fasc. 742, numéro 84.

<sup>895</sup>E. Bouretz, *V° Crédits syndiqués in : J.-Cl Banque Crédit Bourse*, fasc. 505, numéro 84 : en cette qualité, il lui appartient d'apprécier individuellement l'opportunité de participer à l'opération projetée et de se tenir personnellement informé.

<sup>896</sup>E. Bouretz, *V° Crédits syndiqués in : J.-Cl Banque Crédit Bourse*, fasc. 506, numéro 41.

<sup>897</sup>E. Bouretz, *Les crédits consortiaux internationaux, op. cit.*, numéro 43.

<sup>898</sup>E. Bouretz, *V° Crédits syndiqués in : J.-Cl Banque Crédit Bourse*, fasc. 506, numéro 48 : Cour d'appel de Paris, 3ème chambre, section A, 5 mai 1987, *D.* 89, p. 323, obs. Vasseur.

<sup>899</sup>Cour d'appel de Versailles, 12ème ch. 2, 18 sept. 1997.

professionnel du contractant. Elle ne peut donc être étendue aux autres contrats de transfert de risque.

D'ailleurs la cour de cassation, dans un arrêt récent a fait peser sur le contractant professionnel une obligation de se renseigner préalablement sur les besoins de l'autre cocontractant, sous le visa de l'article 1135 du code civil<sup>900</sup>.

264. Quant aux contrats de transfert de risque pour lesquels le législateur et la jurisprudence ont gardé le silence, et selon une doctrine, l'obligation d'information « n'est ni générale ni universelle et ne s'étend pas à l'information que le contractant possède déjà ou à laquelle il pouvait accéder en se comportant avec une prudence et une diligence raisonnable »<sup>901</sup>. Le droit ne vient pas au secours de ceux qui dorment disant la maxime romaine. D'une part, et en ce qui concerne des contrats d'extrême bonne foi, il est en droit de faire confiance à son cocontractant, mais d'autre part, il va de soi que le contractant se doit d'être « curieux »<sup>902</sup>. Et c'est par une appréciation souveraine que les juges du fond feront peser ou non, sur le débiteur de l'obligation de couverture une obligation de se renseigner soi-même sur le risque.

Si une telle obligation de s'informer soi-même ne saurait être reconnue de façon générale, qu'en est-il d'une obligation de coopération<sup>903</sup>? L'existence d'une telle obligation soulève un débat théorique houleux qui oppose les partisans de l'égoïsme et de l'individualisme de la liberté contractuelle, aux partisans de l'égalité, de l'équilibre et de la fraternité contractuelle. Peut être rattachée à ce devoir de coopération, l'obligation pesant sur chacun des cocontractants d'avertir l'autre, en cours de contrat, « des événements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat ».<sup>904</sup>

Sans nous appesantir sur ce débat théorique, il serait judicieux de faire peser à la charge du créancier de l'obligation d'information un tel devoir de coopération, sur la base de la bonne foi. A travers une telle coopération, la finalité de couverture serait réalisée dans les meilleures conditions : le cédant communique ses attentes, et le

---

<sup>900</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 juillet 2014, pourvoi numéro 13-10076 : « la société Risc, prestataire de service professionnel, était tenue envers ses clients profanes d'un devoir d'information et de conseil qui l'obligeait à se renseigner préalablement sur leurs besoins et à les informer des contraintes techniques de l'installation téléphonique proposée. »

<sup>901</sup>J.-L. Baudouin, professeur à l'université de Montréal et juge à la cour d'appel du Québec.

<sup>902</sup>Voir en ce sens, M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, op. cit., page 199, numéro 257: émergence d'un devoir de se renseigner.

<sup>903</sup>C'est surtout le cas du contrat de distribution, de mandat ou de franchise

<sup>904</sup>Voir en ce sens Ph. Le Tourneau, M. Poumarède, *V° Bonne foi*, *Rep. Civ. Dalloz*, numéros 75 et s.

cessionnaire ses capacités de couverture, pour atteindre un degré de couverture optimal.

265. L'information peut être communiquée par tout moyen, mais il vaut mieux se ménager la preuve écrite que cette déclaration a été faite. C'est le cas du questionnaire en droit des assurances prévu à l'article L. 113-2 alinéa 2 pour les assurances terrestres, et à l'article L. 172-19 pour les assurances maritimes<sup>905</sup>.

En somme, et vu l'inégalité informationnelle qui existe entre les parties à un contrat de transfert de risque, le risque doit être révélé par le cédant au cessionnaire, à travers une obligation précontractuelle d'information. En l'absence de dispositions spéciales sanctionnant la violation de ladite obligation, la sanction classique est celle du droit commun, à savoir la nullité du contrat de transfert de risque pour réticence dolosive.<sup>906</sup>

Cette obligation d'information, sauf exception prévue par un texte ou une jurisprudence contraire tenant à la qualité de professionnel du cessionnaire, n'est pas contrebalancée par l'existence d'une obligation de s'informer soi-même, qui pèserait sur le cessionnaire du risque. Nous estimons toutefois qu'il serait souhaitable de faire peser à la charge des contractants, sur le fondement de la bonne foi, une obligation de coopération, afin de réaliser le but contractuel, celui-ci étant la couverture.

---

<sup>905</sup> Article L. 172-19 du code des assurances : « *l'assuré doit ;*

*1° Payer la prime et les frais, au lieu et aux époques convenus ;*

*2° Apporter les soins raisonnables à tout ce qui est relatif au navire ou à la marchandise ;*

*3° Déclarer exactement, lors de la conclusion du contrat, toutes les circonstances connues de lui qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur le risque qu'il prend à sa charge ;*

*4° Déclarer à l'assureur, dans la mesure où il les connaît, les aggravations de risques survenues au cours du contrat. »*

<sup>906</sup> Avec dommages-intérêts éventuels.

## Conclusion du chapitre 1

266. La condition de formation commune à tous les contrats de transfert de risque, est la préexistence d'un risque<sup>907</sup>. Celui-ci doit être sérieux, transférable et déterminé ou déterminable. Si le risque est inexistant ou s'il ne remplit pas toutes les conditions sus-mentionnées, le contrat est requalifié ou passible de nullité relative. Le risque doit également être révélé en toute transparence, en vertu d'une obligation précontractuelle d'information pesant sur le cédant du risque ; le cessionnaire n'étant pas tenu d'une obligation de s'informer sauf texte ou jurisprudence contraire, comme celle relative aux *pools* bancaires. Le défaut de transparence est sanctionné par la nullité pour réticence dolosive ainsi que par des dommages-intérêts éventuels, sauf texte spécial qui prévoit une sanction différente.

Cette condition de formation commune vient s'ajouter aux conditions prévues à l'article 1108 du code civil et vient faire du contrat de transfert de risque un contrat spécial. Le contrat de transfert de risque peut être encore plus spécial, puisque dans certaines hypothèses, des conditions spécifiques doivent être remplies.

---

<sup>907</sup>Qui doit remplir plusieurs caractéristiques.

## Chapitre 2 : Les conditions spécifiques tenant aux parties

267. Les conditions spécifiques, par opposition à la condition commune à tous les contrats de transfert de risque, sont propres à certains contrats de transfert. L'absence de celles-ci, ne conduit pas à la disqualification du contrat. Celui-ci demeure un contrat de transfert de risque, auquel manque une condition de validité, exigée soit dans un intérêt privé<sup>908</sup>, soit dans un intérêt public<sup>909</sup>. Il existe deux séries de conditions spécifiques : celles tenant au cédant du risque, et celles tenant au cessionnaire du risque.

### Section 1 : La condition relative au cédant du risque

268. L'article 1123 du code civil dispose que « toute personne peut contracter si elle n'en a pas été déclarée incapable par la loi. » En droit international privé, et selon l'article 3 alinéa 3 du code civil, la capacité de contracter se détermine en fonction de la loi nationale, avec le correctif de la jurisprudence Lizardi<sup>910</sup>.

En droit commun, les actes conclus à titre de couverture sont des actes d'administration, que le majeur en curatelle peut conclure seul, conformément à l'article 467 du code civil<sup>911</sup>, et ne peuvent être accomplis que par le tuteur en cas de tutelle<sup>912</sup>.

De leur côté, les actes conclus à titre spéculatif, sont des actes de disposition<sup>913</sup> qui nécessitent l'assistance du curateur en cas de curatelle<sup>914</sup> et une autorisation accordée

---

<sup>908</sup>Sanctionnée par la nullité relative.

<sup>909</sup>Sanctionnée par la nullité absolue.

<sup>910</sup>Req., 16 Janvier 1861, D. 1861, 1, page 193.

<sup>911</sup>Article 467 du code civil: « la personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille.

*Lors de la conclusion d'un acte écrit, l'assistance du curateur se manifeste par l'apposition de sa signature à côté de celle de la personne protégée.*

*A peine de nullité, toute signification faite à cette dernière l'est également au curateur ».*

<sup>912</sup>Article 504 du code civil : « le tuteur accomplit seul les actes conservatoires et, sous réserve des dispositions du second alinéa de l'article 473, les actes d'administration nécessaires à la gestion du patrimoine de la personne protégée.

*Il agit seul en justice pour faire valoir les droits patrimoniaux de la personne protégée.*

*Les baux consentis par le tuteur ne confèrent au preneur, à l'encontre de la personne protégée devenue capable, aucun droit de renouvellement et aucun droit à se maintenir dans les lieux à l'expiration du bail, quand bien même il existerait des dispositions légales contraires. Ces dispositions ne sont toutefois pas applicables aux baux consentis avant l'ouverture de la tutelle et renouvelés par le tuteur ».*

<sup>913</sup>Article 2 du décret numéro 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil. Ainsi que les annexes constituées de listes des actes regardés comme actes d'administration ou comme actes de disposition.

<sup>914</sup>Article 467 du code civil précité.

au tuteur par le conseil de famille ou le juge des tutelles, conformément à l'article 505 code civil<sup>915</sup>, en cas de tutelle.

Nous avons déjà signalé plus haut<sup>916</sup>, que les personnes physiques ne sont pas soumises à « un régime rigide d'incapacité », alors que pour les personnes publiques, les entreprises d'assurance et les organismes de placement collectif, il existe des limitations de capacité, « pour des raisons d'ordre public tenant à la protection de l'intérêt général, de l'épargne publique ou de la mutualité des assurés ». Ces dernières peuvent uniquement conclure des dérivés de crédit dans un but de couverture et sous certaines conditions.

Le cédant du risque qui conclut un dérivé de crédit ou un autre contrat financier, sur les marchés règlementés doit recourir à un prestataire de service d'investissement. Ce dernier bénéficie d'un monopole en vertu de l'article L. 531-10 du CMF<sup>917</sup>, dont la violation est pénalement sanctionnée par les articles L. 573-1 alinéa 1<sup>918</sup> et L. 573-7<sup>919</sup> du même code.

Toutefois, ces articles ne précisent pas la sanction attachée à la violation de cette exigence. La jurisprudence s'est prononcée sur la question, et dans un arrêt du 4 mars 2005, l'Assemblée Plénière<sup>920</sup> a décidé que les opérations réalisées en violation du monopole bancaire ne sauraient être annulées au seul motif qu'elles ont été effectuées par un intermédiaire non agréé. Cette solution devrait être étendue à la matière financière et n'est pas remise en cause par l'arrêt de la chambre commerciale du 4

---

<sup>915</sup> Article 505 du code civil : « le tuteur ne peut, sans y être autorisé par le conseil de famille ou, à défaut, le juge, faire des actes de disposition au nom de la personne protégée.

*L'autorisation détermine les stipulations et, le cas échéant, le prix ou la mise à prix pour lequel l'acte est passé. L'autorisation n'est pas exigée en cas de vente forcée sur décision judiciaire ou en cas de vente amiable sur autorisation du juge.*

*L'autorisation de vendre ou d'apporter en société un immeuble, un fonds de commerce ou des instruments financiers non admis à la négociation sur un marché réglementé ne peut être donnée qu'après la réalisation d'une mesure d'instruction exécutée par un technicien ou le recueil de l'avis d'au moins deux professionnels qualifiés.*

*En cas d'urgence, le juge peut, par décision spécialement motivée prise à la requête du tuteur, autoriser, en lieu et place du conseil de famille, la vente d'instruments financiers à charge qu'il en soit rendu compte sans délai au conseil qui décide du emploi ».*

<sup>916</sup> Voir supra numéro 47.

<sup>917</sup> Article L. 531-10 du CMF : « sous réserve des dispositions de l'article L. 531-2, il est interdit à toute personne autre qu'un prestataire de service d'investissement ou qu'une personne mentionnée à l'article L. 532-18 ou à l'article L. 532-18-1 de fournir à des tiers des services d'investissement, à titre de profession habituelle ».

<sup>918</sup> Article L. 573-1 alinéa 1 du CMF : « I.-Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende le fait, pour toute personne physique, de fournir des services d'investissement à des tiers à titre de profession habituelle sans y avoir été autorisé dans les conditions prévues à l'article L. 532-1 ou sans figurer au nombre des personnes mentionnées à l'article L. 531-2 ».

<sup>919</sup> Article L. 573-7 du CMF : « les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal, des infractions définies aux articles L. 573-1 à L. 573-6 encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal, les peines prévues par l'article 131-39 du même code.

*L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 du code pénal porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ».*

<sup>920</sup> Cass. Ass. plén., 4 mars 2005, JCP E 2005, note Th. Bonneau.

novembre 2008<sup>921</sup>. Ce dernier arrêt a prononcé la nullité pour objet illicite d'un contrat d'apport de clientèle conclu entre un PSI et un tiers non agréé, en vue de permettre à ce dernier de fournir à une clientèle des services d'investissement, et non pas les contrats conclus entre les clients et le tiers dépourvu d'agrément.

Dans un autre arrêt du 20 juin 2007, la chambre criminelle de la cour de cassation<sup>922</sup> a décidé que « la personne qui viole le monopole des prestataires de service d'investissement peut être civilement condamnée à réparer le préjudice résultant pour son client de l'absence des garanties<sup>923</sup> qu'offrent les établissements financiers agréés. La cour ajoute que le préjudice équivaut au montant des investissements perdus.

Ce qui signifie que la violation du monopole des PSI est sanctionnée par l'octroi de dommages-intérêts.

## Section 2 : La condition relative au cessionnaire du risque

269. Dans certains contrats de transfert de risque, le cessionnaire doit remplir des conditions spécifiques. C'est le cas notamment des contrats d'assurance (et de réassurance), pour lesquels le législateur exige que le cessionnaire du risque soit une personne morale agréée<sup>924</sup>, sous peine de nullité du contrat, et cela conformément à l'article L. 310-2 III du code des assurances, qui dispose : « *sont nuls les contrats souscrits en infraction au présent article. Toutefois, cette nullité n'est pas opposable aux assurés, aux souscripteurs et aux bénéficiaires lorsqu'ils sont de bonne foi* ». Le texte ne précise pas s'il s'agit d'une nullité absolue ou d'une nullité relative, mais vu l'existence d'un intérêt public, nous pensons qu'il s'agit d'une nullité absolue. La violation dudit monopole est également sanctionnée pénalement en vertu de l'article L. 310-27 du code des assurances<sup>925</sup>.

---

<sup>921</sup>Cass. com., 4 novembre 2008, pourvoi numéro 07-19.805.

<sup>922</sup>Cass. crim., 20 juin 2007, pourvoi numéro 06-87.470.

<sup>923</sup>En l'occurrence, les garanties afférentes à l'agrément en matière d'information, de conseil, de compétence et de moralité des intervenants.

<sup>924</sup>Article L. 321-1 alinéa 1 du code des assurances : « *les entreprises mentionnées au 1° de l'article L. 310-2 ne peuvent commencer leurs opérations qu'après avoir obtenu un agrément administratif délivré par le l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution mentionné à l'article L. 612-1 du code monétaire et financier. Toutefois, en ce qui concerne les opérations d'acceptation en réassurance, cet agrément n'est pas exigé* ».

<sup>925</sup>Article L. 310-27 du code des assurances, spécialement alinéas 1 et 2 : « *le fait de pratiquer sur le territoire de la République une des opérations mentionnées aux 1°, 2° et 3° de l'article L. 310-1 sans se conformer aux dispositions des articles L. 310-2 et L. 310-6 est puni d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 75 000 euros. Le fait de pratiquer une des opérations mentionnées au 1 de l'article L. 310-1-1 sur le territoire de la République sans se conformer aux dispositions du III de l'article L. 310-1-1 est puni des mêmes peines.*

Pour les contrats de *pools* bancaires, les banques participantes ne peuvent être que des organismes agréés conformément aux articles L. 511-5<sup>926</sup> et L. 511-10<sup>927</sup> du CMF. Le non respect de cette condition est sanctionné pénalement par l'article L. 571-3 du même code<sup>928</sup>. Sur le plan civil, se pose la question du sort des opérations accomplies en violation du monopole. En l'absence de dispositions spéciales prévues par le législateur, le droit commun est applicable. Sur ce point, on observe une position divergente entre la première chambre civile et la chambre commerciale. Pour la première chambre civile, il n'y a pas lieu de prononcer la nullité de l'opération<sup>929</sup>. En revanche, selon la chambre commerciale, la convention conclue en violation du monopole par un établissement ne bénéficiant pas d'un agrément doit être annulée<sup>930</sup>. Selon cette chambre, le monopole protège non seulement l'intérêt général et celui des établissements de crédit, mais également celui des cocontractants privés qui peuvent dès lors agir en nullité. Un arrêt rendu par l'Assemblée Plénière<sup>931</sup>, dans lequel les juges ont considéré que l'absence d'agrément n'était pas de nature à entraîner la nullité des contrats conclus par l'entreprise, mettra peut-être fin à cette divergence.

Il convient de noter qu'un arrêt de la chambre commerciale du 3 juillet 2007<sup>932</sup> s'est prononcé dans le même sens que l'Assemblée Plénière.

270. Concernant la tontine en cas de mort, elle peut être conclue strictement entre particuliers<sup>933</sup>, comme elle peut être publique, donc gérée par un organisme professionnel. Ce dernier ne peut être qu'une société tontinière agréée en vertu de l'article L. 321-1 du code des assurances. Le non respect de cette exigence est

---

<sup>926</sup>Article L. 511-5 du CMF : « il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel.

*Il est, en outre, interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit de recevoir à titre habituel des fonds remboursables du public ou de fournir des services bancaires de paiement ».*

<sup>927</sup>Article L. 511-10 alinéa 1 du CMF : « I.-Avant d'exercer leur activité, les établissements de crédit doivent obtenir un agrément. Cet agrément est délivré à des personnes morales ayant leur siège en France ou à des succursales établies sur le territoire français d'établissements de crédit ayant leur siège social dans un Etat qui n'est ni membre de l'Union européenne ni partie à l'accord sur l'Espace économique européen ».

<sup>928</sup>Article L. 571-3 du CMF : « le fait, pour toute personne, de méconnaître l'une des interdictions prescrites par les articles L. 511-5 et L. 511-8 est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende.

*Le tribunal peut ordonner l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35 du code pénal ».*

<sup>929</sup>Cass. civ. 1ère, 13 octobre 1982, numéro 81-13.090.

<sup>930</sup>Cass. com., 20 octobre 1998, numéro 93-17.988. Nous pensons que cette nullité a également un caractère absolu du fait que le monopole des banques a été édicté dans un but d'intérêt général.

<sup>931</sup>Ass. Plén., 4 mars 2005, numéro 03-11.725 : « la seule méconnaissance par un établissement de crédit de l'exigence d'agrément, au respect de laquelle l'article 15 de la loi no 84-46 du 24 janvier 1984, devenu les articles L. 511-10, L. 511-14 et L. 612-2 du code monétaire et financier, subordonne l'exercice de son activité, n'est pas de nature à entraîner la nullité des contrats qu'il a conclus ».

<sup>932</sup>Numéro 06-17.963.

sanctionné par la nullité<sup>934</sup>, qui a notre avis présente un caractère absolu, vu les intérêts publics en cause, à savoir l'épargne du public.

271. Par conséquent, on peut dire qu'il existe des cas de nullité propre à certains contrats de transfert de risque. Comme illustration, nous pouvons citer la nullité des contrats de transfert de risque dans lesquels le législateur exige que le cessionnaire soit un professionnel réglementé, et que cette condition n'est pas remplie. C'est le cas notamment de l'assurance, (et de la réassurance), et de la tontine lorsqu'elle a un caractère public. Quant aux banques participantes à un *pool* bancaire, et aux prestataires service d'investissement (lorsque les contrats financiers sont négociés sur un marché réglementé), la jurisprudence refuse de sanctionner le défaut d'agrément par la nullité et préfère octroyer des dommages-intérêts. Il convient de noter que dans l'hypothèse des contrats financiers et de la tontine à caractère public, l'exigence spéciale concerne non pas le cessionnaire du risque, mais un tiers intervenant au contrat, à des fins de protection du cédant et de sécurisation de l'opération.

272. Aux termes de cette étude, il nous semble que lorsque le cessionnaire du risque exerce une activité de couverture du risque à titre professionnel, le législateur exige de ce dernier un agrément administratif ; autrement dit, le législateur exige dans ce cas, une solvabilité importante ainsi que le respect de certaines règles prudentielles afin de protéger le cédant<sup>935</sup>, et d'éviter tout risque systémique. En effet, les professionnels du risque concluent souvent des engagements croisés<sup>936</sup>, et la défaillance d'un acteur entraînerait des effets-dominos et des faillites en chaînes. Il est donc impératif d'encadrer l'exercice à titre professionnel de l'activité de couverture du risque.

Par contre, lorsque le cessionnaire du risque conclut un contrat de transfert de risque à titre occasionnel, l'agrément administratif n'est pas requis.

---

<sup>933</sup>Au sein des communautés asiatiques ou africaines.

<sup>934</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mai 1964, *RGAT* 1965.49.

<sup>935</sup>Le cédant du risque est protégé car il a en face de lui un cessionnaire dont la solvabilité est élevée, ce qui lui garantit l'exécution de l'obligation de couverture promise

<sup>936</sup> Voir *infra* numéros 378 à 394 relatifs au transfert du risque au second degré.

## **Conclusion du chapitre 2**

273. Les conditions de formation spécifiques auxquelles sont soumis certains contrats de transfert de risque en vertu d'un texte exprès, sont relatives à la personne des contractants : il s'agit d'une part de la capacité de contracter du cédant du risque, et d'autre part, du statut de professionnel réglementé du cessionnaire du risque. La violation desdites conditions n'entraîne pas la disqualification du contrat de transfert de risque, mais, selon les cas, la nullité<sup>937</sup> ou le simple octroi de dommages-intérêts. Il ressort de ce chapitre que la capacité ainsi que le statut réglementé des parties au contrat de transfert de risque, sont des conditions de validité spéciales à certains contrats de transfert de risque et ne méritent pas, contrairement au risque, la qualification d'élément de formation catégorique.

## **CONCLUSION DU TITRE 1**

274. Tous les contrats de transfert de risque sont soumis à une condition de formation commune<sup>938</sup> : l'existence d'un risque, défini comme étant l'évènement incertain ayant des conséquences dommageables. Le risque doit non seulement exister, il doit être sérieux et remplir certaines caractéristiques. Il doit également être révélé par le cédant au cessionnaire du risque.

En plus de cette condition commune, certains contrats de transfert de risque sont soumis, par un texte exprès à des conditions spécifiques supplémentaires, ces conditions ayant trait à la capacité et au statut des contractants.

En d'autres termes, le contrat de transfert de risque est soit simplement spécial, soit doublement spécial : il est simplement spécial en ce qu'il requiert pour sa formation, en plus des conditions de droit commun l'existence d'un risque remplissant plusieurs caractères. Il est parfois doublement spécial, lorsqu'il nécessite pour sa validité (et non pour sa formation) des conditions spécifiques tenant aux parties contractantes.

---

<sup>937</sup> La nullité est relative ou absolue, selon les intérêts en présence.

<sup>938</sup> En plus des conditions énumérées à l'article 1108 du code civil.

Ayant examiné les conditions de formation des contrats de transfert de risque, il convient à présent d'examiner les effets d'un contrat de transfert de risque.

## **TITRE 2 : LES EFFETS DU CONTRAT DE TRANSFERT DE RISQUE**

275. Le contrat de transfert de risque valablement formé, produit des effets à l'égard des parties (chapitre 1) ainsi qu'à l'égard des tiers (chapitre 2).

### **Chapitre 1 : Les effets du contrat de transfert de risque entre les parties**

276. Le contrat de transfert de risque donne naissance à une obligation de couverture qui doit être exécutée de façon à satisfaire le créancier ; ce dernier ayant un droit à la prestation contractuellement promise (section 1). Mais des incidents d'exécution peuvent se produire et perturber ladite exécution (section 1).

#### **Section 1 : L'exécution de l'obligation de couverture**

277. L'obligation de couverture peut être exécutée purement et simplement (§1), elle peut aussi être altérée (§2).

##### **§1-L'exécution pure et simple de l'obligation de couverture**

278. La couverture du risque passe par trois étapes successives : la phase d'attente (A), la revendication (B), et la charge finale du risque (C).

##### **A. La phase d'attente**

279. la phase d'attente est celle qui s'étend de la conclusion du contrat, jusqu'à la réalisation du risque. La situation des contractants est différente selon que le contrat de transfert de risque donne naissance à une obligation de couverture assortie d'une condition suspensive ou d'un terme suspensif.

## 1. Le cas de la condition suspensive

280. Le créancier de l'obligation de couverture tant que celle-ci est en suspens, jouit de plusieurs droits. Il peut céder l'obligation conditionnelle, ou encore y renoncer<sup>939</sup> et même y renoncer conditionnellement<sup>940</sup>. Il convient de noter que la créance peut faire l'objet d'une cession<sup>941</sup>, d'une saisie<sup>942</sup>, d'un nantissement<sup>943</sup> et d'une fiducie<sup>944</sup>. Mais il ne peut exiger l'exécution de l'obligation<sup>945</sup>, quoique titulaire d'un droit intérimaire. Il ne peut procéder à aucun acte d'exécution, mais uniquement à des actes conservatoires conformément à l'article 1180 du code civil<sup>946</sup>, et obtenir des garanties, conformément à l'article 2125 alinéa 1 du code civil<sup>947</sup>. La prescription ne court pas contre lui, conformément à l'article 2233 du code civil<sup>948</sup>.

Selon la Cour de cassation, le créancier sous condition suspensive ne peut pas exercer par voie oblique les actions de son débiteur<sup>949</sup>. En effet, l'action oblique est considérée comme un préalable destiné à faciliter une éventuelle saisie ultérieure, il y a donc là plus qu'une mesure simplement conservatoire<sup>950</sup>.

<sup>939</sup>Cass. civ., 29 avril 1931, *Gaz. Pal.* 1931. 2. 85.

<sup>940</sup>Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 18 mai 1966, *Bull. civ.* I, n° 305, deux arrêts.

<sup>941</sup>Article 1689 du code civil : « dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre ».

<sup>942</sup>Article 13 alinéa 2 de la loi du 9 juillet 1991, qui permet de saisir les créances conditionnelles, à terme ou à exécution successive.

<sup>943</sup>Article 2355 du code civil : « le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs.

Il est conventionnel ou judiciaire.

*Le nantissement judiciaire est régi par les dispositions applicables aux procédures civiles d'exécution.*

*Le nantissement conventionnel qui porte sur les créances est régi, à défaut de dispositions spéciales, par le présent chapitre. Celui qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels. »*

On cite par exemple le nantissement d'une assurance vie; pour la réaliser, le créancier de l'assuré exerce la faculté de rachat à la place de l'assuré.

<sup>944</sup>Article 2011 du code civil : « la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ».

<sup>945</sup>Article 1181 alinéa 2 du code civil : « dans le premier cas-obligation contractée sous une condition suspensive-, l'obligation ne peut être exécutée qu'après l'événement. »

<sup>946</sup>Article 1180 du code civil : « le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit ».

<sup>947</sup>Article 2125 alinéa 1 du code civil : « ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision ».

<sup>948</sup>Article 2233 du code civil : « la prescription ne court pas : 1° A l'égard d'une créance qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive... »

<sup>949</sup>Cass. civ., 6 juillet 1854, *DP* 1854. I. 303, *S.* 1854. I. 563; V. Ponsard in *J.-Cl. civ.*, art. 1166. Voir aussi J. Francois, *Traité de droit civil, Tome 4, les obligations régime général*, 3ème édition, Economica, page 312 numéro 282 : « la créance, s'il n'est pas exigé qu'elle soit constatée dans un titre exécutoire, elle doit être certaine liquide et exigible... la jurisprudence admet que l'action oblique puisse être exercée par le créancier d'une obligation de faire.

<sup>950</sup>Voir en ce sens l'article 275 du code des obligations et des contrats libanais : « les mesures intermédiaires, qui préparent la réalisation du gage du créancier, sans cependant le consommer, sont l'action indirecte, l'action paulienne et le bénéfice de la séparation des patrimoines. »

La question est plus discutée en ce qui concerne l'action paulienne. Pour exercer l'action paulienne, la créance doit être certaine, « le créancier n'a pas à justifier d'un titre exécutoire. Quant aux conditions de liquidité et d'exigibilité, et selon la cour de cassation,<sup>951</sup> « la liquidité de la créance ne constitue une des conditions de recevabilité de l'action paulienne que lorsqu'elle a pour objet une somme d'argent. Ce qui n'est pas le cas de la créance du preneur, et des droits qui y sont attachés ». *A contrario*, la liquidité serait bien requise lorsque la créance invoquée est pécuniaire. Un autre arrêt de la cour de cassation a refusé d'en autoriser l'exercice à un créancier sous condition suspensive, l'action paulienne présentant le caractère d'un acte d'exécution.<sup>952</sup>

Les droits du créancier de l'obligation de couverture se transmettent en cas de décès à ses héritiers conformément à l'article 1179 du code civil<sup>953</sup>.

281. Quant au débiteur, celui-ci n'est pas encore tenu envers son créancier, et ne peut le contraindre à recevoir son paiement, notamment par une offre avec consignation; le paiement serait indû. En effet, l'article 1258-5<sup>o</sup> du code civil prévoit pour que les offres réelles soient valables, que « la condition sous laquelle la dette a été contractée soit arrivée ». Si le débiteur sous condition suspensive a payé par erreur, il pourra exercer l'action en répétition de l'indû. L'obligation de couverture se transmet passivement aux héritiers du débiteur en cas de décès de ce dernier.

Si la condition suspensive ne se réalise pas, l'article 1176 du code civil dispose que : « *lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé. S'il n'y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie ; et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas* ». Selon la jurisprudence<sup>954</sup> le contrat est caduc<sup>955</sup>.

<sup>951</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 décembre 1994, *Bull. civ.* I, numéro 336. En l'espèce, le preneur était créancier d'une obligation de faire.

<sup>952</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 décembre 1957, *D.* 1958. 224.

<sup>953</sup>Article 1179 du code civil : « *la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier* ».

<sup>954</sup>Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 28 mars 2007, *Bull. civ.* III, n° 52.

<sup>955</sup>La caducité est consacrée aux articles 1186 (« *un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments constitutifs disparaît. Il en va de même lorsque vient à faire défaut un élément extérieur au contrat mais nécessaire à son efficacité. Il en va encore ainsi lorsque des contrats ont été conclus en vue d'une opération d'ensemble et que la disparition de l'un d'eux rend impossible ou sans intérêt l'exécution d'un autre. La caducité de ce dernier n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement.* ») et 1187 (« *la caducité met fin au contrat entre les parties. Elle peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues au chapitre V du titre IV* ») du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

## 2. Le cas du terme

282. Le créancier de l'obligation de couverture assortie d'un terme suspensif peut prendre des mesures conservatoires<sup>956</sup>, et la prescription ne court pas contre lui conformément à l'article 2233 du code civil<sup>957</sup>. Il n'a pas d'action en paiement contre son débiteur, et la compensation avec une autre dette n'est pas possible.<sup>958</sup> Le terme suspensif n'affecte pas l'obligation dans son existence, mais simplement dans son échéance, et cela contrairement au créancier d'une telle obligation assortie d'une condition suspensive. Ce qui signifie que le problème de la caducité ne se pose pas.

### B. L'appel de la couverture

283. Le créancier de l'obligation de couverture, doit d'abord procéder à la déclaration du sinistre. Il faudra ensuite fixer le montant de la couverture.

### 1. La déclaration du sinistre

284. Afin que le débiteur de l'obligation de prise en charge s'exécute, le risque doit se réaliser et cette réalisation doit être déclarée par le créancier.

Dans l'hypothèse d'une obligation de couverture conditionnelle, et conformément au droit commun, le paiement est quérable. Il faut donc que le créancier informe le débiteur de la réalisation de la condition suspensive, le débiteur n'ayant pas à s'enquérir de la réalisation ou non de la condition.

Dans l'hypothèse d'une obligation de couverture à terme suspensif, le créancier doit mettre en demeure le débiteur, contrairement à l'adage « *dies interpellat pro homine* ». Dans tous les cas, la preuve de la réalisation du risque est à la charge de celui qui s'en prévaut<sup>959</sup>, et elle se fait par tous moyens. Il convient également de dater le sinistre pour savoir s'il rentre ou non dans la période de couverture.<sup>960</sup>

---

<sup>956</sup>L'action paulienne, plus qu'une simple mesure conservatoire ne peut être exercée. Quant à l'action oblique, voir *supra* paragraphe 309.

<sup>957</sup> Article 2233 du code civil : « la prescription ne court pas... 3° A l'égard d'une créance à terme, jusqu'à ce que ce terme soit arrivé. »

<sup>958</sup>C. Bloud, *Le terme dans le contrat*, op. cit.

<sup>959</sup> Article 1315 du code civil : « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». En général, il s'agit du créancier.

<sup>960</sup> Problème des clauses de réclamation de la victime, ou « *claims made* » : il faut que la victime réclame son indemnité avant que le contrat ait pris fin. Une réclamation postérieure, même si le sinistre a eu lieu pendant la période de couverture, ne donnait droit à aucune indemnité. La cour de cassation a invalidé ce genre de clauses : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 1990, *Bull. civ. I*, n° 303), voir aussi Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 décembre 1997, *Bull. civ. I*, numéro 70. La Cour de cassation a fondé la

En droit des assurances, on parle de déclaration du sinistre<sup>961</sup>, qui est une obligation à la charge de l'assuré<sup>962</sup>. Le sinistre correspond à la réalisation de l'évènement incertain prévu au contrat. D'ailleurs, les articles L. 124-1-1<sup>963</sup> et L. 127-2-1 du code des assurances<sup>964</sup>, en donnent une définition.

Le régime de la déclaration du sinistre<sup>965</sup> en matière de contrat d'assurance est prévu à l'article L. 113-2-4° du code des assurances qui prévoit que ladite déclaration doit être faite dans un délai minimal de 5 jours ouvrés<sup>966</sup>, les parties contractantes ayant la possibilité d'allonger ledit délai d'un commun accord. Le texte n'impose aucune forme pour la déclaration.<sup>967</sup> Ce bref délai permet à l'assureur de vérifier le sinistre et les conditions dans lesquelles il a eu lieu, ainsi que l'importance des dégâts, avant que les traces ne disparaissent. L'assureur doit être prévenu dans les plus brefs délais, afin qu'il puisse défendre ses intérêts, puisque c'est lui qui supporte le poids du sinistre.

Lorsque l'assuré bénéficiaire n'est pas le souscripteur<sup>968</sup>, le délai devrait courir du jour de la connaissance par ce dernier de l'existence d'un contrat de couverture dont il en est le bénéficiaire.

En cas de sinistre, une expertise a lieu, dont le but est de déterminer le montant de l'indemnité que doit verser l'assureur. Elle peut être soit privée (unilatérale et officieuse), soit judiciaire (prononcée par le juge).

285. En droit des assurances, la sanction du défaut de déclaration de sinistre est la déchéance<sup>969</sup>. Mais afin d'appliquer cette sanction, il faut respecter les conditions posées par le législateur. En effet, l'article L. 113-2 du code des assurances dispose :

---

nullité de la clause de réclamation de la victime sur la notion de cause (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 avril 1998, numéro du pourvoi 96-11140, non publié. Cette jurisprudence fut brisée par la loi du 1<sup>er</sup> Août 2003 (article 80), qui autorise les clauses de réclamation dans les assurances RC. On ne peut parler d'absence de cause, il s'agit d'une limitation de la garantie, quitte à réduire les primes perçues.

<sup>961</sup>Le terme sinistre signifie la réalisation du risque.

<sup>962</sup>Cette obligation est générale et s'applique à tous les contrats d'assurance : Y. Lambert-Faivre, *Droit des assurances*, op. cit., page 372 numéro 483.

<sup>963</sup>Article L. 124-1-1 du code des assurances : « au sens du présent chapitre, constitue un sinistre tout dommage ou ensemble de dommages causés à des tiers, engageant la responsabilité de l'assuré, résultant d'un fait dommageable et ayant donné lieu à une ou plusieurs réclamations. Le fait dommageable est celui qui constitue la cause génératrice du dommage. Un ensemble de faits dommageables ayant la même cause technique est assimilé à un fait dommageable unique. »

<sup>964</sup>Article L. 127-2-1 du code des assurances : « est considéré comme sinistre, au sens du présent chapitre, le refus qui est opposé à une réclamation dont l'assuré est l'auteur ou le destinataire ».

<sup>965</sup>Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 janvier 1983, RGAT 1983.512 : « le sinistre doit être déclaré par le preneur ou par son mandataire ».

<sup>966</sup>Ce délai est réduit à deux jours dans certains cas prévus par le texte.

<sup>967</sup>Lettre missive, par téléphone ou télégramme.

<sup>968</sup>Cas de la stipulation pour autrui.

<sup>969</sup>Y. Lambert-Faivre, *Droit des assurances*, op. cit., page 375, numéro 488 : « Perte du droit à la garantie de l'assureur, édictée conventionnellement à l'encontre d'un assuré qui n'a pas exécuté ses obligations en cas de sinistre. »

*« lorsqu'elle est prévue par une clause du contrat, la déchéance pour déclaration tardive au regard des délais prévus au 3° et au 4° ci-dessus ne peut être opposée à l'assuré que si l'assureur établit que le retard dans la déclaration lui a causé un préjudice. Elle ne peut également être opposée dans tous les cas où le retard est dû à un cas fortuit ou de force majeure. »*

La clause de déchéance doit être spéciale claire et précise<sup>970</sup>. Elle doit également être mentionnée en caractères très apparents.<sup>971</sup> Le législateur ajoute une condition supplémentaire: la preuve par l'assureur que le retard lui a causé un préjudice. C'est une application de la responsabilité contractuelle. La déchéance concerne uniquement le sinistre non déclaré ou tardivement déclaré. L'assuré peut invoquer une renonciation de l'assureur à se prévaloir de la déchéance, tel que la désignation d'expert. Il peut également se prévaloir du cas fortuit ou de la force majeure qui l'aurait empêché de déclarer dans les délais. La déchéance est opposable à l'assuré pour compte. En revanche, elle est inopposable au bénéficiaire d'une stipulation pour autrui<sup>972</sup>, aux victimes dans les assurances de responsabilité et aux créanciers hypothécaires ou privilégiés dans les assurances de choses. Ces derniers ont une action directe contre l'assureur. L'assureur dispose dans ce cas d'un recours subrogatoire contre l'assuré. Cette solution s'explique par la volonté du législateur de protéger les victimes et les créanciers hypothécaires.

286. Concernant le cautionnement, le droit de la consommation a prévu deux articles relatifs à la déclaration de l'incident de non paiement par le débiteur principal.

Il s'agit des articles L. 313-9 et L. 341-1. Le premier article dispose que *« toute personne physique qui s'est portée caution à l'occasion d'une opération de crédit relevant des chapitres Ier ou II du présent titre doit être informée par l'établissement prêteur de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement caractérisé susceptible d'inscription au fichier institué à l'article L. 333-4. Si l'établissement prêteur ne se conforme pas à cette obligation, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée. »*

---

<sup>970</sup>*Ibidem*, page 378, numéro 490.

<sup>971</sup>Article L. 112-4 du code des assurances *in fine* : « les clauses des polices édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents ».

<sup>972</sup>Ceux-ci ont un droit dès la réalisation du sinistre et ne peuvent être affectés par les fautes de l'assuré commises postérieurement au sinistre.

Le deuxième article dispose que « *sans préjudice des dispositions particulières, toute personne physique qui s'est portée caution est informée par le créancier professionnel de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement. Si le créancier ne se conforme pas à cette obligation, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retards échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée.* »

La sanction du défaut de déclaration du sinistre, est la déchéance, sanction expressément prévue par le législateur.

287. En dehors du contrat d'assurance et de cautionnement, et pour les autres contrats de transfert de risque, le législateur n'a pas expressément prévu de solution. La question qui se pose est de savoir s'il est possible d'extrapoler les solutions spéciales sus-mentionnées.

La déchéance, est une sanction spéciale prévue par le code des assurances<sup>973</sup>, et par le code de la consommation. Dans cette deuxième hypothèse, elle est doublement spéciale : d'abord elle concerne le contrat de cautionnement conclu par une personne physique. Ensuite, l'article L. 313-9 vise le cautionnement conclu à l'occasion d'une opération de crédit relevant des chapitres I et II du présent titre, à savoir le crédit à la consommation et le crédit immobilier.

En vertu de l'adage « pas de déchéance sans texte », qui n'est autre que l'application du principe de l'interprétation stricte des textes qui édictent des sanctions civiles<sup>974</sup>, la sanction de la non déclaration du sinistre ne peut être la déchéance. Mais rien n'empêche les parties, en vertu de la liberté contractuelle, de prévoir une clause expresse de déchéance.<sup>975</sup> En l'absence d'une telle clause, la seule sanction possible par application du droit commun, est la responsabilité contractuelle du créancier de l'obligation de couverture qui sera engagée.

---

<sup>973</sup>La déchéance du droit à l'indemnité.

<sup>974</sup>*Exceptio est strictissimae interpretationis*. Voir aussi F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, les obligations*, op. cit., page 1306, numéro 1313 : les déchéances légales traduisent l'idée d'extinction à titre de sanction.

<sup>975</sup>*Ibidem*, page 1485 numéro 1509 : « déchéances légales ou par convention des parties ».

288. La déclaration du sinistre peut être entachée de fraude : les pertes peuvent être surévaluées<sup>976</sup>, le sinistre peut être fictif ou volontaire<sup>977</sup>. Ce dernier problème ne se rencontre que lorsque l'obligation de prise en charge est assortie d'une condition suspensive ; lorsque ladite obligation est assortie d'un terme suspensif, le créancier n'a aucun rôle à jouer dans la survenance de l'échéance.

Le sinistre volontaire ne donne pas droit à une indemnité, car la réalisation de l'évènement incertain prévu au contrat n'a pas été le fruit du hasard, mais a été provoquée par le contractant. L'article L. 132-24 du code des assurances est une illustration du sinistre volontaire et dispose que « *le contrat d'assurance cesse d'avoir effet à l'égard du bénéficiaire qui a été condamné pour avoir donné volontairement la mort à l'assuré.* » Il convient par contre de noter que l'article L. 132-7 du code des assurances relatif au suicide, permet de couvrir, sous certaines conditions, le sinistre volontaire<sup>978</sup>.

Dans le contrat d'assurance, en cas de déclaration frauduleuse du sinistre, il est également possible de faire application du délit d'escroquerie à l'assurance, prévu à l'article 313-1 du code pénal<sup>979</sup>, qui punit par 5 ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende ledit délit.

Pour le contrat de cautionnement, une doctrine a avancé que « le créancier ne doit pas se comporter de façon incohérente envers la caution en aggravant ou en faisant survenir lui-même, le risque contre lequel il s'était prémuni par un cautionnement. Le risque d'impayé doit survenir en dehors de l'intervention du créancier. »<sup>980</sup>

La violation de cette exigence est sanctionnée par l'octroi de dommages-intérêts, sur le fondement de l'article 1134 alinéa 3 du code civil qui dispose que les contrats doivent être exécutés de bonne foi. Cette créance de dommages-intérêts se compensera avec l'obligation de paiement de la caution, sous la forme de demande reconventionnelle<sup>981</sup>. Pour la doctrine, il s'agit d'une déchéance « déguisée »<sup>982</sup>.

---

<sup>976</sup>Selon une doctrine, dans ce dernier cas, la sanction serait la déchéance. N. Leblond, « Un rôle nouveau pour le sinistre en droit des assurances », *Resp. civ. et assurances*, Avril 2008 étude 4, page 6 et s.

<sup>977</sup>La manipulation du hasard est sanctionnée : articles 1178 du code civil pour la condition et 1167 pour les contrats aléatoires.

<sup>978</sup>Voir *supra* numéro 249.

<sup>979</sup>Article 313-1 du code pénal : « *l'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manoeuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge.*

*L'escroquerie est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende.*

<sup>980</sup>M. Séjan, *La bilatéralisation du cautionnement: le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, *op. cit.*, page 299 numéro 344.

<sup>981</sup>*Ibidem*, page 344 numéro 385. Voir aussi Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 juin 1995, numéro du pourvoi 93-11.834 et chambre commerciale, 26 octobre 1999, numéro du pourvoi 96-16.837.

Autrement dit, il existe une « exigence de ne pas jouer un rôle décisif dans le risque d'impayé contre lequel le créancier s'est prémuni par un cautionnement; c'est le maintien ou le retrait abusif du crédit, que l'on désigne par l'expression « dispense abusive de crédit. »<sup>983</sup>

289. Pour les autres contrats de transfert de risque, le fait pour le créancier de l'obligation de couverture de provoquer le sinistre et de manipuler le hasard, devrait être constitutif d'une mauvaise foi dans l'exécution du contrat.<sup>984</sup>

La sanction classique de cette mauvaise foi est l'octroi de dommages-intérêts sur le fondement de la responsabilité contractuelle. Il est possible d'invoquer également la résiliation pour manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat<sup>985</sup> et le délit d'escroquerie, lorsque ses conditions sont remplies. Quant à la déchéance, il s'agit d'une sanction ponctuelle et propre à certains contrats spéciaux, ne figurant pas dans le droit commun des contrats ; il ne convient pas de généraliser son application, en vertu de l'adage « pas de déchéance sans texte »<sup>986</sup>. Toutefois, il est possible de nuancer ces propos en avançant que la manipulation du hasard mérite une sanction plus sévère que les dommages-intérêts, notamment la déchéance, qui serait une sanction doublement plus appropriée: elle a d'abord une fonction moralisante et ensuite elle a une fonction protectrice du contractant qui supporte la charge du risque.

## 2. La fixation du montant de la couverture

290. Lorsque l'obligation de couverture consiste en une obligation de donner une somme d'argent<sup>987</sup>, il convient de déterminer le montant dû au créancier après la survenance du sinistre. En vertu de la liberté contractuelle, la détermination se fait

---

<sup>982</sup>*Ibid.*, page 352, numéro 393.

<sup>983</sup>*Ibid.*, page 289 numéro 324.

<sup>984</sup>Article 1134 alinéa 3 du code civil, en vertu duquel le contrat doit être exécuté de bonne foi.

<sup>985</sup>Cass. com., 10 février 2009, numéro 08-12.415 : « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important les modalités formelles de résiliation contractuelle. » Voir aussi, la possibilité de résolution du contrat sur le fondement de l'article 1184 du code civil au détriment de partenaire qui a contrevenu à l'obligation d'agir de bonne foi : civile, 23 avril 1898, *DP*. 98.1.507, et Req. 13 novembre 1928, *DH* 1928.589.

<sup>986</sup>Déchéance de l'autorité parentale : article 378 du code civil qui utilise le terme « retrait ». Les articles 25 et 25-1 du code civil sont relatifs à la déchéance de la nationalité et l'article L. 714-5 du code de la propriété intellectuelle est relatif à la déchéance du droit à la marque.

<sup>987</sup>Elle peut être une obligation de faire comme dans le cas de l'assurance-défense.

conformément à la volonté des parties, qui fixent par une clause claire du contrat ledit montant.

Le législateur a prévu des solutions pour certains contrats de transfert de risque. En effet, pour le contrat d'assurance, il convient de distinguer deux situations : les assurances en cas de mort, hypothèse dans laquelle ce montant est fixé par une clause contractuelle claire. On parle alors de détermination forfaitaire du montant de l'indemnité. Et les assurances de dommage, hypothèse dans laquelle c'est le principe indemnitaire qui s'applique, selon lequel il convient d'évaluer le préjudice afin de réparer intégralement le dommage<sup>988</sup>. En d'autres termes, l'assuré doit être remis dans la situation qui était la sienne avant la survenance du sinistre. L'évaluation du dommage soulève des difficultés techniques. D'où le recours aux experts<sup>989</sup>. Dans le calcul de l'indemnité dû par l'assureur, il faut tenir compte des franchises, découverts et plafonds, qui sont opposables aux victimes.

Dans le contrat de cautionnement, la caution peut soit garantir tout ce qui est dû par le débiteur, soit une partie seulement. Le législateur a toutefois prévu une limite à l'article 2290 du code civil qui dispose : « *le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses.*

*Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses.*

*Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul : il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale. »*

Cette règle s'applique par analogie à toutes les garanties, qu'elles soient personnelles ou réelles.

Concernant les contrats financiers conclus à titre de couverture, la chambre de compensation calcule les pertes et les gains potentiellement réalisés dans la journée sous forme d'appel de marge<sup>990</sup>. Celle-ci correspond à la différence entre le cours de négociation du contrat et le cours de compensation de la séance de bourse du jour. Ainsi les appels de marge sont quotidiennement débités ou crédités afin de couvrir la dépréciation ou de faire bénéficier de l'appréciation en fonction de la position de

---

<sup>988</sup> Perte éprouvée et gain manqué, préjudice matériel et corporel, préjudice moral.

<sup>989</sup> Notons que l'expertise peut être prévue par le contrat, elle peut être judiciaire ou légale.

<sup>990</sup> Voir les règles de la compensation LCH.Clearnet qui définissent la marge comme étant le « *montant calculé par LCH.Clearnet SA, comme indiqué dans une Instruction, afin de couvrir le risque de négociation et résultant de la*

chaque partie au contrat financier. Au jour de l'échéance, le montant de l'indemnité dûe par le débiteur de l'obligation de couverture n'est autre que le dernier appel de marge.

Quant à la tontine en cas de décès, le montant de l'indemnité est le plus souvent fixé par une clause du contrat, de manière forfaitaire.

291. Lorsque les parties gardent le silence<sup>991</sup> sur la fixation du montant de l'indemnité, le juge peut faire application du principe indemnitaire et fixer une indemnité qui viendrait compenser le préjudice subi<sup>992</sup>. Le prix de la couverture pourrait également lui servir d'indice<sup>993</sup>. Cette intervention du juge est une solution qui favorise le « sauvetage du contrat », quoique certains puissent y voir un interventionnisme excessif du juge en matière contractuelle.

292. S'il est vrai que suite à la réalisation du sinistre, le créancier de l'obligation de couverture a droit à une indemnité dont le montant est en principe contractuellement fixé, a-t-il l'obligation d'atténuer les effets du sinistre, et par conséquent le montant qui lui est dû ?

En droit des assurances maritimes, la réponse est affirmative<sup>994</sup> en vertu d'un texte clair. Pour les autres contrats de transfert de risque, il n'y a pas de texte qui prévoit expressément une telle obligation. Pour justifier l'existence d'une telle obligation, on pourrait se fonder sur la bonne foi dans l'exécution des contrats<sup>995</sup>, dont la violation engagerait la responsabilité contractuelle du débiteur, ou la diminution du montant de l'indemnité qui lui est dûe, par le jeu de la compensation. D'ailleurs, une jurisprudence a décidé « que le créancier doit faire son possible en exerçant diligemment ses droits à l'encontre du débiteur, pour alléger au maximum le poids de la garantie consentie. »<sup>996</sup>

---

*réévaluation quotidienne, déterminée sur la base du cours de compensation, des positions ouvertes d'un adhérent compensateur sur les instruments financiers à terme ».*

<sup>991</sup>Et par silence, on veut dire une absence de tout indice ou tout élément dans le contrat, qui permettrait de calculer l'indemnité.

<sup>992</sup>Cas de l'assurance de choses, des garanties et des *pools* bancaires.

<sup>993</sup>En matière de contrat d'assurance par exemple, il existe une corrélation entre la prime payée et l'indemnité dûe par l'assureur. Comme illustration de cette corrélation, on cite le cas de la sur assurance et le cas de la sous-assurance.

<sup>994</sup>M. Liard, *Particularisme de l'assurance maritime par opposition à l'assurance terrestre*, *op. cit.*, page 226.

<sup>995</sup>Article 1134 alinéa 3 du code civil.

293. Après la déclaration du sinistre par le créancier de l'obligation de couverture, le débiteur doit s'exécuter dans les plus brefs délais. En cas de retard dans le règlement du sinistre, les intérêts moratoires sont dûs, par application de l'article 1153 du code civil<sup>997</sup>. Si le créancier subit un dommage supplémentaire du fait du retard dans le règlement du sinistre, il a droit en plus à des dommages-intérêts. L'indemnité perçue par le créancier en vertu d'un contrat de transfert de risque, est soumise au principe de la libre utilisation de l'indemnité, sauf exception prévue par un texte<sup>998</sup> ou par une clause du contrat.

### C. La charge finale du risque

294. L'étude de la charge finale du risque consiste à savoir s'il existe un recours subrogatoire au profit du débiteur de l'obligation de couverture.

La subrogation<sup>999</sup> est l'opération de substitution d'une personne ou d'une chose par une autre. Dans le premier cas, il s'agit de la subrogation personnelle, et dans le second cas, il s'agit de la subrogation réelle. Nous allons uniquement nous intéresser à la subrogation personnelle<sup>1000</sup>, qui a fait l'objet d'une étude approfondie par le professeur Mestre<sup>1001</sup>. En effet, dans un contrat de transfert de risque, le transfert de

<sup>996</sup>Commerciale, 31 mai 1994, *RTD civ.*, 1995.105 et 17 octobre 1995, *Bull. civ.* IV, numéro 238.

<sup>997</sup>Article 1153 du code civil : « dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement.

*Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.*

*Ils ne sont dus que du jour de la sommation de payer, ou d'un autre acte équivalent telle une lettre missive s'il en ressort une interpellation suffisante, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit.*

*Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance ».*

<sup>998</sup>Articles L. 242-1 alinéa 4 relatif à l'assurance des travaux de construction (alinéa 4 : « lorsqu'il accepte la mise en jeu des garanties prévues au contrat, l'assureur présente, dans un délai maximal de quatre-vingt-dix jours, courant à compter de la réception de la déclaration du sinistre, une offre d'indemnité, revêtant le cas échéant un caractère provisionnel et destinée au paiement des travaux de réparation des dommages. En cas d'acceptation, par l'assuré, de l'offre qui lui a été faite, le règlement de l'indemnité par l'assureur intervient dans un délai de quinze jours ».) et L. 121-17 du code des assurances (« sauf dans le cas visé à l'article L. 121-16, les indemnités versées en réparation d'un dommage causé à un immeuble bâti doivent être utilisées pour la remise en état effective de cet immeuble ou pour la remise en état de son terrain d'assiette, d'une manière compatible avec l'environnement dudit immeuble.

*Toute clause contraire dans les contrats d'assurance est nulle d'ordre public.*

*Un arrêté du maire prescrit les mesures de remise en état susmentionnées, dans un délai de deux mois suivant la notification du sinistre au maire par l'assureur ou l'assuré. »)*

<sup>999</sup>Elle peut être soit conventionnelle, soit légale.

<sup>1000</sup>J. Mestre, *La subrogation personnelle*, LGDJ, 1979, page 25, numéro 14 : la subrogation personnelle trouve ses origines en droit romain dans le cadre du contrat de cautionnement. En effet, pour contourner l'effet extinctif du paiement, on supposait que la caution achetait la créance en versant son montant. Il y avait donc cession d'action. Cette action a été élaborée pour des motifs d'équité, à savoir le risque que le débiteur soit insolvable lorsque la caution se retourne contre lui, alors que le créancier, vu qu'il a été payé, n'a plus besoin de l'action.

<sup>1001</sup>J. Mestre, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, page 846, numéro 640 : la subrogation personnelle est un transfert de créance réalisé sur le fondement d'un paiement. Dans le même sens voir E. Savaux, *V° Subrogation in : Rép. Civ. Dalloz*, numéro 1. Cette analyse n'est pas convaincante pour les raisons suivantes: s'il est vrai que la subrogation, qu'elle soit légale

risque se fait indépendamment de tout transfert de propriété, ce qui signifie qu'il n'y a aucun « bien » qui fait l'objet du contrat, et par conséquent la subrogation réelle n'a pas lieu d'être.

Quant à la subrogation personnelle, il s'agit pour une personne appelée subrogée, de remplacer une autre personne appelée subrogeant, et cela après paiement effectué par la personne subrogée. Le créancier initial, en l'occurrence le subrogeant, est désintéressé, mais le débiteur ultime n'est pas pour autant libéré. Il a désormais un nouveau créancier, le subrogé. Celui-ci reçoit du subrogeant la créance avec ses accessoires<sup>1002</sup>, et peut se retourner contre le débiteur ultime<sup>1003</sup> pour obtenir paiement.

295. On distingue la subrogation conventionnelle de la subrogation légale. L'article 1250 du code civil définit la subrogation conventionnelle et en prévoit deux cas : la subrogation *ex parte creditoris*, tel le cas de l'affacturage, et la subrogation *ex parte debitoris*<sup>1004</sup>. Cette dernière hypothèse est celle d'un débiteur qui emprunte une somme à l'effet de payer sa dette, et subroge le prêteur dans les droits du créancier.

En effet, cet article dispose que la subrogation est conventionnelle :

« 1° Lorsque le créancier recevant son paiement d'une tierce personne la subroge dans ses droits, actions, privilèges ou hypothèques contre le débiteur : cette subrogation doit être expresse et faite en même temps que le paiement ;

2° Lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette, et de subroger le prêteur dans les droits du créancier. Il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires ; que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des deniers fournis à

---

ou conventionnelle, met le subrogé « aux droits » du créancier désintéressé, elle ne lui donne pas la qualité et la situation d'un cessionnaire: le subrogé ne peut agir en garantie contre le créancier désintéressé, il n'est subrogé aux droits de celui-ci que dans la mesure et jusqu'à concurrence des sommes qu'il a lui-même déboursées. Alors que le cessionnaire de la créance peut agir pour le montant total de la créance, même s'il l'a acquise à un prix moindre.

En pratique, le subrogé ne peut s'enrichir en réclamant plus qu'il n'a payé. Une autre différence entre la subrogation et la cession de créance est la suivante : le subrogé dispose d'un recours personnel en plus du recours subrogatoire. Et l'article 1690 du code civil s'applique uniquement à la cession de créance et non à la subrogation.

<sup>1002</sup>Les sûretés.

<sup>1003</sup>Le débiteur peut opposer au subrogé toutes les exceptions non personnelles dont il pouvait se prévaloir à l'égard du subrogeant. Notons que la compensation et la confusion sont des exceptions personnelles.

<sup>1004</sup>E. Savaux, *V°* Subrogation personnelle, *op. cit.*

*cet effet par le nouveau créancier. Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier. »*

296. La subrogation légale, dite aussi subrogation « de plein droit » est prévue à l'article 1251 du code civil. Les alinéas 1, 2, 4 et 5 concernent des hypothèses bien précises. Quant à l'alinéa 3, la jurisprudence y a vu un principe général de subrogation légale<sup>1005</sup>. Cet alinéa dispose que la subrogation a lieu de plein droit... « *au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter.* » L'alinéa 3 a été qualifié de *Clausula generalis*.<sup>1006</sup>

Les personnes « *tenués avec d'autres* » sont les codébiteurs solidaires, les codébiteurs d'une dette indivisible, les cofidésseurs, les coavalistes, les cosignataires d'un effet de commerce, et les tiers détenteurs de différents immeubles hypothéqués à la même dette dans leur rapport entre eux.<sup>1007</sup>

Les personnes « *tenués pour d'autres* » sont la caution, le donneur d'aval, le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué dans ses rapports avec le débiteur, la « caution réelle ».<sup>1008</sup> De même pour le porte-fort qui paye après la ratification, car avant la ratification, il ne bénéficie pas de la subrogation étant donné qu'il paye sa propre dette.<sup>1009</sup>

297. Le domaine initial de l'alinéa 3 de l'article 1251 du code civil concerne les codébiteurs et la caution ; la terre d'élection de la subrogation étant les garanties, qu'elles soient réelles ou personnelles. En effet, l'article 2306 dispose que « *la caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur* » et l'article 2314 du code civil poursuit que « *la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite.* »

Selon une doctrine, qui considère que la subrogation est d'ordre public, « un cautionnement dépourvu de toute possibilité de subrogation perdrait sa véritable

---

<sup>1005</sup>J. Mestre, *La subrogation personnelle, op. cit.*, page 180, numéro 128.

<sup>1006</sup>E. Savaux, *V° Subrogation personnelle, op. cit.*

<sup>1007</sup>J. Mestre, *La subrogation personnelle, op. cit.*, page 186, numéro 135.

<sup>1008</sup>Quoique la jurisprudence refuse cette qualification.

<sup>1009</sup>J. Mestre, *La subrogation personnelle, op. cit.*, page 218, numéro 161.

nature »<sup>1010</sup>, il serait disqualifié en donation. En d'autres termes, la caution ne peut renoncer de façon générale et anticipée à la subrogation. Il convient de noter que le bénéficiaire de la subrogation s'applique à la sous-caution<sup>1011</sup> et au certificateur de la caution<sup>1012</sup>.

Dans les garanties autonomes, le garant paye sa propre dette, et non la dette d'autrui. Mais si l'on considère que le garant était, de même qu'une caution, tenu pour un autre au paiement de la dette, le bénéficiaire de subrogation doit être admis. Un auteur a avancé « qu'en reconnaissant que la garantie autonome est une sûreté, le nouvel article 2287-1 du code civil<sup>1013</sup> implique que le garant est tenu pour le donneur d'ordre. Là encore, on mesure l'importance de la qualification légale de sûreté »<sup>1014</sup>. D'ailleurs, la jurisprudence a admis, à propos de la garantie autonome, la subrogation légale de l'article L. 1251 alinéa 3 du code civil<sup>1015</sup>.

298. Le domaine de la subrogation fut élargi pour englober, après une longue évolution, le contrat d'assurance. En effet, « dès 1829, la cour de cassation relevant que l'assureur s'acquittait de sa propre dette, contrepartie des primes préalablement reçues, lui refusait le bénéfice de l'article 1251-3 du code civil. La loi du 13 juillet 1930 est venue consacrer un recours subrogatoire au profit de l'assureur. Il s'agit de l'actuel article L. 121-12 du code des assurances, qui prévoit également le bénéfice de subrogation<sup>1016</sup>. De plus, cette consécration a été réitérée par un revirement jurisprudentiel du 14 décembre 1943, de la chambre civile<sup>1017</sup>, relatif à l'assurance-

<sup>1010</sup>Ch. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, op. cit., page 571, numéro 469, et page 572 numéro 469.

<sup>1011</sup>Cass. com., 27 mai 2008, numéro 06-19.075 et Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 février 2002, numéro 99-12.299 : « la sous-caution doit être traitée à tous égards comme une caution. »

<sup>1012</sup>Req., 10 novembre 1938, *DH*. 1939.37 : « l'article 2037 s'applique lorsque le fait du créancier rend impossible la subrogation des cautions et du certificateur de caution dans ses droits de sûretés. »

<sup>1013</sup>Article 2287-1 du code civil : « les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention ».

<sup>1014</sup>J. Stoufflet, « La reconnaissance par l'ordonnance du 23 mars 2006 de deux types de garanties issues de la pratique : la garantie autonome et la lettre d'intention », *Rev. sociétés*, 2006, page 473.

<sup>1015</sup>A. Gauvin, *Droit des dérivés de crédit*, op. cit., page 174.

<sup>1016</sup>Article L. 121-12 du code des assurances : « L'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur.

L'assureur peut être déchargé, en tout ou en partie, de sa responsabilité envers l'assuré, quand la subrogation ne peut plus, par le fait de l'assuré, s'opérer en faveur de l'assureur.

Par dérogation aux dispositions précédentes, l'assureur n'a aucun recours contre les enfants, descendants, ascendants, alliés en ligne directe, préposés, employés, ouvriers ou domestiques, et généralement toute personne vivant habituellement au foyer de l'assuré, sauf le cas de malveillance commise par une de ces personnes ».

Il convient également de citer l'alinéa 1 de l'article L. 128-3 du code des assurances qui est une application de l'article L. 121-12 du même code, dans le cas d'une assurance contre les risques de catastrophes technologiques. Cet alinéa dispose : « l'entreprise d'assurance intervenant au titre de l'article L. 128-2 est subrogée dans les droits des assurés indemnisés à concurrence des sommes versées à ce titre ».

<sup>1017</sup>Cass. civ., 14 décembre 1943, *S.* 1945. 1. 41, note Houin, *DC* 1944. 81, note A. Besson.

crédit.<sup>1018</sup> Un arrêt récent de la première chambre civile de la cour de cassation du 28 octobre 2015 confirme cette solution par les termes suivants : « *l'assureur de responsabilité peut être subrogé dans les droits de la victime, tiers au contrat d'assurance, contre celui sur lequel doit peser la charge définitive de la dette* »<sup>1019</sup>.

Pour la Cour de cassation, le motif tiré de l'acquittement d'une dette personnelle est en soi inopérant pour écarter la subrogation. Par conséquent, les conditions requises pour se voir octroyer le bénéfice de la subrogation légale sont au nombre de deux : le paiement doit émaner d'un autre que le débiteur définitif<sup>1020</sup>, et ce paiement quelles qu'en soient les modalités, doit libérer le débiteur définitif. On n'exige plus qu'il y ait une dette unique, exigence qui avait pour conséquence de refuser à l'assureur une action subrogatoire, vu l'existence de deux dettes distinctes, l'une issue du contrat et l'autre de la responsabilité civile.<sup>1021</sup>

Cette consécration législative de la subrogation légale au profit de l'assureur a été critiquée par la majorité de la doctrine, qui y a vu une extension abusive de l'institution. Mais la jurisprudence continue d'affirmer que « *le débiteur qui s'acquitte d'une dette personnelle peut néanmoins prétendre bénéficier de la subrogation s'il a, par son paiement, libéré envers le créancier commun celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette.* »<sup>1022</sup>

Quoiqu'il en soit, et conformément au texte clair de l'article L. 121-12 du code des assurances, l'assureur dispose d'un recours subrogatoire. Cependant, la subrogation est exclue en matière d'assurances de personnes conformément à l'article L. 131-2 du code des assurances<sup>1023</sup> (vie-décès, accident corporel, maladie, invalidité...) parce que les prestations de l'assureur n'ont pas en principe de caractère indemnitaire. Il faut toutefois réserver l'hypothèse des contrats d'assurance de personnes, dans lesquels l'assureur exécute des prestations calculées par référence au préjudice subi par l'assuré. Dans ce cas, l'assureur peut prévoir une subrogation conventionnelle, par

<sup>1018</sup>J. Mestre, *La subrogation personnelle*, op. cit., page 224, numéro 166.

<sup>1019</sup> Numéro 14-15.114.

<sup>1020</sup>C'est-à-dire celui sur lequel doit peser la charge définitive de la dette.

<sup>1021</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juillet 1987, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, op. cit., numéro 255. *Contra* : chambre commerciale, 4 novembre 1968, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, op. cit., numéro 255 : « le paiement d'une dette entièrement personnelle est en principe exclusif de toute subrogation. »

<sup>1022</sup>Cass. com., 2 mai 2001, n° 98-17.790.

<sup>1023</sup>Article L. 131-2 du code des assurances : « *dans l'assurance de personnes, l'assureur, après paiement de la somme assurée, ne peut être subrogé aux droits du contractant ou du bénéficiaire contre des tiers à raison du sinistre. Toutefois, dans les contrats garantissant l'indemnisation des préjudices résultant d'une atteinte à la personne, l'assureur peut être subrogé dans les droits du contractant ou des ayants droit contre le tiers responsable, pour le remboursement des prestations à caractère indemnitaire prévues au contrat* ».

une stipulation expresse dans le contrat. En effet, l'article L. 131-2 du code des assurances alinéa 2 dispose que « *dans les contrats garantissant l'indemnisation des préjudices résultant d'une atteinte à la personne, l'assureur peut être subrogé dans les droits du contractant ou des ayants droit contre le tiers responsable, pour le remboursement des prestations à caractère indemnitaire prévues au contrat* ». Le verbe « peut », laisse sous-entendre que le texte ne prévoit encore qu'une simple faculté.

299. Il convient de noter que selon l'article L. 121-12, alinéa 3 du code des assurances, « *l'assureur n'a aucun recours contre les enfants, descendants, ascendants, alliés en ligne directe, préposés, employés, ouvriers ou domestiques, et généralement toute personne vivant habituellement au foyer de l'assuré, sauf le cas de malveillance commise par une de ces personnes* ».

La règle s'explique par le fait que la « victime n'eût sans doute pas agi contre le responsable et que l'assureur pourrait ainsi récupérer indirectement ce qu'il a versé lorsque ce responsable est une personne dont la victime doit répondre ».<sup>1024</sup> Pour des raisons morales et affectives, l'assuré ne poursuivra pas les personnes dont il doit répondre, puisqu'il s'agit le plus souvent des membres de sa famille. Toutefois, la jurisprudence reconnaît à l'assureur un recours contre l'assureur des personnes énumérées à l'alinéa 3 de l'article L. 121-12<sup>1025</sup>, alors qu'il ne dispose pas d'un recours subrogatoire contre elles lorsqu'elles n'ont pas été « *malveillantes* ». Cette solution est critiquable sur le plan de la technique juridique car la dette de responsabilité, susceptible de se transmettre positivement<sup>1026</sup> à l'assureur par le biais de la subrogation est inexistante s'agissant des personnes visées.

300. Le contrat peut contenir des clauses de renonciation anticipée par le cessionnaire à exercer le recours subrogatoire. Cette clause peut être une renonciation générale à la subrogation, comme elle peut être une clause de renonciation conditionnelle. C'est le

---

<sup>1024</sup>E. Savaux, *V° La subrogation personnelle, op. cit.*, numéro 171.

<sup>1025</sup>Article L. 121-12 alinéa 3 du code des assurances: « *par dérogation aux dispositions précédentes, l'assureur n'a aucun recours contre les enfants, descendants, ascendants, alliés en ligne directe, préposés, employés, ouvriers ou domestiques, et généralement toute personne vivant habituellement au foyer de l'assuré, sauf le cas de malveillance commise par une de ces personnes* ».

cas de la renonciation « sauf assurance », en vertu de laquelle l'assureur disposerait d'un recours contre l'assureur du responsable.

De plus, la renonciation peut avoir lieu à l'occasion du sinistre même.

301. Conformément à l'article L. 121-12 du code des assurances, l'assureur est subrogé contre le tiers responsable du dommage, à concurrence de l'indemnité que l'assureur a versée à l'assuré. Pour le reste, l'assuré conserve son recours contre le tiers et dans les limites de l'étendue de la responsabilité dudit tiers. Ceci permet d'éviter que l'assuré ne reçoive deux indemnités. Autrement dit, la subrogation se fait dans le cadre d'une double limite: ce que le subrogé a effectivement payé au subrogeant, et dans la limite de ce que le tiers devait au subrogeant. Si le subrogé a payé au subrogeant une somme supérieure, c'est à lui d'en supporter les conséquences. Il convient également de tenir compte de la règle selon laquelle nul n'est censé subroger contre soi.<sup>1027</sup>

L'action en responsabilité contre le tiers responsable doit exister et ne doit pas être éteinte. Si le tiers responsable a payé la victime assurée, il n'y a plus de subrogation, mais l'assureur qui a indemnisé l'assuré peut exercer contre lui une action en paiement de l'indû.

302. Si le subrogé est tenu avec d'autres, il ne peut exercer le recours subrogatoire contre chacun de ses coobligés que pour sa part et portion. C'est le cas par exemple d'une dette cautionnée par plusieurs personnes. Notons qu'en cas de paiement partiel, le subrogé concourt avec le créancier pour l'exercice de leurs droits respectifs, proportionnellement à ce qui est dû à chacun d'eux; ils seront payés au marc le franc. Le subrogeant a l'obligation de ne pas compromettre le recours subrogatoire, sous peine de perdre son droit à l'égard du subrogé. Pour illustrer cette règle, on peut donner l'exemple du bénéfice de cession d'action en matière de cautionnement. Il s'agit de l'article 2314 du code civil<sup>1028</sup>, qui fait de la perte du bénéfice de la subrogation, une cause d'extinction du cautionnement. On peut également citer l'article L. 121-12 alinéa 2, du code des assurances qui dispose que « *l'assureur peut*

---

<sup>1027</sup>*Nemo contra se subrogasse censetur.*

<sup>1028</sup>Article 2314 du code civil: « *la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite* ».

*être déchargé, en tout ou en partie, de sa responsabilité envers l'assuré, quand la subrogation ne peut plus, par le fait de l'assuré, s'opérer en faveur de l'assureur ».*

303. Pour les autres contrats de transfert de risque, le législateur n'a pas expressément prévu la subrogation comme il l'a fait pour l'assurance et le cautionnement. Par application du droit commun, les solutions seraient les suivantes : s'il existe une clause prévoyant la subrogation, et si toutes les conditions de l'article 1250 du code civil sont réunies, nous serons en présence de la subrogation conventionnelle. En cas d'absence d'une telle clause il convient de vérifier si les conditions de la subrogation de plein droit<sup>1029</sup> sont remplies.

Pour la tontine en cas de décès, le problème du recours subrogatoire ne se pose pas, car il n'y a pas de tiers responsable du décès de l'adhérent.

Pour les contrats financiers conclus à titre de couverture, la question de l'existence ou de l'absence de recours subrogatoire ne se pose que lorsque l'évènement de crédit consiste dans la défaillance du débiteur principal. En effet, « le vendeur de protection intervient pour le créancier, qui le rémunère, et non pour le débiteur (comme dans une sûreté personnelle). Toutefois le débiteur en bénéficie, et la jurisprudence admet que peuvent bénéficier de la subrogation légale, ceux qui, en payant une dette même personnelle, libère à due concurrence celui sur lequel doit peser la charge définitive de la dette ». <sup>1030</sup> Si la gestion d'affaires pourrait justifier une action à son encontre, celle-ci est expressément exclue en pratique.

304. Quant aux sûretés réelles, lorsqu'elles sont conclues par le débiteur lui-même, le problème de l'existence ou non du recours subrogatoire ne se pose pas, puisque le débiteur, qui a constitué la sûreté au profit de son créancier, ne va pas se retourner contre lui-même. Lorsqu'elles sont conclues par un tiers pour le compte d'autrui, l'existence d'un recours subrogatoire ne fait pas de doute : la sûreté ayant un caractère accessoire, il y a dette unique, et nous sommes dans l'hypothèse classique de l'alinéa

---

<sup>1029</sup> Article 1251 du code civil : « la subrogation a lieu de plein droit :

1° Au profit de celui qui étant lui-même créancier paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques ;

2° Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué ;

3° Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ;

4° Au profit de l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net qui a payé de ses deniers les dettes de la succession ;

5° Au profit de celui qui a payé de ses deniers les frais funéraires pour le compte de la succession. »

<sup>1030</sup>P. Paillier, *op. cit.*, page 335, numéro 301.

3 de l'article 1251 du code civil, c'est-à-dire que la subrogation aura lieu de plein droit au profit de celui qui était tenu pour d'autres au paiement de la dette et avait intérêt de l'acquitter.

305. A côté de ce recours subrogatoire, le cessionnaire du risque peut disposer également d'un recours personnel, lorsqu'un texte exprès le prévoit, ou lorsque le cessionnaire dispose d'un titre justifiant un tel recours. C'est le cas de l'article 2305 du code civil<sup>1031</sup>, relatif au cautionnement. En l'absence d'une *clausula generalis* à l'instar de l'aliné 3 de l'article 1251 du code civil, il est impossible de généraliser l'existence d'un recours personnel à tous les contrats de transfert de risque, étant donné qu'il s'agit d'un recours contre un tiers au contrat de transfert de risque. L'action personnelle a un caractère chirographaire, et elle « a un fondement différent suivant les conditions dans lesquelles le paiement est intervenu »<sup>1032</sup>. Ses avantages par rapport à l'action subrogatoire sont les suivants : l'action personnelle permet au *solvens* d'éviter la préférence que l'article 1252 du code civil<sup>1033</sup> accorde au subrogeant en cas de paiement partiel. De plus elle lui permet d'échapper à la prescription qui risque d'éteindre la créance primitive<sup>1034</sup>.

306. Il ressort de notre étude que le débiteur d'une obligation de couverture en vertu d'un contrat de transfert de risque, n'est pas nécessairement le débiteur final de cette dernière. En effet, pour certains contrats de transfert de risque, le législateur a expressément prévu la possibilité d'une subrogation personnelle. Alors que pour certains contrats de transfert de risque, la subrogation est inconcevable (assurance en cas de mort et tontine en cas de mort) ou inopportune (contrats financiers), pour

---

<sup>1031</sup> Article 2305 du code civil : « la caution qui a payé a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur.

*Ce recours a lieu tant pour le principal que pour les intérêts et les frais ; néanmoins la caution n'a de recours que pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle.*

*Elle a aussi recours pour les dommages et intérêts, s'il y a lieu ».*

<sup>1032</sup> E. Savaux, *V° La subrogation personnelle*, *op. cit.*, numéro 172 : « le recours personnel du *solvens* découle du contrat de prêt lorsqu'il a avancé au débiteur la somme nécessaire pour qu'il règle lui-même sa dette ; il naît du contrat de mandat lorsque le débiteur l'a chargé de payer le créancier, et de la gestion d'affaires ou de l'enrichissement sans cause lorsque le tiers a payé spontanément le créancier ».

<sup>1033</sup> L'article 1252 du code civil dispose : « la subrogation établie par les articles précédents a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs : elle ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel ».

Cet article consacre l'adage « *nemo contra se subrogasse censetur* », ce qui signifie la subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie. En ce cas, il peut exercer ses droits pour ce qui lui reste, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel.

<sup>1034</sup> E. Savaux, *V° La subrogation personnelle*, *op. cit.*, numéro 172.

d'autres contrats, il est possible de justifier la possibilité d'une subrogation personnelle, sur le fondement du droit commun

## §2-L'altération de l'obligation de couverture

307. Après la conclusion d'un contrat de transfert de risque, le risque peut disparaître (A), s'aggraver, ou au contraire diminuer (B). Un nouveau risque peut également apparaître (C).

### A. La disparition du risque

308. Le risque est un élément constitutif catégorique qui s'ajoute aux conditions de formation énumérées par l'article 1108 du code civil et dont l'absence au moment de la formation du contrat, est sanctionnée par la disqualification du contrat de transfert de risque, ou par la nullité relative.

Le risque peut exister au moment de la formation du contrat, mais disparaître postérieurement. Lorsqu'un contrat perd après sa formation un élément constitutif, la jurisprudence et la doctrine s'accordent à dire que dans ce cas, il y a caducité du contrat. « La caducité frappe un acte régulièrement formé, mais qui perd postérieurement à sa conclusion un élément essentiel à sa validité, l'objet, la cause<sup>1035</sup> ou un élément nécessaire à sa perfection<sup>1036</sup>, du fait de la survenance d'un élément indépendant de la volonté des parties, ou dans la dépendance partielle de leur volonté<sup>1037</sup> ». La jurisprudence s'est prononcée maintes fois en ce sens.<sup>1038</sup>

---

<sup>1035</sup>L'objet devient postérieurement impossible, illicite, hors commerce, détruit. Dans ce dernier cas, il convient de citer les articles 1302 (« lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure.

Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périée chez le créancier si elle lui eût été livrée.

Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue.

De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite, de la restitution du prix ») et 1235 du code civil (« tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition. La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées »).

<sup>1036</sup>Promesse caduque pour non levée de l'option (non survenance du consentement).

<sup>1037</sup>Non survenance d'une condition suspensive.

<sup>1038</sup>Cass. com., 27 avril 1971 et 5 novembre 1971, *D.* 1972, page 353 et 2 novembre 1993, *Bull. civ.* IV, numéro 371 (cas d'un contrat d'approvisionnement exclusif, prévoyant que le prix est déterminé par référence à un tarif fixé par l'Etat, devient caduc lorsque cette fixation administrative cesse. »

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 octobre 1976, *Daloz* 1977, *IR.*, page 50 : caducité de l'hypothèque inscrite sur une chose indivise, du chef d'un coindivisaire, lorsque le bien grevé est mis, lors du partage, dans le lot d'un autre coindivisaire.

Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 février 1982, *Bull. civ.* III 1982, numéro 37 : caducité pour non réalisation de la condition suspensive dans le délai qui lui est imparti.

L'article 1039 du code civil prévoit la caducité du leg si celui en faveur duquel il a été fait n'a pas survécu au testateur l'article 1088 du même code prévoit la caducité de la donation faite en faveur du mariage si le mariage ne s'ensuit pas., et

La caducité est prévue par le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats à l'article 1186<sup>1039</sup>. Elle se caractérise par la postériorité du fait générateur par rapport au moment de formation du contrat. Elle se caractérise également par la neutralité de ce même fait, lequel ne doit pas correspondre à un comportement fautif. Ce qui signifie qu'il ne peut y avoir de « caducité fautive », sinon on serait dans une hypothèse de résolution pour inexécution.<sup>1040</sup>

La caducité est « judiciaire, mais elle est de droit, c'est-à-dire le juge est obligé de la prononcer, il n'a pas un pouvoir d'appréciation, contrairement à la résolution »<sup>1041</sup>. En principe, la caducité n'a pas d'effet rétroactif<sup>1042</sup>.

Une hypothèse de disparition du risque postérieurement à la conclusion du contrat, peut être la fermeture d'une usine après la conclusion d'un contrat d'assurance contre les risques d'accidents technologiques. Ou bien la guérison totale d'une maladie après la conclusion d'un contrat d'assurance maladie. On peut également penser à la rupture des concours bancaires ou le remboursement du prêt après la conclusion d'un cautionnement ou d'une hypothèque.

309. En cas de disparition postérieure du risque, le débiteur de l'obligation de couverture n'est plus tenu d'aucune obligation. Lorsque le contrat de transfert de risque donne naissance à une obligation assortie d'une condition suspensive, on peut dire que la condition est défaillie.<sup>1043</sup> Il s'agit de savoir si le créancier de ladite obligation peut se prévaloir d'un quelconque moyen pour se faire restituer les primes déjà payées. Le créancier, qui a déjà fourni un prix ou une couverture réciproque, peut notamment vouloir se placer sur le terrain de l'absence de cause de l'obligation.

---

l'article 757 du code de procédure civile prévoit la caducité de l'assignation si une copie de celle-ci n'est pas remise au greffe dans les quatre mois suivant l'assignation.

<sup>1039</sup>Article 1186 : « un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments constitutifs disparaît. Il en va de même lorsque vient à faire défaut un élément extérieur au contrat mais nécessaire à son efficacité. Il en va encore ainsi lorsque des contrats ont été conclus en vue d'une opération d'ensemble et que la disparition de l'un d'eux rend impossible ou sans intérêt l'exécution d'un autre. La caducité de ce dernier n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est

*invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement. »*

<sup>1040</sup>R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, préface d'Y. Lequette, LGDJ, 2006.

<sup>1041</sup>*Ibid.*

<sup>1042</sup>Contra *Ibid.*

<sup>1043</sup>Articles 1176 (« lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé. S'il n'y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie ; et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas ».) et 1177 du code civil (« lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement n'arrivera pas dans un temps fixe, cette condition est accomplie lorsque ce temps est expiré sans que l'événement soit arrivé : elle l'est également, si avant le terme il est certain que l'événement n'arrivera pas ; et s'il n'y a pas de temps déterminé, elle n'est accomplie que lorsqu'il est certain que l'événement n'arrivera pas ».)

Or celle-ci existait au moment de la formation du contrat. Donc son argument a de faibles chances d'aboutir.

310. Concernant le contrat d'assurance, une doctrine<sup>1044</sup> a avancé que « la disparition du risque est probablement plus fréquente que le défaut d'apparition...la sanction de la disparition du risque ou de l'impossibilité de sa réalisation est la caducité, avec restitution de la prime, par application du principe de proportionnalité de la prime par rapport au risque et de sa divisibilité ». Toutefois, dans l'assurance en cas de mort, la mort est inéluctable et la question de la disparition du risque ne se pose même pas. De même pour la tontine en cas décès.

Le législateur a en effet prévu plusieurs textes régissant la disparition postérieure du risque. C'est le cas notamment de l'article L. 121-9 du code des assurances qui dispose qu'en « *cas de perte totale de la chose assurée résultant d'un événement non prévu par la police, l'assurance prend fin de plein droit et l'assureur doit restituer à l'assuré la portion de la prime payée d'avance et afférente au temps pour lequel le risque n'est plus couru.* »<sup>1045</sup>

Cet article ne concerne que les assurances de dommages, et non les assurances de personnes : la jurisprudence a décidé « qu'il ne peut justifier le refus de payer la prime d'une assurance contre les accidents corporels de la part d'un assuré qui, en raison de son changement de profession, n'est plus exposé au risque qui avait motivé la souscription du contrat »<sup>1046</sup>.

311. Quant à l'article L. 121-11 du code des assurances prévoit un cas particulier de disparition postérieure du risque : celle de l'aliénation de l'objet de l'assurance. Cet article dispose « qu'en cas d'aliénation<sup>1047</sup> d'un véhicule terrestre à moteur ou de ses remorques ou semi-remorques, et seulement en ce qui concerne le véhicule aliéné, le contrat d'assurance est suspendu de plein droit à partir du lendemain, à zéro heure, du jour de l'aliénation ; il peut être résilié, moyennant préavis de dix jours, par chacune des parties.

---

<sup>1044</sup>J. Kullmann, « Incertitudes sur incertitudes dans le contrat d'assurance, l'évanouissement de l'évènement aléatoire et la restitution de la prime », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz 2005, pages 173 et 190.

<sup>1045</sup>Quoique le législateur n'emploie pas expressément le terme « caducité ». Il s'agit en général de la disparition du risque ou de l'impossibilité de la garantie.

<sup>1046</sup>Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1963: *RGAT* 1964. 58; *JCP* 1963. II. 13301.

<sup>1047</sup>Entre vifs uniquement. Le texte est inapplicable s'il y a eu transfert à cause de mort.

*A défaut de remise en vigueur du contrat par accord des parties ou de résiliation par l'une d'elles, la résiliation intervient de plein droit à l'expiration d'un délai de six mois à compter de l'aliénation.*

*L'assuré doit informer l'assureur, par lettre recommandée, de la date d'aliénation.*

*Il ne peut être prévu le paiement d'une indemnité à l'assureur, dans les cas de résiliation susmentionnés.*

*L'ensemble des dispositions du présent article est applicable en cas d'aliénation de navires ou de bateaux de plaisance quel que soit le mode de déplacement ou de propulsion utilisé. »*

La suspension prévue par le texte prend fin par l'exercice de la faculté de résiliation octroyée aux deux parties moyennant un préavis de dix jours, ou si l'assuré acquiert un bien de remplacement. Ce qui a pour conséquence de reporter la couverture sur le bien nouvellement acquis, et d'éviter un découvert d'assurance.

312. Dans le même sens, l'article L. 160-6 du code des assurances dispose que « la réquisition de la propriété de tout ou partie d'un bien mobilier entraîne de plein droit, dans la limite de la réquisition, la résiliation ou la réduction des contrats d'assurance relatifs à ce bien, à compter de la date de dépossession de celui-ci. Toutefois, l'assuré a le droit d'obtenir de l'assureur qu'à la résiliation soit substituée la simple suspension des effets du contrat en vue de le remettre ultérieurement en vigueur sur les mêmes risques ou sur les risques similaires. »

Dans ces trois cas sus-mentionnés, on peut parler « d'extinction automatique par l'effet de la loi »<sup>1048</sup>, du fait de la disparition de l'objet de l'assurance : le bien objet du contrat d'assurance est soit totalement perdu, soit aliéné, soit réquisitionné.

313. Le code des assurances prévoit également des cas de « résiliation » du contrat d'assurance pour cause déterminée, soit en cas de changement dans la situation de l'assuré, soit en cas d'aggravation ou de diminution du risque<sup>1049</sup>. En d'autres termes, la « résiliation » est prévue pour perte de l'intérêt à l'assurance. Il s'agit de l'article L. 113-16 du code des assurances<sup>1050</sup> qui dispose « qu'en cas de survenance d'un des événements suivants :

---

<sup>1048</sup>L. Mayaux, *V° Assurances, terrestres, le contrat d'assurance in : Rép. Civ. Dalloz*, numéros 148 et 154.

<sup>1049</sup>*Ibidem*, numéro 166.

<sup>1050</sup>Cet article est inapplicable à l'assurance-vie.

- *changement de domicile ;*
- *changement de situation matrimoniale ;*
- *changement de régime matrimonial ;*
- *changement de profession ;*
- *retraite professionnelle ou cessation définitive d'activité professionnelle, le contrat d'assurance peut être résilié par chacune des parties lorsqu'il a pour objet la garantie de risques en relation directe avec la situation antérieure et qui ne se retrouvent pas dans la situation nouvelle. »*

Cette énumération est limitative. Ledit article précise que « *la résiliation du contrat ne peut intervenir que dans les trois mois suivant la date de l'événement, et qu'elle prend effet un mois après que l'autre partie au contrat en a reçu notification* ». Quant à la prime, « *l'assureur doit rembourser à l'assuré la partie de prime ou de cotisation correspondant à la période pendant laquelle le risque n'a pas couru, période calculée à compter de la date d'effet de la résiliation.* »

La solution prévue par le législateur est la faculté de résiliation, qui se traduit par un anéantissement du contrat pour l'avenir avec restitution d'une partie de la prime, par application de la règle de divisibilité de la prime. Il convient de préciser que le législateur utilise le terme « résiliation », et non « caducité », alors qu'il s'agit d'une hypothèse où le contractant n'a pas commis de faute, contrairement à une véritable hypothèse de résiliation<sup>1051</sup>.

314. Une autre illustration de la disparition du risque postérieurement à la conclusion du contrat peut être tirée de l'assurance crédit, lorsque la créance assurée vient à disparaître. Cela devrait logiquement entraîner l'extinction du contrat d'assurance par disparition de l'intérêt d'assurance.<sup>1052</sup>

Plus généralement, en matière de contrats d'assurance de dommage, la disparition du risque postérieurement à la conclusion du contrat se ramène à deux hypothèses: soit la disparition de l'objet assuré du contrat d'assurance<sup>1053</sup>, soit la perte de l'intérêt au contrat<sup>1054</sup>. Au delà des solutions spéciales<sup>1055</sup>, il est possible d'admettre sur le

---

<sup>1051</sup> Pour inexécution ou en vertu d'une clause ou d'un texte exprès.

<sup>1052</sup> M. Fontaine, *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, thèse, Bruylant, 1966, page 163, numéro 111.

<sup>1053</sup> Destruction de la maison objet du contrat d'assurance.

<sup>1054</sup> Exemple de disparition de l'intérêt : changement d'adresse. L'article 102 du projet de réforme de la chancellerie sanctionne par la caducité, la disparition de l'intérêt en cours d'exécution.

fondement du droit commun, la caducité du contrat d'assurance en présence de tout évènement qui emporte disparition totale et définitive du risque, avant la fin normale du contrat<sup>1056</sup>.

315. Le risque peut également disparaître dans l'hypothèse des contrats financiers conclus à titre de couverture. On peut penser notamment à l'hypothèse de disparition du sous-jacent<sup>1057</sup>. La solution réside dans la substitution du sous-jacent initial par un sous-jacent équivalent<sup>1058</sup>. Si cette substitution est impossible, il y aura caducité du contrat financier. C'était le cas des *swaps* de devises, après le passage à la monnaie unique. « C'est la nature même du contrat qui est atteinte, le contrat aléatoire se poursuit sans aléa... la caducité des contrats aléatoires pour disparition de l'aléa constitue une caducité pour disparition de l'objet assuré. En effet, l'aléa élément essentiel du contrat, suspend la réalité de l'objet de l'obligation. »<sup>1059</sup>

En dehors de l'hypothèse particulière des *swaps* de devises, le risque de marché existe toujours et le problème de sa disparition ne se pose pas.

Quant au risque de crédit que les dérivés permettent de couvrir, il peut disparaître avec la disparition de l'opération principale sous-jacente. Si la caducité est théoriquement concevable, elle constitue une lourde sanction en matière financière. En effet, vu le principe de l'autonomie du contrat financier par rapport au sous-jacent et pour des impératifs de sécurité des marchés financiers (l'intérêt collectif du marché, l'emporte sur l'intérêt formé par le montage particulier), le contrat financier est maintenu, sauf stipulation expresse démontrant l'indivisibilité de l'instrument financier à terme et du contrat principal<sup>1060</sup>. En d'autres termes, « la disparition du

---

<sup>1055</sup> Il existe un cas particulier de caducité des contrats d'assurance : le retrait de l'agrément de l'assureur. Voir en ce sens : H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, préface G. Durry, Litec, 2008, page 664 numéro 976.

<sup>1056</sup> Par exécution ou arrivée du terme.

<sup>1057</sup> Indice supprimé, passage à la monnaie unique dans le cadre d'un *swap* de devises.

<sup>1058</sup> Exemple de clause prévoyant cette disparition : « En cas de modification affectant la composition ou, le cas échéant, la définition du taux variable (ou de l'indice) auquel il est fait référence dans la présente convention, de même qu'en cas de disparition de ce taux ou de cet indice et de substitution d'un taux ou d'un indice de même nature ainsi qu'en cas de modification affectant l'organisme le publiant ou les modalités de publication par suite du passage à l'euro, le taux ou l'indice issu de cette modification ou de cette substitution s'appliquera de plein droit. »

<sup>1059</sup> R. Chaaban, *La caducité*, *op. cit.*, page 415, numéro 489.

<sup>1060</sup> P. Pailler, *op. cit.*, page 69, numéros 52 et 53, et A. Gaudemet, *op. cit.*, page 105, numéros 220 et s.

contrat principal, quelle que soit la raison, est inopposable aux parties à l'instrument financier à terme. »<sup>1061</sup>

316. A part l'hypothèse particulière des dérivés de crédit, un autre exemple de disparition du risque de crédit postérieurement à la conclusion du contrat, est la certitude que le débiteur va pouvoir payer sa dette<sup>1062</sup>. Les parties à un tel contrat de transfert de risque voudront s'en départir : le cédant pour éviter de payer la contrepartie d'une couverture désormais inutile, et le cessionnaire afin de se libérer personnellement (vu qu'il peut être poursuivi par le créancier, de façon autonome) ou de libérer ses biens mis en garantie.

317. En l'absence d'une disposition expresse prévue par le législateur, et à défaut de pouvoir transposer par analogie les solutions spéciales, les parties peuvent prévoir la solution par une clause claire du contrat en vertu de la liberté contractuelle. Toutefois, le créancier de l'obligation de couverture n'aura pas intérêt à insérer une telle clause, car se prémunir quoique excessivement d'un risque d'insolvabilité est un acte prudent<sup>1063</sup>. En effet, la solution retenue pour le contrat d'assurance, à savoir l'anéantissement du contrat pour l'avenir avec restitution de la fraction de la prime<sup>1064</sup> n'est pas transposable : il existe des impératifs spécifiques à chaque contrat de transfert de risque<sup>1065</sup>, qui commandent d'écarter ladite solution par application de l'adage *specialia generalibus derogant*. Dans ce cas, il convient de prononcer la caducité du contrat de transfert de risque, mais sans restitution de la contrepartie de la couverture. Autrement dit, « lorsque le risque couvert se dissipe, l'obligation de couverture s'éteint, elle est frappée de caducité. Cette extinction de l'obligation sans paiement n'autorise pas le créancier de l'obligation de couverture à se prévaloir de la répétition de l'indû ou de l'enrichissement sans cause lorsqu'il a versé une contrepartie au garant : l'obligation de couverture a existé, le garant a couru un risque dont il a pu assumer la charge si ce dernier s'était réalisé. Cela suffit pour interdire toute idée d'enrichissement indû. »<sup>1066</sup>

<sup>1061</sup>P. Pailler, *op. cit.*, page 71, numéro 55.

<sup>1062</sup>Bilans comptables positifs, excédants de trésorerie.

<sup>1063</sup>Bon père de famille.

<sup>1064</sup>Le législateur utilise l'expression « réduction du contrat », notamment à l'article L. 160-6 du code des assurances.

<sup>1065</sup>Dans le cas d'un contrat d'assurance, il s'agit de la protection de l'assuré.

<sup>1066</sup>V. Mazeaud, *op. cit.*, page 464, numéro 317.

## B. La diminution et l'aggravation du risque

318. Une diminution<sup>1067</sup> ou une aggravation<sup>1068</sup> du risque aura le plus souvent des conséquences sur la contrepartie du transfert de risque, lorsque celle-ci est constitutive d'une prime. En effet, la prime est fonction du risque : plus celui-là est important, plus la prime sera élevée.

Dans le cas d'une aggravation du risque, le débiteur de l'obligation de couverture aura tendance à revendiquer une augmentation de la prime, et dans le cas d'une diminution du risque, le créancier de ladite obligation aura tendance à revendiquer une diminution de la prime.

La diminution et l'aggravation du risque ne sont pas sans nous rappeler la théorie de l'imprévision du droit commun.<sup>1069</sup>

On peut voir dans l'augmentation ou la diminution du risque, un bouleversement inattendu de l'équilibre contractuel initial, mais qui n'est pas la conséquence d'un évènement de force majeure, rendant simplement l'exécution du contrat plus onéreuse pour une des parties. En cas d'aggravation du risque, c'est le débiteur de l'obligation de couverture qui subit l'onérosité, et en cas de diminution du risque, c'est le créancier qui la subit.

319. Les parties peuvent régler les conséquences de l'imprévision par le biais d'une clause contractuelle<sup>1070</sup>. Mais en l'absence d'une telle clause, la cour de cassation dans son arrêt de principe « *Canal de Craponne* » du 6 mars 1876<sup>1071</sup> s'est prononcée en faveur de la force obligatoire des contrats et de la sécurité des transactions en refusant d'admettre la révision pour imprévision, quelque équitable qu'elle soit. Les termes de la cour étaient les suivants : « *dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux quelque équitable que puisse leur paraître leur décision de prendre en considération le temps comme circonstance pour modifier les conventions des parties* ».

---

<sup>1067</sup>Cas d'un contrat d'assurance incendie sur une maison et fermeture de l'usine environnante.

<sup>1068</sup>Cas d'un contrat de transfert de risque de crédit, et conclusion d'un nouveau prêt par l'entité de référence, ce qui augmente son risque d'insolvabilité.

<sup>1069</sup>L'imprévision est un déséquilibre qui survient postérieurement à la formation du contrat. Elle est différente de la lésion, qui est un déséquilibre concomitant de la formation du contrat. Dans certains cas particuliers, la lésion est sanctionnée par la nullité du contrat. C'est le cas par exemple de l'article 1674 du code civil, relatif à la vente immobilière qui dispose : « *si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value* ».

<sup>1070</sup>Clause de réadaptation automatique ou clause de renégociation.

<sup>1071</sup>H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *op. cit.*, numéro 165.

*et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ».

Par conséquent, si une partie refuse de s'exécuter en arguant de l'imprévision, elle commettrait une faute qui la rendrait passible de dommages et intérêts, sur le fondement de la responsabilité contractuelle.

Il convient toutefois de mentionner une jurisprudence, qui, sur le fondement de la bonne foi dans l'exécution des contrats a imposé aux contractants une obligation de renégociation.<sup>1072</sup> Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations a prévu une solution pour l'imprévision à l'article 1196.<sup>1073</sup>

320. Une solution différente de celle de la cour de cassation en 1876 a été admise en droit administratif par l'arrêt *Gaz de Bordeaux*<sup>1074</sup>, dont le fondement est la nécessité de concilier les exigences de continuité du service public et la force obligatoire des contrats. En pratique, le juge administratif peut réviser le contrat administratif voire prononcer sa résiliation, lorsque son exécution devient trop onéreuse à la suite d'un événement imprévisible et extérieur à la volonté des parties.

321. La théorie de l'imprévision s'applique aux contrats commutatifs. Pour les contrats aléatoires, un auteur<sup>1075</sup> ne trouve pas d'obstacles à leur appliquer la théorie de l'imprévision, en avançant « qu'on peut appliquer l'imprévision à tout contrat quelle que soit sa nature; dès lors que le contrat dure, il requiert un traitement de l'imprévu. Il s'étend à tous les contrats qui supposent un laps de temps entre la conclusion et la fin de l'exécution. »<sup>1076</sup> Le principe *pacta sunt servanda*, ou la force obligatoire des contrats « ne se meut qu'à l'intérieur des prévisions des parties, elle ne peut régir les situations péricontractuelles. »<sup>1077</sup>

<sup>1072</sup>Nancy, 26 septembre 2007, D. 2008.1120 : « l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi doit inciter les parties à renégocier un contrat dont le déséquilibre résulte de la réglementation sur les quotas de l'émission de gaz à effet de serre, dans l'intérêt général de réduction de ces émissions. »

<sup>1073</sup>Article 1196 du projet : « si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

<sup>1074</sup>Conseil d'Etat, 30 mars 1916 - Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux - Rec. Lebon, page 125.

<sup>1075</sup>Selon Monsieur Thibierge, les remèdes à l'imprévision peuvent se résumer par ce qui suit : refus de la révision judiciaire et admission de la renégociation par les parties sur le fondement de la bonne foi dans l'exécution des contrats. La révision est « la chose des parties », quoique le juge puisse jouer un rôle similaire au juge d'appui en matière d'arbitrage. Les négociations n'ont pas pour effet de suspendre la poursuite du contrat et doivent se dérouler dans un délai raisonnable. Si les négociations aboutissent, un avenant sera signé, le contrat reste le même, il ne s'agit pas d'une novation.

<sup>1076</sup>L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011, page 411, numéro 738.

<sup>1077</sup>*Ibidem*, page 509 numéro 909.

322. Ces solutions de droit commun s'appliquent à défaut de dispositions plus spéciales. En effet, pour certains contrats de transfert de risque, le législateur s'est clairement prononcé.

L'article L. 113-2 alinéa 3 du code des assurances dispose que l'assuré est obligé 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 »*.

Cet article doit être complété par l'article L. 113-4<sup>1078</sup> du même code qui dispose *« qu'en cas d'aggravation du risque en cours de contrat, telle que, si les circonstances nouvelles avaient été déclarées lors de la conclusion ou du renouvellement du contrat, l'assureur n'aurait pas contracté ou ne l'aurait fait que moyennant une prime plus élevée, l'assureur a la faculté soit de dénoncer le contrat, soit de proposer un nouveau montant de prime.<sup>1079</sup>*

*Dans le premier cas, la résiliation ne peut prendre effet que dix jours après notification et l'assureur doit alors rembourser à l'assuré la portion de prime ou de cotisation afférente à la période pendant laquelle le risque n'a pas couru. Dans le second cas, si l'assuré ne donne pas suite à la proposition de l'assureur ou s'il refuse expressément le nouveau montant, dans le délai de trente jours à compter de la proposition, l'assureur peut résilier le contrat au terme de ce délai, à condition d'avoir informé l'assuré de cette faculté, en la faisant figurer en caractères apparents dans la lettre de proposition.*

*Toutefois, l'assureur ne peut plus se prévaloir de l'aggravation des risques quand, après en avoir été informé de quelque manière que ce soit, il a manifesté son consentement au maintien de l'assurance, spécialement en continuant à recevoir les primes ou en payant, après un sinistre, une indemnité.*

*L'assuré a droit en cas de diminution du risque en cours de contrat à une diminution du montant de la prime. Si l'assureur n'y consent pas, l'assuré peut dénoncer le contrat. La résiliation prend alors effet trente jours après la dénonciation. L'assureur doit alors rembourser à l'assuré la portion de prime ou cotisation afférente à la période pendant laquelle le risque n'a pas couru. »*

<sup>1078</sup>Articles L. 172-3 et L. 172-19 du code des assurances, pour les assurances maritimes précitées.

<sup>1079</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 janvier 2009, *RGDA*, 2009.98 : « les circonstances nouvelles, si elles avaient été initialement connues de l'assureur auraient entraîné de sa part un refus d'assurance ou une majoration de la prime ».

Le fondement d'une telle solution pourrait être une absence partielle de cause, dont la sanction classique<sup>1080</sup> est la réduction. L'article poursuit et prévoit que « *l'assureur doit rappeler les dispositions du présent article à l'assuré, lorsque celui-ci l'informe soit d'une aggravation, soit d'une diminution de risques. Cet article précise que « les dispositions du présent article ne sont applicables ni aux assurances sur la vie<sup>1081</sup>, ni à l'assurance maladie lorsque l'état de santé de l'assuré se trouve modifié.* » Il convient de compléter l'article L. 113-4 par l'article L. 191-4 du code des assurances qui dispose qu' « *il n'y a pas lieu à résiliation ni à réduction par application de l'article L. 113-9 si le risque omis ou dénaturé était connu de l'assureur ou s'il ne modifie pas l'étendue de ses obligations ou s'il est demeuré sans incidence sur la réalisation du sinistre.* »

L'assureur ne répond de l'aggravation des risques que si elle est due à une cause étrangère à l'assuré. Il serait au contraire déchargé de son obligation, tout en conservant son droit à la prime, si l'aggravation du risque provenait de l'assuré.

323. Conformément à l'article L. 113-4 du code des assurances, la sanction d'une déclaration tardive d'une aggravation du risque est la déchéance. Pour pouvoir la prononcer, il faut qu'elle soit prévue au contrat et il faut que l'assureur établisse que « *le retard dans la déclaration lui a causé un préjudice* ». Notons que la déchéance ne peut être opposée par l'assureur si le retard est dû à un cas fortuit ou à une force majeure. Selon une doctrine<sup>1082</sup>, la déchéance n'est pas la bonne sanction de la déclaration tardive de l'aggravation des risques, cette dernière sanctionnant normalement une faute de l'assuré après le sinistre.<sup>1083</sup> Or en l'espèce, le sinistre n'a pas encore eu lieu. Il ne s'agit pas non plus de la mise en oeuvre de la responsabilité contractuelle pour faute, car dans notre hypothèse la sanction ne consiste pas à octroyer des dommages-intérêts, il s'agit de faire perdre tout son droit à l'assuré. Enfin, nous ne sommes pas dans une hypothèse d'exclusion des risques, car l'exclusion est opposable aux tiers victimes, ce qui n'est pas le cas de la sanction de l'article L. 113-4 du code des assurances. Il s'agit plus exactement d'une sanction *sui generis*.

<sup>1080</sup>Notamment en matière d'honoraires excessifs du mandataire. Voir en ce sens Cass. civ., 29 janvier 1867, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, op. cit., numéro 281.

<sup>1081</sup>D'ailleurs, dans l'assurance en cas de mort, le risque de décès s'aggrave naturellement, par l'effet du vieillissement.

<sup>1082</sup>Y. Lambert-Faivre, *Droit des assurances*, op. cit.

<sup>1083</sup>Il convient de citer l'arrêt de la 3<sup>ème</sup> chambre civile de la cour de cassation, du 17 octobre 2007 (numéro du pourvoi 06-17.608) qui distingue entre déchéance et exclusion. On peut lire dans cet arrêt ce qui suit : « qu'en statuant ainsi, alors

324. Quant à la sanction d'une absence totale de déclaration de l'aggravation du risque, le législateur a gardé le silence. Nous pensons qu'il convient de s'inspirer des solutions relatives à la fausse déclaration. En d'autres termes si l'omission de la déclaration de l'aggravation du risque est intentionnelle, il y aurait résiliation du contrat d'assurance- au lieu de la nullité dans le cas de la fausse déclaration- avec conservation des primes. Par contre, lorsque le défaut de déclaration de l'aggravation est non intentionnel, et si l'irrégularité est découverte avant la réalisation du sinistre, l'assureur peut soit maintenir le contrat moyennant surprime, soit le résilier. Si l'irrégularité est constatée après le sinistre, il convient d'appliquer la règle proportionnelle de taux de prime, qui consiste à réduire le montant de l'indemnité versée par l'assureur.<sup>1084</sup>

325. Pour les assurances maritimes, le législateur a prévu une solution à l'article L. 172-3<sup>1085</sup> du code des assurances qui dispose : « toute modification en cours de contrat, soit de ce qui a été convenu lors de sa formation, soit de l'objet assuré, d'où résulte une aggravation sensible du risque, entraîne la résiliation de l'assurance si elle n'a pas été déclarée à l'assureur dans les trois jours où l'assuré en a eu connaissance, jours fériés non compris, à moins que celui-ci n'apporte la preuve de sa bonne foi, auquel cas il est fait application des dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 172-2. Si cette aggravation n'est pas le fait de l'assuré, l'assurance continue, moyennant augmentation de la prime correspondant à l'aggravation survenue.

*Si l'aggravation est le fait de l'assuré, l'assureur peut, soit résilier le contrat dans les trois jours à partir du moment où il en a eu connaissance, la prime lui étant acquise, soit exiger une augmentation de prime correspondant à l'aggravation survenue. »*

Le législateur n'a pas prévu l'hypothèse de la diminution du risque, dans le cas de l'assurance maritime. Mais rien n'empêche de transposer la solution prévue pour les assurances terrestres.

---

qu'elle n'avait constaté que des managements de l'assuré antérieurs au sinistre, la cour d'appel qui a qualifié de déchéance ce qui constituait une exclusion de garantie, a violé le texte sus-visé. »

<sup>1084</sup>C'est la sanction d'une sous-tarification du risque.

326. La raison d'être de cette solution propre au droit des assurances, à savoir une modulation des primes en fonction de l'évolution du risque, en cas d'aggravation du risque, a pour fondement la moralisation des relations contractuelles en évitant que l'assuré ne s'enrichisse aux dépens de l'assureur. De plus, elle fait en sorte que le montant de la prime corresponde techniquement au coût statistique du risque garanti. Dans le cas de la diminution du risque, il s'agit, et dans une logique consumériste de protéger l'assuré, qui ne doit pas payer une prime excessive.

327. Le législateur a également prévu une solution propre au contrat de cautionnement : en vertu de l'article 2293 du code civil « *lorsque ce cautionnement est contracté par une personne physique, celle-ci est informée par le créancier de l'évolution du montant de la créance garantie et de ces accessoires au moins annuellement à la date convenue entre les parties ou, à défaut, à la date anniversaire du contrat, sous peine de déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités.* » L'article L. 341-6 du code de la consommation prévoit la même solution. Cette dernière s'explique par la volonté particulière- qui ne se retrouve pas dans les autres contrats de transfert de risque- de protéger la caution personne physique, partie à un cautionnement indéfini. L'information qui est due à la caution, relativement à l'évolution du montant de la créance garantie, sous peine de déchéance, est une exigence naturelle, sinon la caution ne saurait calculer le montant qu'elle doit payer, vu que son engagement est indéfini.

328. Pour les autres figures de contrat de transfert de risque, le législateur a gardé le silence. En vertu de la liberté contractuelle, les parties peuvent prévoir les conséquences de l'évolution du risque sur leur contrat. En cas de silence des parties, il est possible, sur le fondement de l'obligation d'information continue sur le risque, d'imposer au cédant de déclarer l'aggravation ou la diminution des risques. En d'autres termes, le créancier de l'obligation de couverture doit déclarer au débiteur toute information susceptible d'altérer de façon significative la connaissance et la maîtrise initiale par le cessionnaire du risque. C'est surtout l'aggravation du risque qui intéressera le débiteur de l'obligation de prise en charge, car il devra supporter un plus grand risque, mais pour le même prix. L'obligation

---

<sup>1085</sup>Selon l'article L. 171-2 du code des assurances, ce texte est d'ordre public : « *ne peuvent être écartées par les parties au contrat les dispositions des articles L. 171-3, L. 172-2, L. 172-3, L. 172-6, L. 172-8, L. 172-9 (1er alinéa), L. 172-13 (2è alinéa), L. 172-17, L. 172-20, L. 172-21, L. 172-22, L. 172-28 et L. 172-31.* »

d'information continue sur le risque est prévue par un texte spécial pour les contrats d'assurance et de cautionnement. Pour les autres contrats de transfert de risque, et en l'absence de texte exprès, il convient de revenir au droit commun, et plus exactement à l'article 1134 alinéa 3 du code civil, relatif à la bonne foi dans l'exécution des contrats<sup>1086</sup>. Nous avons qualifié les contrats de transfert de risque de contrats « d'extrême bonne foi », qualification qui impose au cédant du risque une obligation continue d'information sur le risque. La sanction de la violation d'une telle obligation, en dehors des cas particuliers du contrat d'assurance et du cautionnement indéfini conclu par un créancier personne physique, est prévue à l'article 1142 du code civil, selon lequel toute inexécution d'une obligation de faire, en l'occurrence l'obligation d'information sur l'évolution des risques, se résout en dommages-intérêts. Une autre forme de réparation d'une telle violation, et qui favoriserait le « sauvetage du contrat » serait la modulation de la prime de couverture avec l'accord des deux parties, et à défaut la résiliation, avec restitution de la partie correspondante de la prime, comme en matière du contrat d'assurance.

329. La force obligatoire du contrat qui met obstacle à la révision du contrat est un principe qui doit être compris à la lumière de la « *clausula rebus sic stantibus* »<sup>1087</sup>, clause implicite en vertu de laquelle les clauses du contrat ne restent applicables que pour autant que les circonstances essentielles qui ont justifié sa conclusion demeurent en l'état et que leur changement n'altère pas radicalement les obligations initialement acceptées.

330. Pour les contrats de transfert de risque dans lesquels la contrepartie est un transfert de risque parallèle<sup>1088</sup>, la variation du risque à la hausse ou à la baisse, fait partie de l'essence de ces contrats : la diminution du risque pour l'un est une augmentation du risque pour l'autre. C'est le cas des contrats financiers, dans lesquels lorsque le risque varie à la hausse ou à la baisse, il est procédé aux appels de marge.

---

<sup>1086</sup>Voir en ce sens Ph. Le Tourneau, M. Poumarède, *V° Bonne foi, Rep. Civ. Dalloz, op. cit.*, numéro 77: « peut être rattachée à ce devoir de coopération, l'obligation pesant sur chacun des cocontractants d'avertir l'autre, en cours de contrat, des événements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat »

<sup>1087</sup>Les « choses demeurant en l'état ». Voir en ce sens, H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines du droit français*, 4<sup>ème</sup> édition, pages 415 et 416. Voir aussi l'adage selon lequel on doit rendre tel qu'on a reçu (*Tale reddendum quale datum*).

<sup>1088</sup>C'est le cas des contrats financiers.

## C. L'apparition d'un risque nouveau

331. En cours de contrat, un risque nouveau par rapport à celui initialement prévu peut apparaître. Il s'agit de savoir si le débiteur de l'obligation de couverture sera contraint de supporter la charge de ce nouveau risque. Pour mieux cerner cette problématique, prenons l'exemple suivant : un contrat d'assurance est conclu afin de couvrir les risques d'une maladie cardiovasculaire, et l'assuré devient diabétique. Ce risque nouveau sera-t-il couvert par le contrat initialement conclu?

L'article L. 113-2-3 du code des assurances dispose que l'assuré est obligé « *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.* »

Selon un auteur, il convient de distinguer deux hypothèses : celle de l'aggravation du risque initial, et celle de l'apparition d'un risque nouveau. Dans la première hypothèse, l'assureur peut soit prendre en charge le risque aggravé avec ou sans surprime, soit procéder à la résiliation du contrat. Dans la deuxième hypothèse, le risque nouveau n'est pris en charge qu'à condition de conclure un nouvel accord entre les parties.<sup>1089</sup>

Cette distinction est pertinente et devrait être retenue : pour deux hypothèses différentes, il faut prévoir deux solutions différentes. En effet, un risque aggravé, contrairement à un risque nouveau, est un risque qui est déjà entré dans le champ contractuel ; un cessionnaire prudent doit avoir envisagé la possibilité d'une éventuelle aggravation au moment de la conclusion du contrat.

Il convient également de noter que la convention cadre FBF relative aux opérations sur instruments financiers a prévu les conséquences de l'apparition de circonstances nouvelles<sup>1090</sup> à l'article 7.2<sup>1091</sup> en vertu de cette clause, la circonstance

---

<sup>1089</sup>P. Vaillier, *Les limites de l'assurance*, édition Trib. assur., 2001.

<sup>1090</sup>Il peut s'agir de l'entrée en vigueur la modification ou l'abrogation d'une loi (article 7.2.1.1 de la convention cadre), la détérioration manifeste et substantielle de l'activité, du patrimoine ou de la situation financière de la Partie concernée qui résulterait d'une fusion, scission ou cession d'actifs (article 7.2.1.2 de la convention cadre)...

<sup>1091</sup>Article 7.2.2.1 : « *lors de la survenance d'une Circonstance Nouvelle visée à l'article 7.2.1.1, toute Partie en prenant connaissance la notifiera dans les meilleurs délais à l'autre Partie, ainsi que les Transactions concernées par cette Circonstance Nouvelle. Les Parties suspendront alors l'exécution de leurs obligations de paiement et de Livraison pour les seules Transactions affectées et rechercheront de bonne foi pendant un délai de trente (30) jours une solution mutuellement satisfaisante visant à rendre licite ces Transactions ou éviter la déduction ou retenue. Si à l'issue de cette période aucune solution mutuellement satisfaisante ne peut être trouvée, chacune des Parties (en cas d'illégalité) ou la Partie recevant un montant inférieur à celui prévu (en cas de déduction ou retenue sur un montant versé par l'autre Partie) pourra notifier à*

nouvelle doit être notifié et le contrat renégocié, et à défaut résilié, ce qui constitue une admission, par clause contractuelle expresse de la théorie de l'imprévision.

332. Pour les autres contrats de transfert de risque, le législateur a gardé le silence. Nous estimons que le nouveau risque apparu postérieurement à la conclusion du contrat n'est pris en charge que suite à un nouvel accord des parties<sup>1092</sup>. Il convient de respecter la volonté des contractants ainsi que la limitation initiale de l'aire contractuelle. Il ne faut pas augmenter leurs engagements au delà de leurs prévisions de départ, tout en notant qu'elles peuvent renégocier le contenu du contrat afin d'y intégrer le nouveau risque, par application de cette même liberté.

L'existence d'une connexité<sup>1093</sup> entre le risque nouveau et le risque initial, ne supprime pas la nécessité de conclure un nouvel accord. C'est le cas par exemple, de l'apparition d'une nouvelle maladie, « suite » de la première<sup>1094</sup> dans le cadre d'une assurance maladie.

## **Section 2 : Les incidents d'exécution**

333. Lorsque l'obligation de couverture n'est pas normalement exécutée, plusieurs remèdes sont prévus et permettent de résoudre l'incident d'exécution.

En cas d'échec de ces remèdes, les parties devront recourir aux tribunaux ou aux modes alternatifs pour régler leurs différends. Les parties peuvent même opter pour l'extinction du contrat de transfert de risque.

---

*L'autre la résiliation des seules Transactions affectées par la Circonstance Nouvelle. Cette notification précisera la Date de Résiliation retenue ».*

Article 7.2.2.2. de la convention : « lors de la survenance d'une Circonstance Nouvelle visée à l'article 7.2.1.2. toutes les Transactions seront considérées comme étant affectées. L'autre Partie (la « Partie Non Affectée ») aura alors le droit sur simple notification adressée à la Partie Affectée, de suspendre l'exécution de ses obligations de paiement et de Livraison et de résilier l'ensemble des Transactions en cours, quel que soit le lieu de leur conclusion ou d'exécution. Cette notification précisera la Date de Résiliation retenue ».

<sup>1092</sup>Addendum.

<sup>1093</sup>Lien nécessaire qui existe entre deux éléments.

<sup>1094</sup>L'hypertension aboutit à des insuffisances rénales.

## §1-Les remèdes à l'inexécution de l'obligation de couverture

334. Il existe des remèdes de droit commun (A) ainsi que des remèdes spéciaux (B).

### A. Les remèdes de droit commun

335. Pour les contrats de transfert de risque qui présentent un caractère synallagmatique, en cas d'inexécution par une partie de ses obligations, il est possible à l'autre partie de se prévaloir, conformément au droit commun, de l'exception d'inexécution, puis de demander l'exécution forcée, prévue par l'article 1184 du code civil<sup>1095</sup>, et à défaut, la résolution pour inexécution. Cette dernière doit être prononcée judiciairement, sauf clause résolutoire expresse.

La jurisprudence a toutefois admis la résolution unilatérale pour inexécution, « à ses risques et périls », lorsque le comportement du cocontractant est d'une particulière gravité.<sup>1096</sup> Les dommages-intérêts sur le fondement de la responsabilité contractuelle régie par les articles 1146 à 1155 du code civil viennent s'ajouter le cas échéant aux remèdes précités.

L'article 1217 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, du régime général et de la preuve des obligations résume bien ces remèdes. Cet article dispose que « *la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut:*

«– *suspendre l'exécution de sa propre obligation ;*

«– *poursuivre l'exécution forcée en nature de l'engagement ;*

«– *solliciter une réduction du prix ;*

«– *provoquer la résolution du contrat ;*

«– *demander réparation des conséquences de l'inexécution.*

«*Les remèdes qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulés ; les dommages et intérêts peuvent s'ajouter à tous les autres remèdes* ».

---

<sup>1095</sup>Article 1184 du code civil: « *la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.*

*Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.*

*La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances ».*

<sup>1096</sup>Cass. civ. 1ère, 13 octobre 1998, *Bull. civ.* I, numéro 300.

Par application du droit commun, la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, nécessite de rapporter la triple preuve de la faute, du dommage et du lien de causalité<sup>1097</sup>.

336. Concernant la preuve de la faute, la jurisprudence distingue entre l'obligation de moyen<sup>1098</sup> et l'obligation de résultat.<sup>1099</sup> Dans les contrats de transfert de risque, lorsque l'obligation de prise en charge est une obligation monétaire, l'obligation est de résultat. Lorsqu'elle est constitutive d'une obligation de faire<sup>1100</sup>, elle peut être soit une obligation de moyens soit de résultat en fonction de la volonté des parties.<sup>1101</sup>

En tout état de cause, la force majeure et le cas fortuit font obstacle à la mise en œuvre de la responsabilité du débiteur. Une fois la triple preuve faite, la réparation est intégrale<sup>1102</sup>. La loi prévoit une limite légale à la réparation : le dommage prévisible<sup>1103</sup>.

337. Il est possible également aux parties peuvent prévoir des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Ces clauses sont en principe licites, même pour un dommage causé à la personne<sup>1104</sup>, sauf faute lourde équipollente au dol, et sauf atteinte à l'obligation essentielle du contrat<sup>1105</sup>. Dans cette hypothèse, la clause limitative ou exclusive de responsabilité est réputée non écrite.

Il convient toutefois de noter que dans les contrats de transfert de risque conclus avec les consommateurs<sup>1106</sup>, et conformément à l'article R. 132-1 du code de la consommation, « *sont de manière irréfragables présumées abusives...les clauses ayant pour objet ou pour effet de...supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement*

<sup>1097</sup>Le créancier de l'obligation de couverture doit également mettre le débiteur en demeure.

<sup>1098</sup>Il faut prouver la faute.

<sup>1099</sup>La faute est présumée.

<sup>1100</sup>C'est le cas par exemple des assurances-défense.

<sup>1101</sup>L'obligation est de moyens, si la réalisation du but poursuivi par le contrat présente un aléa. Dans ce cas, le débiteur est tenu de faire diligence et de se conduire avec prudence pour tenter de parvenir au résultat souhaité. Pour engager sa responsabilité, il faut prouver qu'il ne s'est pas comporté avec prudence et diligence. Alors que dans une obligation de résultat, le débiteur est tenu d'accomplir un fait déterminé. Pour engager sa responsabilité, il suffit de prouver que le résultat n'a pas été atteint. Voir en ce sens, J. Carbonnier, *Droit civil, volume 2, les biens, les obligations, op. cit.*, page 2190, numéro 1072, et H., L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *op. cit.*, page 13, numéro 21.

<sup>1102</sup>Perte éprouvée et gain manqué.

<sup>1103</sup>Sous réserve du dol. Voir en ce sens l'article 1150 du code civil : « *le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée* ».

<sup>1104</sup>Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 8 novembre 1998, numéro du pourvoi 82-14380.

<sup>1105</sup>Jurisprudence *Chronopost*, Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 22 octobre 1996, numéro du pourvoi 93-18.632 et *Faurecia*, Cass. com., 29 juin 2010, numéro du pourvoi 09-11841.

<sup>1106</sup>Tel les contrats d'assurance ou de cautionnement.

par le professionnel a l'une quelconque de ses obligations ». En d'autres termes, dans les contrats de transfert de risque conclus entre professionnels et consommateurs<sup>1107</sup>, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité seront réputées non écrites. Par ailleurs, les clauses pénales stipulées dans les contrats de transfert de risque sont valables en vertu de l'article 1152 du code civil<sup>1108</sup>.

338. S'agissant des contrats de transfert de risque qui présentent un caractère unilatéral, cas d'inexécution de l'obligation de couverture, les sanctions applicables sont l'exécution forcée et à la responsabilité contractuelle. L'effet de la résolution ou de la résiliation est limité en pratique par le caractère unilatéral du contrat y met obstacle : le contractant qui n'a aucune obligation à sa charge, n'a pas de restitution à faire et n'est tenu d'aucune obligation pour l'avenir, dont la résolution ou la résiliation le déchargerait.

Il est également possible de prévoir des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, ainsi que les clauses pénales, les mêmes règles exposées plus haut, relatives aux contrats synallagmatiques s'appliquent.

A côté de ces remèdes de droit commun, l'inexécution de certains contrats de transfert de risque est soumise à des remèdes spéciaux.

## B. Les remèdes spéciaux

339. Conformément à la règle en vertu de laquelle *specialia generalibus derogant*, en présence d'un texte spécial, les remèdes de droit commun doivent être écartées.

Le premier remède spécial concerne le contrat d'assurance. L'article L. 113-3<sup>1109</sup> du code des assurances, applicable à tous les contrats d'assurance sauf aux assurances sur la vie<sup>1110</sup> dispose qu'à « *défaut de paiement d'une prime, ou d'une fraction de prime, dans les dix jours de son échéance, et indépendamment du droit pour*

---

<sup>1107</sup>Les contrats d'assurance, la tontine, le cautionnement.

<sup>1108</sup>Article 1152 du code civil : « *lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite* ».

<sup>1109</sup>Voir aussi l'article L. 172-20, qui prévoit la même solution pour les assurances maritimes : « *le défaut de paiement d'une prime permet à l'assureur soit de suspendre l'assurance, soit d'en demander la résiliation. La suspension ou la résiliation ne prend effet que huit jours après l'envoi à l'assuré, à son dernier domicile connu de l'assureur, et par lettre recommandée, d'une mise en demeure d'avoir à payer* ».

<sup>1110</sup>Dans lesquels l'assureur ne dispose pas d'une action en paiement des primes, car l'indemnité que recevra l'assuré en fin de compte, dépendra de ses cotisations. Dans le cas de l'assurance vie, le montant de l'indemnité à verser à l'assuré est réduite.

*l'assureur de poursuivre l'exécution du contrat en justice, la garantie ne peut être suspendue que trente jours après la mise en demeure de l'assuré. Au cas où la prime annuelle a été fractionnée, la suspension de la garantie, intervenue en cas de non-paiement d'une des fractions de prime, produit ses effets jusqu'à l'expiration de la période annuelle considérée. La prime ou fraction de prime est portable dans tous les cas, après la mise en demeure de l'assuré. »*

Cet article n'est pas une simple application du droit commun<sup>1111</sup>, compte tenu du formalisme qui l'accompagne ; à savoir les délais et la nécessité de la mise en demeure. Cette solution a été forgée afin de protéger l'assuré et d'éviter qu'il ne se retrouve sans couverture. Cette nécessité ne se retrouve pas dans les autres figures de contrat de transfert de risque, même dans le contrat de réassurance.<sup>1112</sup> Ce qui signifie qu'en cas de silence des parties, ce sont les remèdes de droit commun qui s'appliquent : l'exception d'inexécution, la résolution ou la résiliation<sup>1113</sup>, ainsi que les dommages-intérêts sur la base de la responsabilité contractuelle.

340. L'assureur dispose également de la faculté de résilier le contrat après le sinistre. Cette faculté doit être prévue par le contrat, et la résiliation a lieu un mois à dater de la notification. L'assureur n'est pas tenu de se justifier, quoique cette prérogative soit susceptible d'abus par application du droit commun. La divisibilité des primes est applicable, mais l'assureur est forclos, si passé le délai d'un mois après sa connaissance du sinistre, il a accepté le paiement d'une nouvelle prime.

L'assureur exerce cette faculté lorsque le sinistre lui paraît suspect, mais qu'il a tout de même été tenu de régler le sinistre pour défaut de preuve, ou lorsque le sinistre a été mal évalué.

Cette faculté de résiliation après sinistre a été expressément et spécialement prévue pour le contrat d'assurance, et n'est donc pas transposable aux autres contrats de transfert de risque. En effet, conformément au droit commun, l'article 1134 alinéa 2 du code civil dispose que les conventions... « ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ». La faculté de

---

Il peut y avoir rachat (remboursement qui met fin au contrat, à la demande de l'assuré) ou avance sur police qui ne met pas fin au contrat.

<sup>1111</sup>A savoir l'exception d'inexécution suivie d'une résiliation.

<sup>1112</sup>En effet, le contrat de réassurance n'est pas conclu entre une partie faible et une partie forte, mais entre deux contractants placés sur un même pied d'égalité.

résiliation unilatérale est reconnue pour les contrats à durée indéterminée. Pour les contrats à durée déterminée, il faut soit un texte exprès<sup>1114</sup>, soit une clause contractuelle en ce sens. Comme les contrats de transfert de risque sont à durée déterminée, en l'absence d'un texte ou d'une clause contractuelle, cette solution n'est pas envisageable. A moins que l'on soit en présence d'un sinistre volontaire, cas dans lequel nous pouvons nous rabattre sur la solution jurisprudentielle qui permet une rupture unilatérale « à ses risques et périls » pour manquement grave à une obligation, à savoir l'obligation de se comporter de bonne foi.

341. Le deuxième remède spécial concerne les contrats financiers conclus à titre de couverture. En vertu de la règle « *specialia generalibus derogant* », les remèdes de droit commun sont écartés<sup>1115</sup>. Il existe d'une part des remèdes à l'inexécution des appels de marge, à savoir une liquidation des contrats financiers. Cette liquidation permet ainsi « l'élimination immédiate des contractants qui ne peuvent faire face à l'obligation de couverture et au paiement de leurs pertes potentielles. »<sup>1116</sup>

Les conventions cadres ISDA<sup>1117</sup> et FBF<sup>1118</sup> prévoient une clause qui régit les rapports entre les parties lors de la résiliation du contrat, afin de déterminer un solde de résiliation qui viendra compenser le préjudice subi par chacune des parties du fait de la résiliation anticipée du contrat<sup>1119</sup>.

Il existe d'autre part un régime spécial de garanties, ainsi qu'un remède à l'inexécution de l'obligation de couverture, le *close out netting*.

342. En effet, l'article L. 211-38 du code monétaire et financier dispose qu'à « *titre de garantie des obligations financières présentes ou futures mentionnées à l'article L.*

<sup>1113</sup>Tout dépend si le contrat de transfert de risque est à exécution instantanée ou successive.

<sup>1114</sup>On cite par exemple l'article 2003 du code civil relatif au contrat de mandat, et 1944 du même code relatif au contrat de dépôt.

<sup>1115</sup>Raison d'ordre public économique : il convient de sécuriser les marchés financiers.

<sup>1116</sup>T. Bonneau, F. Drummond, *Droits des marchés financiers*, op. cit., page 1029, numéro 908.

<sup>1117</sup>Clause dite « *payment on early termination* », qui prévoit deux méthodes de calcul du montant qui devra être échangé entre les parties.

<sup>1118</sup>Article 8.1.1 de la convention cadre FBF relative aux opérations sur instruments financiers à terme : « *chaque transaction résiliée donne lieu à la détermination de sa valeur de remplacement ainsi que, le cas échéant, à celle du montant dû par chaque partie et à celle des coûts de liquidité ou des gains de liquidité de la partie en charge du calcul (s'ils n'ont pas été déjà intégrés dans la valeur de remplacement). La charge de déterminer les valeurs de remplacement, les montants dus et les coûts ou gains de liquidité est confiée à la partie non défaillante ou à la partie non affectée (ou, s'il y a deux parties affectées, à chaque partie). Cette détermination doit intervenir dès que possible.* »

<sup>1119</sup>Du fait de la résiliation avant le terme, un des contractants perd un gain probable, alors que l'autre échappe à une perte probable. Voir en ce sens A. Gaudemet, *Les dérivés*, op. cit., page 231, numéro 468.

211-36, les parties peuvent prévoir des remises en pleine propriété, opposables aux tiers sans formalités, d'instruments financiers, effets, créances, contrats ou sommes d'argent, ou la constitution de sûretés sur de tels biens ou droits, réalisables... » même lorsque l'une des parties fait l'objet d'une procédure collective<sup>1120</sup>. Ces remises en pleine propriété sont juridiquement qualifiées de fiducie<sup>1121</sup>. Pour bénéficier des dispositions de l'article L. 211-38 sus-mentionné, il faut remplir les conditions énumérées par le législateur. Ces conditions sont les suivantes : être en présence de créances ou de dettes résultant d'opérations sur instruments financiers, être la banque de France ou avoir la qualité de prestataire de service d'investissement, ou d'organisme de placement collectif. Si ces conditions ne sont pas remplies, on retrouve les techniques du droit commun, qui imposent un formalisme pour l'opposabilité desdites remises aux tiers.

343. Quant au *close out netting*, « il autorise la résiliation du contrat en cours, ce qui provoque l'exigibilité anticipée des dettes ; le *netting* permet la compensation de ces dettes réciproques évaluées en application des dispositions du contrat. »<sup>1122</sup>

Ce mécanisme est global, c'est-à-dire que toutes les opérations effectuées en application d'un même contrat cadre forment un même ensemble<sup>1123</sup>. En pratique, l'administrateur judiciaire en cas de soumission du débiteur défaillant à une procédure collective, ne peut choisir de poursuivre certains contrats et de résilier d'autres, pour mieux servir les intérêts du débiteur défaillant.<sup>1124</sup>

D'ailleurs, les principes généraux de la convention FBF considèrent que l'ensemble des opérations régies par la convention cadre forment un tout<sup>1125</sup> pour la résiliation.

Le paiement du solde final est également garanti par la chambre de compensation. On parle de garantie de bonne fin, qui est une garantie autonome. Celle-ci est subsidiaire : la chambre n'engage son propre patrimoine que si les garanties déposées par l'adhérent ainsi que les contributions de celui-ci au fonds de garantie, puis ceux des autres adhérents sont insuffisantes.<sup>1126</sup> La garantie porte sur les obligations de

<sup>1120</sup>C'est-à-dire non soumises à la nullité de la période suspecte.

<sup>1121</sup>P. Pailler, *op. cit.*, page 229 et s.

<sup>1122</sup>*Ibidem*, page 56, numéro 42.

<sup>1123</sup>Solde global de résiliation, qui s'applique malgré l'absence de connexité. Notons que l'absence de connexité a pour effet classique d'annuler la compensation lorsqu'elle a lieu en période suspecte.

<sup>1124</sup>La pratique utilise l'expression anglosaxonne « *cherry picking* ».

<sup>1125</sup>On parle de clause d'agrégation.

<sup>1126</sup>A.-C. Rouaud, *Contribution à l'étude de l'opération de marché étude de droit des marchés financiers*, préface de J.-J. Daigre, IRJS Editions, 2010.

livraison et de règlement. Elle est dûe de plein droit, du moment où l'opération est enregistrée.

344. Afin d'éviter que le droit des entreprises en difficulté ne vienne perturber le mécanisme de résiliation-compensation, qui constitue une exception notable à la règle de l'égalité des créanciers, l'article L. 211-36-1 du CMF<sup>1127</sup> permet d'opposer à la faillite ladite compensation-résiliation, sous réserve de respecter les conditions posées à l'article L. 211-36<sup>1128</sup> du même code. Sinon, le droit commun des entreprises en difficultés s'appliquera pleinement. Cette dérogation a pour but de limiter le risque de défaillance systémique des contractants, risque d'autant plus crucial sur les marchés à terme vu que les contractants s'engagent à découvert<sup>1129</sup>.

Ces solutions propres aux contrats financiers ne sont pas transposables aux autres contrats de transfert de risque, car elles ont été conçues dans une optique de protection du marché et des investisseurs, impératif qui ne se retrouve pas dans les autres figures nommées de transfert de risque.

345. Il convient de noter que le législateur a expressément prévu des fonds de garantie<sup>1130</sup>, afin de pallier l'inexécution de l'obligation de couverture. Nous pouvons citer par exemple le fonds de garantie des dépôts<sup>1131</sup> qui intervient en matière de

---

<sup>1127</sup>Article L. 211-36-1 du CMF : « I. — Les conventions relatives aux obligations financières mentionnées à l'article L. 211-36 sont résiliables, et les dettes et les créances y afférentes sont compensables. Les parties peuvent prévoir l'établissement d'un solde unique, que ces obligations financières soient régies par une ou plusieurs conventions ou conventions-cadres. II. — Les modalités de résiliation, d'évaluation et de compensation des opérations et obligations mentionnées à l'article L. 211-36 et au I du présent article sont opposables aux tiers. Ces modalités peuvent être notamment prévues par des conventions ou conventions-cadres. Toute opération de résiliation, d'évaluation ou de compensation faite en raison d'une procédure civile d'exécution ou de l'exercice d'un droit d'opposition est réputée être intervenue avant cette procédure ».

<sup>1128</sup>Article L. 211-36 du CMF : « les dispositions du présent paragraphe sont applicables :

1° Aux obligations financières résultant d'opérations sur instruments financiers lorsque l'une au moins des parties à l'opération est un établissement de crédit, une société de financement, un prestataire de services d'investissement, un établissement public, une collectivité territoriale, une institution, une personne ou entité bénéficiaire des dispositions de l'article L. 531-2, une chambre de compensation, un établissement non résident ayant un statut comparable, une organisation ou organisme financier international dont la France ou l'Union européenne est membre ;

2° Aux obligations financières résultant de tout contrat donnant lieu à un règlement en espèces ou à une livraison d'instruments financiers lorsque toutes les parties appartiennent à l'une des catégories de personnes mentionnées à l'alinéa précédent, à l'exception des personnes mentionnées aux alinéas c à n du 2° de l'article L. 531-2 ;

3° Aux obligations financières résultant de tout contrat conclu dans le cadre d'un système mentionné à l'article L. 330-1.

II.-Pour l'application de la présente section, sont également des instruments financiers les contrats d'option, contrats à terme ferme, contrats d'échange et tous autres contrats à terme autres que ceux mentionnés au III de l'article L. 211-1, à condition que, lorsque ces instruments doivent être réglés par livraison physique, ils fassent l'objet d'un enregistrement par une chambre de compensation reconnue ou d'appels de couverture périodiques ».

<sup>1129</sup>Les contractants ne sont pas tenus de détenir dès la conclusion du contrat financier les fonds ou la marchandise à livrer.

<sup>1130</sup>Préambule de la constitution du 27 octobre 1946, alinéa 12 : « la nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales. »

<sup>1131</sup>Article L. 312-4 alinéa 1 du CMF : « I.-Les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les sociétés de financement mentionnées au II de l'article L. 511-1, agréés en France, de même que les compagnies financières holding et les compagnies financières holding mixtes ayant leur siège en France, adhèrent au fonds de garantie des dépôts et de résolution ».

contrats financiers et de *pools* bancaires. Ainsi que le fonds de garantie propre à l'assurance<sup>1132</sup>. Il convient de rappeler aussi que l'exercice de l'activité de couverture du risque à titre professionnel est une activité réglementée<sup>1133</sup>, ce qui constitue une de garantie d'exécution imposée par la loi.<sup>1134</sup>

## §2-Les litiges relatifs aux contrats de transfert de risque

346. Les litiges auxquels donnent lieu les contrats de transfert de risque peuvent être réglés par la voie classique ou par les modes alternatifs. Dans cette phase contentieuse, la preuve joue un rôle primordial. Sauf texte spécial, la preuve des contrats de transfert de risque est régie par les règles de droit commun.

En d'autres termes, la preuve est libre en matière commerciale<sup>1135</sup>, ce qui est le cas de la plupart des contrats de transfert de risque. Lorsque le contrat a un caractère civil et unilatéral, il convient d'appliquer l'article 1326 du code civil<sup>1136</sup>. On pense notamment au cautionnement.

Le législateur a également prévu des règles de preuve spéciales. L'article L. 112-3 du code des assurances dispose que « *le contrat d'assurance et les informations transmises par l'assureur au souscripteur mentionnées par le présent code sont rédigées par écrit, en français, en caractères apparents.* ».<sup>1137</sup> Il s'agit d'un formalisme *ad probationem*.

S'agissant des contrats financiers, les contrats *ISDA* prévoient une *confirmation procedure*, et le *recording of conversation*<sup>1138</sup>.

<sup>1132</sup>Articles L. 421-1, L. 421-2, L. 422-1 et L. 423-1 du code des assurances relatifs au fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages.

<sup>1133</sup>Voir *supra*, numéros 269 à 272.

<sup>1134</sup>Voir en ce sens A. Gaudemet, *Les dérivés*, *op. cit.*, page 213 numéro 434.

<sup>1135</sup>Article 1341 alinéa 2 du code civil : « *le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.* »

<sup>1136</sup>Article 1326 du code civil : « *l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres.* »

<sup>1137</sup>Nécessité de prouver l'existence et le contenu du contrat d'assurance par écrit : Cass. civ. 1ère, 9 mai 1996, *RGDA* 1996 page, Cass. civ. 2ème, 2 mars 2004, *RGDA* 2004, page 397 et Cass. civ. 2ème, 17 mars 2011, *RCA* 2011 page 235.

<sup>1138</sup>Contrat *ISDA*, *part 5 « other provisions »* : « *confirmation procedure, recording of conversation* ». Il convient de noter que la confirmation est un document qui fait partie intégrante de la convention et qui matérialise l'accord des Parties sur les termes d'une Transaction conclue entre elles et reprenant ses caractéristiques spécifiques.

Article 4 de la convention cadre FBF relative aux opérations sur instruments financiers à terme : « *4.1. Les Transactions sont conclues par tout moyen et prennent effet dès l'échange des consentements des Parties. A cet effet, les Parties (i) s'autorisent mutuellement à procéder à l'enregistrement des conversations téléphoniques relatives à la conclusion et à l'exécution de leurs Transactions, (ii) fournissent toute notification nécessaire de ces enregistrements au personnel concerné et (iii) consentent à ce que ces enregistrements soient produits en justice à titre de preuve au cours de toute procédure entre les Parties.*

*4.2. La conclusion de chaque Transaction sera suivie d'une Confirmation établie par tout moyen y compris électronique présentant un degré suffisant de sécurité et de fiabilité pour les Parties, dans tous les cas, dans les formes et les délais requis par la réglementation applicable. L'absence de Confirmation n'affectera en rien la validité de la Transaction. En cas*

Les conventions sur la preuve sont valables en vertu de la liberté contractuelle, sauf si elles sont relatives à l'organisation judiciaire. De même, la renonciation par l'une des parties à une règle de preuve ne doit pas constituer un abandon du droit lui-même.<sup>1139</sup>

Il convient toutefois de noter qu'en matière de droit de la consommation, les clauses relatives à la charge de la preuve sont réputées abusives, et cela conformément aux articles L. 132-1 et R. 132-1 alinéa 12 du code de la consommation qui dispose que « *sont irréfragablement déclarées abusives... les clauses 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.* »

Après avoir émis ces observations préliminaires, nous allons examiner les règles applicables au règlement des litiges par la voie classique (A), puis par les modes alternatifs (B).

## **A. La voie classique**

347. Le règlement des litiges par la voie classique se fait à travers le recours aux tribunaux, que ce soit dans l'ordre interne ou international.

### **1. Dans l'ordre interne**

348. La première étape vers la résolution d'un litige dans l'ordre interne consiste en la détermination du tribunal compétent. En effet, l'article 42 du code de procédure civile prévoit une compétence du tribunal du défendeur, qui est la compétence de droit commun. En matière contractuelle, l'article 46 dudit code dispose que « *le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service.*

Pour un contrat de transfert de risque, et lorsque le lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service n'est pas précisé dans le contrat, il convient de distinguer deux cas.

---

*de désaccord sur les termes d'une Confirmation, lequel devra être notifié immédiatement à l'autre Partie, chaque Partie pourra se référer à ses enregistrements téléphoniques comme mode de preuve pour établir les modalités de la Transaction correspondante.*

*4.3. Les Parties peuvent adopter pour toute Transaction des stipulations particulières modifiant les termes de la Convention. »*

349. Lorsque le demandeur est le créancier de l'obligation de couverture, deux hypothèses se présentent :

D'abord, si l'obligation de couverture est une obligation de donner une somme d'argent, le demandeur doit saisir le tribunal du lieu d'exécution de la prestation, qui est en même temps le tribunal du domicile du débiteur, le paiement étant en principe quérable.

Cette règle reçoit une exception en matière de contrat d'assurance terrestre, à l'exception de l'assurance-crédit<sup>1140</sup>. Il s'agit de l'article R. 114-1 alinéa 1 du code des assurances qui dispose : « *dans toutes les instances relatives à la fixation et au règlement des indemnités dues, le défendeur est assigné devant le tribunal du domicile de l'assuré, de quelque espèce d'assurance qu'il s'agisse, sauf en matière d'immeubles ou de meubles par nature, auquel cas le défendeur est assigné devant le tribunal de la situation des objets assurés.*

*Toutefois, s'il s'agit d'assurances contre les accidents de toute nature, l'assuré peut assigner l'assureur devant le tribunal du lieu où s'est produit le fait dommageable. »*

Par contre s'il s'agit d'une obligation de faire, le demandeur doit saisir le tribunal du lieu de l'exécution de la prestation, ce lieu étant le plus souvent le domicile du créancier.

350. Ensuite, si le demandeur est le débiteur de l'obligation de couverture, dans la plupart des cas, il agit pour revendiquer la contrepartie de son obligation de couverture. Le paiement étant quérable, le demandeur doit saisir le tribunal du domicile du défendeur, que ce soit sur le fondement de l'article 42 code de procédure civile, ou 46 du même code.

351. Quant aux clauses attributives de juridiction, l'article 48 du code de procédure civile dispose que : « *toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et*

---

<sup>1139</sup>J.-L. Mouralis, V° Preuve (modes de preuve), *Rép. Civ. Dalloz*.

<sup>1140</sup>Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *Droit des assurances*, *op. cit.*, page 242, numéro 280.

*qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée. »*

En matière de droit de la consommation, une clause attributive de juridiction pourrait être qualifiée d'abusives sur la base de l'article R. 132-2 alinéa 10 du code de la consommation.

## **2. Dans l'ordre international**

352. Lorsque le litige comporte un élément d'extranéité, il convient de déterminer d'abord le tribunal compétent, ensuite la loi applicable.

### **a. Le tribunal compétent en matière internationale**

353. Le règlement de Bruxelles 1, applicable lorsque le demandeur est ressortissant ou résident dans l'Etat membre prévoit la compétence du tribunal du domicile du défendeur à l'article 2, ainsi qu'une option en matière contractuelle à l'article 5. Cet article dispose : *« une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite, dans un autre État membre :*

*1) a) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée;*

*b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est :*

*—pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées,*

*—pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis; »*

En dehors du champ d'application dudit règlement, la Cour de cassation, par l'arrêt *Scheffel*<sup>1141</sup>, a étendu les règles de compétence territoriale interne prévues par les articles 42 et suivants du Code de procédure civile, aux hypothèses dans lesquelles les situations présentent un élément d'extranéité. Ce qui signifie que pour les contrats de transfert de risque présentant un tel élément, il convient de transposer *mutatis mutandis* le raisonnement plus haut<sup>1142</sup> que l'on a adopté pour la compétence

---

<sup>1141</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 octobre 1962, D. 1963.109, note D. Holleaux.

<sup>1142</sup> Voir *supra* numéros 348 et s.

juridictionnelle interne. A côté de cette règle de droit commun, il existe des règles spéciales prévues en matière de contrats de consommation<sup>1143</sup> et en matière de contrats d'assurance<sup>1144</sup>.

Quant aux clauses attributives de juridiction, elles sont régies par les articles 23 et 24 dudit règlement.

## **b. La loi applicable**

354. Le règlement Rome 1, permet aux parties de faire régir le contrat, par la loi de leur choix<sup>1145</sup>. A défaut d'un tel choix, le paragraphe 1 de l'article 4 prévoit des solutions à certains contrats nommés, et le paragraphe 2 dudit article dispose que « *lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a) à h) du paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle.* » En appliquant cette solution aux contrats de transfert de risque, et ayant démontré que l'obligation de couverture en est la prestation caractéristique, on peut dire que celui-ci sera régi par la loi du lieu où le débiteur de l'obligation de couverture a sa résidence habituelle.

355. Il convient de tenir compte également des règles particulières suivantes :

Pour les contrats financiers l'article 4 (h) dispose que : « *le contrat conclu au sein d'un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, au sens*

---

<sup>1143</sup>Articles 15, 16 et 17 du règlement :

<sup>1144</sup>Articles 8 à 14 du règlement :

<sup>1145</sup>Article 3 dudit règlement : « 1. *Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.*

2. *Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions du présent règlement. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers.*

3. *Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord.*

4. *Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre du for.*

5. *L'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable sont régies par les dispositions établies aux articles 10, 11 et 13 ».*

de l'article 4, paragraphe 1, point 17), de la directive 2004/39/CE, selon des règles non discrétionnaires et qui est régi par la loi d'un seul pays, est régi par cette loi. »

L'article 6<sup>1146</sup> est relatif aux contrats de consommation, mais est inapplicable aux instruments financiers.

L'article 7 est relatif aux contrats d'assurance, mais il est inapplicable aux contrats de réassurance. Le paragraphe 3 *in fine* de cet article permet dans certains cas de régir le contrat par la loi de l'État membre où le risque est situé au moment de la conclusion du contrat.<sup>1147</sup>

Le règlement Rome I a retenu les mêmes solutions figurant aux articles L. 181-1<sup>1148</sup> et L. 183-2<sup>1149</sup> du code des assurances, avec l'innovation suivante : pour les contrats

---

<sup>1146</sup>Article 6 du règlement : « 1. Sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat conclu par une personne physique (ci-après "le consommateur"), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après "le professionnel"), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel :

a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou  
b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité.

2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'article 3. Ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1.

3. Si les conditions établies au paragraphe 1, point a) ou b), ne sont pas remplies, la loi applicable à un contrat entre un consommateur et un professionnel est déterminée conformément aux articles 3 et 4.

4. Les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas :

a) au contrat de fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle;

b) au contrat de transport autre qu'un contrat portant sur un voyage à forfait au sens de la directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait;

c) au contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble autre qu'un contrat ayant pour objet un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers au sens de la directive 94/47/CE;

d) aux droits et obligations qui constituent des instruments financiers, et aux droits et obligations qui constituent les modalités et conditions qui régissent l'émission ou l'offre au public et les offres publiques d'achat de valeurs mobilières, et la souscription et le remboursement de parts d'organismes de placement collectif, dans la mesure où ces activités ne constituent pas la fourniture d'un service financier;

e) au contrat conclu dans le cadre du type de système relevant du champ d'application de l'article 4, paragraphe 1, point h) ».

<sup>1147</sup> « À défaut de choix par les parties de la loi applicable conformément au présent paragraphe, le contrat est régi par la loi de l'État membre où le risque est situé au moment de la conclusion du contrat ».

<sup>1148</sup>Article L. 181-1 du code des assurances : « 1° Lorsque le risque est situé au sens de l'article L. 310-4 sur le territoire de la République française et que le souscripteur y a sa résidence principale ou son siège de direction, la loi applicable est la loi française, à l'exclusion de toute autre.

2° Lorsque le risque est situé au sens de l'article L. 310-4 sur le territoire de la République française et que le souscripteur n'y a pas sa résidence principale ou son siège de direction, les parties au contrat d'assurance peuvent choisir d'appliquer soit la loi française, soit la loi du pays où le souscripteur a sa résidence principale ou son siège de direction.

De même, lorsque le souscripteur a sa résidence principale ou son siège de direction sur le territoire de la République française et que le risque n'y est pas situé au sens de l'article L. 310-4, les parties au contrat d'assurance peuvent choisir d'appliquer soit la loi française, soit la loi du pays où le risque est situé.

3° Lorsque le souscripteur exerce une activité commerciale, industrielle ou libérale et que le contrat couvre deux ou plusieurs risques relatifs à ces activités situés sur le territoire de la République française et dans un ou plusieurs autres États membres de l'Espace économique européen, les parties au contrat peuvent choisir la loi d'un des États où ces risques sont situés ou celle du pays où le souscripteur a sa résidence principale ou son siège de direction.

4° Lorsque la garantie des risques situés dans le ou les États mentionnés aux 1°, 2° et 3° ci-dessus est limitée à des sinistres qui peuvent survenir dans un autre État membre de l'Espace économique européen, les parties au contrat d'assurance peuvent choisir la loi de l'État où se produit le sinistre.

d'assurance des grands risques<sup>1150</sup>, à moins que les parties n'aient fait le choix d'une loi différente, comme elles y sont autorisées, la loi objectivement applicable est celle du pays où est établi l'assureur. Le lieu de la situation du risque n'est donc plus à prendre en considération.

356. Il est fait échec aux règles sus-mentionnées, en présence d'une loi de police. En effet, l'article 9 dudit règlement dispose dans son alinéa 2 que « *les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi* », une loi de police étant définie par l'alinéa 2 du même article *comme « une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement. »*<sup>1151</sup>

La question est donc de savoir si les règles applicables à un contrat de transfert de risque méritent une telle qualification. Si les intérêts politiques, sociaux et économiques se retrouvent en matière de contrats financiers, d'assurance, de tontine, et de consommation, encore faut-il que le respect desdites règles soit jugé crucial pour la sauvegarde desdits intérêts.

« Il arrive que le législateur précise lui-même le domaine d'application nécessaire de ses lois de police<sup>1152</sup>, mais plus fréquemment, c'est au juge qu'il revient à la fois de qualifier une règle de loi de police et d'en déterminer le domaine d'application nécessaire ».<sup>1153</sup>

<sup>5°</sup>Pour les grands risques tels qu'ils sont définis à l'article L. 111-6, les parties ont le libre choix de la loi applicable au contrat.

Toutefois, le choix par les parties d'une loi autre que la loi française ne peut, lorsque tous les éléments du contrat sont localisés au moment de ce choix sur le territoire de la République française, faire obstacle à l'application des dispositions législatives et réglementaires auxquelles il ne peut être dérogé par contrat en application de l'article L. 111-2. »

<sup>1149</sup>Article L. 183-2 du code des assurances : « *les dispositions de l'article L. 183-1 ne peuvent faire obstacle aux dispositions d'ordre public de la loi française applicables quelle que soit la loi régissant le contrat.*

Toutefois, le juge peut donner effet sur le territoire de la République française aux dispositions d'ordre public de la loi de l'Etat membre de l'engagement si le droit de cet Etat prévoit que ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. »

<sup>1150</sup>Les grands risques sont définis à l'article L. 111-6 du code des assurances précité.

<sup>1151</sup>Voir en ce sens, P. Mayer, « Lois de police », *Rep. Civ. Dalloz*.

<sup>1152</sup>C'est le cas par exemple de l'article L. 333- 3-1 du code de la consommation : « *les dispositions du présent titre s'appliquent également aux débiteurs de nationalité française en situation de surendettement domiciliés hors de France et qui ont contracté des dettes non professionnelles auprès de créanciers établis en France.*

*Le débiteur peut saisir à cet effet la commission de surendettement du lieu d'établissement de l'un de ces créanciers ».*

<sup>1153</sup>P. Mayer, « Lois de police », *op. cit.*, numéros 12 et 13.

357. La loi applicable en vertu des règles sus-mentionnées peut être écartée en cas de violation de l'ordre public international du for. La question est donc de qualifier les règles régissant les contrats de transfert de risque.

Plusieurs dispositions spéciales sont qualifiées expressément d'impératives par le législateur. C'est le cas notamment de l'article L. 111-2 du code des assurances<sup>1154</sup>.

Des particularités à certains contrats de transfert de risque révèlent une forme de dirigisme économique : on cite par exemple le contrôle étatique, à travers l'autorité des marchés financiers pour les contrats financiers et l'autorité de contrôle prudentiel en matière d'assurance, de tontine et de *pools* bancaires. Dans cette même optique, le législateur impose souvent la qualité de professionnel réglementé pour le débiteur de l'obligation de couverture, l'agrément n'étant octroyé qu'à un organisme solvable. C'est le cas de l'assureur et du banquier. Le législateur a également multiplié les garanties pour éviter la défaillance du débiteur de l'obligation de couverture, comme le dépôt initial de garantie, les appels de marge et les fonds de garantie.

De plus, le formalisme *ad validitatem* exigé dans plusieurs contrats de transfert de risque, notamment dans le contrat d'assurance et les sûretés, qu'elles soient personnelles ou réelles ainsi que la qualité de consommateur qui se superpose à la qualité de créancier de l'obligation de couverture, comme l'assuré et l'adhérent dans la tontine, révèlent bien l'impérativité entourant la matière.

Il faut toutefois garder à l'esprit qu'en matière contractuelle, l'impérativité est l'exception et doit être strictement interprétée : « par la vertu d'un raisonnement *a contrario* de l'article 6 du code civil, c'est un champ indéfini qui s'ouvre à la liberté, la liberté de conclure aux conditions que l'on veut, les contrats que l'on veut. »<sup>1155</sup>

Si certaines règles applicables au contrat de transfert de risque sont d'ordre public, encore faut-il qu'elles soient d'ordre public international. Cette notion a été définie comme l'ensemble des « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue ».<sup>1156</sup> Ces principes de justice universelle comprennent l'ensemble des droits ayant pour objectif la protection de la personne humaine et de sa dignité, les principes essentiels du droit français, qui ont

---

<sup>1154</sup>Article L. 111-2 du code des assurances: « ne peuvent être modifiées par convention les prescriptions des titres Ier, II et III du présent livre, sauf celles qui donnent aux parties une simple faculté et qui sont contenues dans les articles L. 112-1, L. 112-5, L. 112-6, L. 113-10, L. 121-5 à L. 121-8, L. 121-12, L. 121-14, L. 122-1, L. 122-2, L. 122-6, L. 124-1, L. 124-2, (L. n° 89-1014 du 31 déc. 1989) « L. 127-6, » L. 132-1, L. 132-10, L. 132-15 et L. 132-19 ».

<sup>1155</sup>*Ibidem*, page 221, numéro 175.

émergé récemment dans la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>1157</sup>, ainsi que les droits fondamentaux. Les principes qui se rattachent aux fondements politiques, familiaux et sociaux de la société française déclenchent également l'exception d'ordre public.

La qualification des règles régissant les contrats financiers en règles d'ordre public international, est tout aussi délicate que leur qualification de lois de police.

## **B. Les modes alternatifs de règlement des litiges : la médiation et l'arbitrage**

358. Les articles 1528<sup>1158</sup> et s. du code de procédure civile sont relatifs à la résolution amiable des différends, notamment à travers la médiation, qui conformément à l'article 2238 du code civil<sup>1159</sup>, suspend la prescription.

Celle-ci est possible dans tous les contrats, sous réserve de l'article R. 132-2 alinéa 10 du code de la consommation qui dispose que la clause qui oblige le consommateur à « *passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges* » est présumée abusive, cette présomption étant simple, en vertu du même texte.

L'article L. 621-19 du code monétaire et financier<sup>1160</sup> prévoit une médiation par l'autorité des marchés financiers pour régler les conflits entre les clients investisseurs

---

<sup>1156</sup>Cass. civ. 1ère, 25 mai 1948, pourvoi numéro 37.414, *Bull. civ. I*, numéro 163.

<sup>1157</sup>C'est le cas de l'égalité des parents (Cass. civ. 1ère, 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-15.302, *Bull. civ. I*, 2010, n° 218) et de l'indisponibilité de l'Etat des personnes (Cass. civ. 1ère, 6 avril 2011, pourvoi n° 09-17.130, *Bull. civ. I*, 2011, n° 70 ; pourvoi n° 09-66.486, *Bull. civ. I*, 2011, n° 71 et pourvoi n° 10-19.053, *Bull. civ. I*, 2011, n° 72).

<sup>1158</sup>Article 1528 du code de procédure civile: « *les parties à un différend peuvent, à leur initiative et dans les conditions prévues par le présent livre, tenter de le résoudre de façon amiable avec l'assistance d'un médiateur, d'un conciliateur de justice ou, dans le cadre d'une procédure participative, de leurs avocats* ».

<sup>1159</sup>Article 2238 du code civil : « *la prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation, ou à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. La prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative. Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée. En cas de convention de procédure participative, le délai de prescription recommence à courir à compter du terme de la convention, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois. En cas d'échec de la procédure prévue au même article 1244-4, le délai de prescription recommence à courir à compter de la date du refus du débiteur, constaté par l'huissier, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois.* »

<sup>1160</sup>Article L. 621-19 du CMF: « *I. - Le médiateur de l'Autorité des marchés financiers est nommé par le président de l'Autorité des marchés financiers après avis du collège, pour une durée de trois ans renouvelable.*

*Il est habilité à recevoir de tout intéressé les réclamations qui entrent par leur objet dans la compétence de l'Autorité des marchés financiers et à leur donner la suite qu'elles appellent.*

*Il accomplit sa mission de médiation à l'égard des consommateurs dans les conditions prévues au titre V du livre Ier du code de la consommation.*

*La saisine du médiateur de l'Autorité des marchés financiers suspend la prescription de l'action civile et administrative à compter du jour où le médiateur est saisi, en application de l'article 2238 du code civil. Celle-ci court à nouveau pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois lorsque le médiateur de l'Autorité des marchés financiers déclare la médiation terminée.*

et les prestataires de service d'investissement ou les sociétés cotées. Il existe une charte de médiation de l'autorité des marchés financiers, mais préalablement à sa saisine, il convient de saisir le PSI de la demande. En pratique, les contrats *ISDA* renferment une clause de médiation<sup>1161</sup>, dont les principaux avantages sont la confidentialité, la rapidité et l'intervention d'un professionnel dans la résolution du litige.

L'article L. 112-2 du code des assurances fait référence indirecte à la médiation, car parmi les documents qui doivent être remis à l'assuré figurent... « *les modalités d'examen des réclamations que l'assuré peut formuler au sujet du contrat, y compris le cas échéant l'existence d'une instance chargée en particulier de cet examen, sans préjudice pour lui d'intenter une action en justice.* »

359. L'arbitrage<sup>1162</sup> est prévu aux articles 1442 et s. du code de procédure civile, et par quelques articles du code civil. Il est possible de compromettre sur les droits dont on a la libre disposition<sup>1163</sup>, et conformément à l'article 2060 du code civil « *on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.* »

---

*Le médiateur de l'Autorité des marchés financiers coopère avec ses homologues étrangers en vue du règlement extrajudiciaire des litiges transfrontaliers.*

*Il publie chaque année un rapport qui rend compte de sa mission.*

*II. - L'Autorité des marchés financiers peut formuler des propositions de modifications des lois et règlements concernant l'information des porteurs d'instruments financiers et du public, les marchés d'instruments financiers et d'actifs mentionnés au II de l'article L. 421-1 et le statut des prestataires de services d'investissement.*

*Elle établit chaque année un rapport au Président de la République et au Parlement, qui est publié au Journal officiel de la République française. Ce rapport présente, en particulier, les évolutions du cadre réglementaire de l'Union européenne applicable aux marchés financiers et dresse le bilan de la coopération avec les autorités de régulation de l'Union européenne et des autres Etats membres.*

*Le président de l'Autorité des marchés financiers est entendu, sur leur demande, par les commissions des finances des deux assemblées et peut demander à être entendu par elles ».*

<sup>1161</sup>Clause du contrat ISDA: « *all disputes arising out of this agreement shall initially be subject to the rules of mediation of Euro arbitration-European centre for financial dispute resolution, and then, except if the mediation is successful, to the rules of arbitration of Euro arbitration European centre for financial dispute resolution with which the parties hereby agree to comply. The languages in which the arbitration shall be conducted are English and French.* »

<sup>1162</sup>Articles 2059 (« *toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* ») et 2060 du code civil (« *on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.*

*Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre.* »)

<sup>1163</sup>Article 2059 du code civil précité.

D'autres questions, non expressément visées par l'article 2060 du Code civil, sont soustraites à la compétence des arbitres pour des motifs d'ordre public<sup>1164</sup>: il s'agit des matières pénale et fiscale, ainsi que des procédures collectives<sup>1165</sup>. De même pour la propriété industrielle, le droit de la concurrence et le droit des sociétés.<sup>1166</sup>

Les contrats financiers, les *pools* bancaires et la tontine règlementée, sont régis par des règles d'ordre public de direction, ce qui signifie que les litiges relatifs à ces contrats sont inarbitrables. Quant au contrat d'assurance, il est teinté de « consumérisme », et conformément à l'article R. 132-2 alinéa 10, la clause compromissoire est présumée abusive, sauf en matière d'arbitrage international<sup>1167</sup>.

Ce qui est conforme à l'article 2061 du code civil.<sup>1168</sup> Par contre, un compromis serait valable<sup>1169</sup>.

Il convient de noter que « la clause d'arbitrage contenue dans le contrat liant le stipulant au promettant, peut être invoquée par et contre le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui ». <sup>1170</sup>

En dehors des cas particuliers mentionnés plus haut, les litiges relatifs aux contrats de transfert de risque sont arbitrables.

---

<sup>1164</sup>L'appréciation de l'ordre public est « atténuée », s'agissant d'un arbitrage international.

<sup>1165</sup>E. Loquin, « Arbitrage », *Jurisclasseur procédure civile*, fascicule 1024, n° 48 à 62.

<sup>1166</sup>*Ibidem*, n° 63 à 79. Voir aussi les numéros 80 à 111 : les droits protégés par l'ordre public restent inarbitrables, soit en raison de leur indisponibilité permanente, tels les droits extrapatrimoniaux, soit en raison de leur indisponibilité temporaire : aliments, droits protégés par la réglementation impérative des baux, droits protégés par le droit du travail et celui de la consommation.

<sup>1167</sup>Article 1504 du code de procédure civile: « *est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.* » Voir les arrêts *Jaguar* de la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la cour de cassation, du 21 mai 1997 (*Rev. arb.* 1997.537, note E. Gaillard) et *Rado* de la première chambre civile, du 30 mars 2004 (*Rev. arb.* 2005.115, note X. Boucobza) qui ont validé une clause compromissoire en matière internationale de consommation. Toutefois, une clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction française compétente, en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail. Voir en ce sens Cass., chambre sociale, 16 février 1999, *Bull. civ.* V, numéro 78.

<sup>1168</sup>Article 2061 du code civil : « *sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* ».

<sup>1169</sup>Il existe un centre français d'arbitrage de réassurance et d'assurance CEFAREA, association créée en 1995 par les praticiens de l'assurance.

<sup>1170</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juillet 2006, *Bull. civ.* I, numéro 368.

### §3-L'extinction des contrats de transfert de risque

360. Les causes d'extinction<sup>1171</sup> d'un contrat de transfert de risque sont la résolution et la résiliation (A), ainsi que la caducité (B).

#### A. La résolution et la résiliation

361. La résolution et la résiliation sont deux sanctions de droit commun attachées à l'inexécution du contrat, sous réserve de la différence suivante : la résolution anéantit le contrat rétroactivement, alors que la résiliation ne joue que pour l'avenir et s'applique aux contrats à exécution successive. En principe ces deux sanctions sont prononcées judiciairement, sauf la résolution/ résiliation « à ses risques et périls », en cas de manquement grave par le co contractant à ses obligations<sup>1172</sup>, et sauf aussi clause résolutoire expresse.<sup>1173</sup>

La résiliation unilatérale est possible dans l'hypothèse des contrats à durée indéterminée, sous réserve d'abus. Nous n'avons pas recensé de contrats de transfert de risque nommés à durée indéterminée, mais les parties peuvent au nom de la liberté contractuelle, conclure un contrat de transfert de risque innommé, qui soit à durée indéterminée. Quant aux contrats à durée déterminée, le principe étant l'obligation de respecter le terme fixé, sauf si les parties prévoient une clause contractuelle en ce sens, dont la jurisprudence a admis la validité<sup>1174</sup>, et sauf autorisation législative expresse. Comme exemple de ce dernier cas, on cite la faculté de repentir prévue à l'article L. 121-25 du code de la consommation<sup>1175</sup> en cas de démarchage à domicile, applicable au contrat d'assurance.

Pour les contrats conclus *intuitu personae*, le décès d'un des contractants est un cas d'extinction du contrat, sauf si les parties prévoient la continuation du contrat par une clause expresse. Cette hypothèse s'applique au cautionnement, contrat dans lequel la

<sup>1171</sup> Pour une cause postérieure à la formation du contrat.

<sup>1172</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 octobre 1998, *Bull. civ. I*, numéro 300 : « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls... »

<sup>1173</sup> Citons également le cas de la résolution en cas de réalisation de la condition résolutoire, la résiliation pour arrivée du terme extinctif, et la résiliation par consentement mutuel, conformément à l'article 1134 alinéa 2 du code civil.

<sup>1174</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 avril 2001, *Bull. civ. I*, numéro 98 : « validité d'une clause de résiliation unilatérale discrétionnaire sans obligation de motiver la rupture ou de justifier son bien-fondé. »

<sup>1175</sup> Article L. 121-25 du code de la consommation : « dans les sept jours, jours fériés compris, à compter de la commande ou de l'engagement d'achat, le client a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec accusé de réception. Si ce délai expire normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

Toute clause du contrat par laquelle le client abandonne son droit de renoncer à sa commande ou à son engagement d'achat est nulle et non avenue.

considération de la personne, notamment sa solvabilité est un facteur déterminant dans la conclusion du contrat. Par contre, elle n'est pas applicable au contrat d'assurance en cas de mort ni à la tontine en cas de mort ; le décès du cédant du risque étant le terme suspensif, dont l'arrivée déclenche l'exécution de l'obligation de couverture.

362. A côté de ces règles de droit commun, il existe un cas de spécial de résiliation applicable à tous les contrats de transfert de risque : celui de la résiliation pour non déclaration de l'augmentation ou de la diminution des risques, sur le fondement de la violation de la bonne foi dans l'exécution des contrats<sup>1176</sup>.

363. Il existe aussi des cas de résiliation propres à certains contrats de transfert de risque. Pour le contrat d'assurance, on cite la procédure spéciale de résiliation pour non paiement des primes prévue à l'article L. 113-3<sup>1177</sup> et L. 132-20<sup>1178</sup> relatifs aux assurances terrestres, et à l'article L. 172-20<sup>1179</sup> du même code pour les assurances

---

*Le présent article ne s'applique pas aux contrats conclus dans les conditions prévues à l'article L. 121-27 ».*

<sup>1176</sup> Voir *supra* numéro 328.

<sup>1177</sup> Article L. 113-3 du code des assurances : « *la prime est payable au domicile de l'assureur ou du mandataire désigné par lui à cet effet. Toutefois, la prime peut être payable au domicile de l'assuré ou à tout autre lieu convenu dans les cas et conditions limitativement fixés par décret en Conseil d'Etat.*

*A défaut de paiement d'une prime, ou d'une fraction de prime, dans les dix jours de son échéance, et indépendamment du droit pour l'assureur de poursuivre l'exécution du contrat en justice, la garantie ne peut être suspendue que trente jours après la mise en demeure de l'assuré. Au cas où la prime annuelle a été fractionnée, la suspension de la garantie, intervenue en cas de non-paiement d'une des fractions de prime, produit ses effets jusqu'à l'expiration de la période annuelle considérée. La prime ou fraction de prime est portable dans tous les cas, après la mise en demeure de l'assuré.*

*L'assureur a le droit de résilier le contrat dix jours après l'expiration du délai de trente jours mentionné au deuxième alinéa du présent article.*

*Le contrat non résilié reprend pour l'avenir ses effets, à midi le lendemain du jour où ont été payés à l'assureur ou au mandataire désigné par lui à cet effet, la prime arriérée ou, en cas de fractionnement de la prime annuelle, les fractions de prime ayant fait l'objet de la mise en demeure et celles venues à échéance pendant la période de suspension ainsi que, éventuellement, les frais de poursuites et de recouvrement.*

*Lorsque l'adhésion au contrat résulte d'une obligation prévue par une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel, l'assureur ne peut faire usage des dispositions du présent article relatives à la suspension de la garantie et à la résiliation du contrat.*

*Les dispositions des deuxième à avant-dernier alinéas du présent article ne sont pas applicables aux assurances sur la vie. »*

<sup>1178</sup> Article L. 132-20 du code des assurances : « *l'entreprise d'assurance ou de capitalisation n'a pas d'action pour exiger le paiement des primes.*

*Lorsqu'une prime ou fraction de prime n'est pas payée dans les dix jours de son échéance, l'assureur adresse au contractant une lettre recommandée par laquelle il l'informe qu'à l'expiration d'un délai de quarante jours à dater de l'envoi de cette lettre le défaut de paiement, à l'assureur ou au mandataire désigné par lui, de la prime ou fraction de prime échue ainsi que des primes éventuellement venues à échéance au cours dudit délai, entraîne soit la résiliation du contrat en cas d'inexistence ou d'insuffisance de la valeur de rachat, soit la réduction du contrat.*

*L'envoi de la lettre recommandée par l'assureur rend la prime portable dans tous les cas.*

*Le défaut de paiement d'une cotisation due au titre d'un contrat de capitalisation ne peut avoir pour sanction que la suspension ou la résiliation pure et simple du contrat et, dans ce dernier cas, la mise à la disposition du porteur de la valeur de rachat que ledit contrat a éventuellement acquise ».*

<sup>1179</sup> Article L. 172-20 du code des assurances : « *le défaut de paiement d'une prime permet à l'assureur soit de suspendre l'assurance, soit d'en demander la résiliation.*

maritimes, l'article R. 113-10<sup>1180</sup> du code des assurances, qui permet à l'assureur de mettre un terme unilatéralement au contrat après sinistre, ainsi que la faculté de repentir prévue à l'article L. 132-5-1<sup>1181</sup> du code des assurances pour l'assurance vie.

Le législateur a également prévu une faculté de résiliation annuelle à l'article L. 113-12<sup>1182</sup>, inapplicable aux assurances sur la vie<sup>1183</sup>, ainsi que plusieurs autres cas de résiliation anticipée automatique : nous pouvons citer notamment les articles L. 113-3, L. 113-4, L. 113-6, L. 113-9, L. 113-16, L. 121-9, L. 121-10, L. 121-11, L. 160-6 et R. 113-10 du code des assurances. Si les conditions prévues par la loi ne sont pas respectées, nous serons en présence d'une offre de résiliation, qui doit être acceptée par le cocontractant, afin de produire effet.

Quant à la caution<sup>1184</sup>, elle est déchargée par le bénéfice de cession d'action, prévu à l'article 2314 du code civil<sup>1185</sup>. L'article L. 121-12 prévoit cette même possibilité pour l'assureur. Cette décharge est une déchéance légale, plutôt qu'une résiliation au

*La suspension ou la résiliation ne prend effet que huit jours après l'envoi à l'assuré, à son dernier domicile connu de l'assureur, et par lettre recommandée, d'une mise en demeure d'avoir à payer ».*

<sup>1180</sup>Article R. 113-10 du code des assurances : « *dans le cas où une police prévoit pour l'assureur la faculté de résilier le contrat après sinistre, la résiliation ne peut prendre effet qu'à l'expiration d'un délai d'un mois à dater de la notification à l'assuré. L'assureur qui, passé le délai d'un mois après qu'il a eu connaissance du sinistre, a accepté le paiement d'une prime ou cotisation ou d'une fraction de prime ou cotisation correspondant à une période d'assurance ayant débuté postérieurement au sinistre ne peut plus se prévaloir de ce sinistre pour résilier le contrat.*

*Dans le cas prévu au premier alinéa ci-dessus, les polices doivent reconnaître à l'assuré le droit, dans le délai d'un mois de la notification de la résiliation de la police sinistrée, de résilier les autres contrats d'assurance qu'il peut avoir souscrits à l'assureur, la résiliation prenant effet un mois à dater de la notification à l'assureur.*

*La faculté de résiliation ouverte à l'assureur et à l'assuré, par application des deux précédents alinéas, comporte restitution par l'assureur des portions de primes ou cotisations afférentes à la période pour laquelle les risques ne sont plus garantis ».*

<sup>1181</sup>Article L. 132-5-1 : « *toute personne physique qui a signé une proposition ou un contrat d'assurance sur la vie ou de capitalisation a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec demande d'avis de réception pendant le délai de trente jours calendaires révolus à compter du moment où elle est informée que le contrat est conclu. Ce délai expire le dernier jour à vingt-quatre heures. S'il expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il n'est pas prorogé.*

*La renonciation entraîne la restitution par l'entreprise d'assurance ou de capitalisation de l'intégralité des sommes versées par le contractant, dans le délai maximal de trente jours calendaires révolus à compter de la réception de la lettre recommandée. Au-delà de ce délai, les sommes non restituées produisent de plein droit intérêt au taux légal majoré de moitié durant deux mois, puis, à l'expiration de ce délai de deux mois, au double du taux légal.*

*Les dispositions du présent article sont précisées, en tant que de besoin, par arrêté ministériel.*

*Elles ne s'appliquent pas aux contrats d'une durée maximale de deux mois ».*

<sup>1182</sup>Article L. 113-12 du code des assurances : « *la durée du contrat et les conditions de résiliation sont fixées par la police. Toutefois, l'assuré a le droit de résilier le contrat à l'expiration d'un délai d'un an, en envoyant une lettre recommandée à l'assureur au moins deux mois avant la date d'échéance. Ce droit appartient, dans les mêmes conditions, à l'assureur. Il peut être dérogé à cette règle pour les contrats individuels d'assurance maladie et pour la couverture des risques autres que ceux des particuliers. Le droit de résilier le contrat tous les ans doit être rappelé dans chaque police. Le délai de résiliation court à partir de la date figurant sur le cachet de la poste.*

*Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux assurances sur la vie ».*

La loi numéro 2014-344 du 17 mars 2014, dite loi *Hamon* est venue encadrer cette faculté de résiliation. Il s'agit des articles L. 113-12-1, L. 113-12-2, L. 113-15-1 et L. 113-15-2 du code des assurances.

<sup>1183</sup>Alinéa 2 de l'article L. 113-12 du code des assurances précité.

<sup>1184</sup>La caution doit prouver la faute ou la négligence du créancier.

<sup>1185</sup>Article 2314 du code civil : « *la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite ».* Voir également, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 avril 1983, *Bull. civ. I*, numéro 130 (erreur d'inscription), Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juin 2001, *Bull. civ. I*, numéro 161 (renonciation à une sûreté), Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1 juin 1999, *Bull. civ. I*, numéro 182 (cession de l'objet d gage par le créancier), Cass. com., 14 février 1995, *Bull. civ. IV*, numéro 41 (défaut de revendication).

sens technique du terme<sup>1186</sup>, fondée sur la bonne foi et l'équité<sup>1187</sup>. La loi prohibe d'y renoncer de façon anticipée, c'est-à-dire au moment de la conclusion du cautionnement<sup>1188</sup>. Ce bénéfice s'applique aussi à la sous-caution et au certificateur de la caution<sup>1189</sup>.

## **B. La caducité**

364. Nous avons examiné plus haut<sup>1190</sup> l'influence de la disparition du risque en cours de contrat, et nous avons déduit qu'il s'agissait techniquement d'un cas de caducité du contrat.

Quant aux contrats de transfert de risque ayant caractère accessoire, la résolution<sup>1191</sup>, résiliation ou caducité<sup>1192</sup> du contrat principal entraîne la caducité de la sûreté accessoire<sup>1193</sup>.

---

<sup>1186</sup>La résiliation éteint le contrat en entier, alors que la déchéance affecte simplement un droit issu du contrat, ce dernier demeurant intact

<sup>1187</sup>Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires, op. cit.*, page 799, numéro 798.

<sup>1188</sup>*Ibidem*, page 809, numéro 810.

<sup>1189</sup>*Ibid.*, page 804, numéro 804.

<sup>1190</sup>Voir *supra* numéros 308 à 317.

<sup>1191</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 décembre 1988, *D.* 1989.166 : la caution peut demander la résolution du contrat principal.

<sup>1192</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juin 1990, *Bull. civ.* I, numéro 158 : la caution peut faire constater à son seul profit.

## Conclusion du chapitre 1

365. Le contrat de transfert de risque qui a pour fonction de couvrir les conséquences dommageables d'un événement incertain, donne naissance à une obligation de couverture différée qui peut être soit conditionnelle soit à terme. Lorsque le sinistre se réalise et afin d'obtenir l'exécution de cette obligation, le créancier de l'obligation de couverture doit procéder à la déclaration du sinistre, sachant que dans certaines hypothèses, le débiteur de ladite obligation ne supporte pas la charge finale du risque et dispose d'un recours subrogatoire.

Le risque étant évolutif par nature, l'obligation de couverture peut être altérée du fait de sa disparition, de son aggravation ou sa diminution, ainsi que l'apparition d'un nouveau risque. L'inexécution de cette obligation de couverture ainsi que les litiges auxquels peuvent donner lieu les contrats de transfert de risque, sont soumis à défaut de texte spécial et à défaut de pouvoir procéder à une extrapolation par analogie, aux solutions de droit commun.

Le contrat de transfert de risque peut être éteint par la résolution, la résiliation et la caducité. Certaines hypothèses sont celles du droit commun, d'autres sont spéciales à tous les contrats de transfert de risque ou à certains d'entre eux.

Il ressort de ce chapitre que les effets du contrat de transfert de risque entre les parties sont soumis à un régime à « trois niveaux ». En effet, à défaut de texte spécial qui édicte une solution expresse, et à défaut de pouvoir extrapoler par analogie une solution spéciale aux autres contrats de transfert de risque (et ainsi construire un régime commun à tous les contrats de transfert de risque), ce sont les solutions de droit commun qui s'appliqueront.

---

<sup>1193</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 décembre 1972, numéro du pourvoi 71.12551.

## Chapitre 2 : Les effets du contrat de transfert de risque à l'égard des tiers

366. Le terme « tiers » désigne d'abord les *penitus extranei*<sup>1194</sup> ou tiers absolus (section 1), ensuite les tiers ordinaires, ayants cause et créanciers chirographaires (section 2). Enfin, les tiers parties à un contrat de transfert de risque au second degré (section 3).

### Section 1 : Les tiers *penitus extranei*

367. Conformément au principe de l'effet relatif des contrats<sup>1195</sup>, le tiers ne peut être lié par un contrat<sup>1196</sup> et ne peut réclamer l'application d'une clause d'un contrat qui lui est étranger.<sup>1197</sup> Mais si en principe les conventions n'ont d'effet qu'à l'égard des parties, elles constituent des faits juridiques dont peuvent être déduites des conséquences en droit à l'égard des tiers.<sup>1198</sup>

Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, du régime général et de la preuve des obligations résume la situation des tiers absolus dans ces articles 1200 et 1201. En effet, l'article 1200 dispose que « *le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties contractantes. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section.* Et l'article 1201 dispose que « *les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat* ».

Ce qui signifie qu'un tiers absolu, c'est-à-dire étranger au contrat et aux contractants ne peut être le débiteur d'une obligation de couverture, mais peut en être le créancier en vertu d'une stipulation pour autrui<sup>1199</sup>. Il peut par contre invoquer le contrat de transfert de risque en tant que fait juridique, notamment s'il est source de préjudice pour lui.

---

<sup>1194</sup>Littéralement « complètement étrangers ».

<sup>1195</sup>Article 1165 du code civil : « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ».

<sup>1196</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 février 2000, *Bull. civ. I*, numéro 47 (une société ne peut être condamnée à payer des travaux qu'elle n'a pas commandés).

<sup>1197</sup>Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 13 novembre 1974, *Gaz. Pal.*, 1975.1.210 (cas d'une clause pénale).

<sup>1198</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 2005, *Bull. civ. I*, numéro 205. Voir aussi Cass. com., 22 octobre 1991, *Dalloz* 1993.181.

<sup>1199</sup>Voir *infra* numéro 373.

## Section 2 : Les tiers créanciers de l'un des contractants

368. Le contrat de transfert de risque est non seulement opposable aux tiers mais leur confère certains droits. La difficulté tient au fait que les droits de ces tiers s'exercent sur une obligation suspendue dans son existence ou dans son échéance.

Pour déterminer ces droits, il convient de distinguer deux phases : avant la réalisation du risque (§1) et après cette réalisation (§2).

### §1-Avant la réalisation du risque

369. Il s'agit de savoir si les tiers peuvent agir en justice en vertu d'un contrat de transfert de risque, à travers une action paulienne (A) ou une action indirecte (B).

#### A. L'action paulienne<sup>1200</sup>

370. Selon un arrêt de la première chambre civile de la cour de cassation du 13 avril 1988<sup>1201</sup>, « *il suffit pour l'action paulienne que le créancier justifie d'une créance certaine en son principe au moment de l'acte argué de fraude, même si elle n'est pas encore liquide* ». L'obligation de couverture, lorsqu'elle est assortie d'une condition suspensive, n'est pas certaine en son principe. Ce qui signifie que les créanciers du créancier d'une telle obligation ne peuvent recourir à l'action paulienne. Par contre, une obligation assortie d'un terme suspensif est « certaine en son principe », et une action paulienne est possible. C'est le cas par exemple d'un assuré qui a conclu un contrat d'assurance vie sur la tête de son épouse, uniquement pour échapper au droit de gage général de ses créanciers.

---

<sup>1200</sup>Article 1167 du code civil : « *ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits.*

*Ils doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre "Des successions" et au titre "Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux", se conformer aux règles qui y sont prescrites. »*

Si l'acte est à titre onéreux- ce qui est le cas de la majorité des contrats de transfert de risque-il faut prouver la complicité de fraude du tiers contractant. Cette condition n'est pas exigée si l'acte est à titre gratuit.

<sup>1201</sup>*Bull. civ. I, numéro 91.*

## B. L'action indirecte ou oblique<sup>1202</sup>

371. Pour exercer l'action oblique il faut d'abord une carence du débiteur compromettant le droit de ses créanciers. Ensuite, il faut que la créance remplisse certaines exigences. Selon un arrêt de la chambre des requêtes du 25 mars 1924<sup>1203</sup>, il faut que « *la créance soit à la fois certaine, liquide et exigible* », et il faut également selon la lettre de l'article 1166 du code civil que les droits et les actions ne soient pas « *exclusivement attachés à la personne* ». L'obligation de couverture est affectée soit d'une condition suspensive, soit d'un terme suspensif. Ce qui signifie qu'avant la réalisation de la condition ou l'échéance du terme, la créance n'est pas certaine liquide et exigible. Cette condition n'étant pas remplie, l'examen de la condition relative au caractère non exclusivement attaché à la personne devient superflu. Quoiqu'il en soit, on peut dire que l'obligation de couverture, qu'elle soit de faire ou de donner, n'est pas exclusivement attachée à la personne, puisqu'il ne s'agit pas d'un droit ou d'une « *action dont l'exercice est subordonné à des considérations personnelles, d'ordre moral ou familial* »<sup>1204</sup>.

Par contre, après la réalisation du sinistre, une telle action est possible. C'est le cas par exemple du créancier d'un assuré<sup>1205</sup> qui fait preuve d'une carence dans la revendication de l'indemnité qui lui est dûe contre son assureur.

## §2-Après la réalisation du risque

372. La créance de couverture issue d'un contrat de transfert de risque fera partie du droit de gage général des créanciers<sup>1206</sup>. Trois catégories de tiers se distinguent des simples créanciers chirographaires : il s'agit d'abord du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui (A), ensuite des créanciers hypothécaires et privilégiés (B), et enfin des titulaires d'une action directe (C).

---

<sup>1202</sup>Article 1166 du code civil : « *néanmoins, les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne* ».

<sup>1203</sup>DH. 1924.282.

<sup>1204</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juin 1963, D. 1964.713.

<sup>1205</sup>Le locataire d'un appartement qui s'est dégradé et dont le propriétaire avait conclu une assurance tout risque.

<sup>1206</sup>Article 2285 du code civil : « *les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* ».

## A. Les bénéficiaires d'une stipulation pour autrui

373. Les bénéficiaires d'une stipulation pour autrui<sup>1207</sup> disposent d'un droit direct et propre sur la créance de couverture<sup>1208</sup> ; les exceptions qui ne sont pas personnelles au stipulant restent opposables par le promettant au bénéficiaire. Autrement dit, les créanciers du souscripteur d'un contrat d'assurance en faveur d'un tiers bénéficiaire n'ont aucun droit sur le montant versé par l'assureur et ne peuvent exercer l'action paulienne. De même, ledit montant n'est pas soumis au droit des procédures collectives.

L'assurance vie est le domaine de prédilection de la stipulation pour autrui. On peut également citer l'exemple de la tontine en cas de décès, ou d'un contrat de transfert de risque conclu par une société mère au profit de sa filiale.

La détermination du tiers bénéficiaire<sup>1209</sup> est un droit exclusivement attaché à la personne<sup>1210</sup>. Cette détermination peut être révoquée avant l'acceptation du bénéficiaire, qui peut refuser pour des raisons morales ou financières surtout si la stipulation pour autrui a été faite avec charges. Lorsque la stipulation pour autrui a été faite à titre gratuit, la détermination du tiers bénéficiaire peut être révoquée après cette acceptation s'il y a tentative de meurtre par le bénéficiaire, et pour toutes les causes de révocation des donations. Quant aux créanciers du souscripteur d'une assurance au profit d'un tiers, ils ne peuvent pas exercer le droit de révocation du bénéficiaire<sup>1211</sup>. Ils n'ont pas non plus de droit sur le capital versé, sauf s'ils peuvent se prévaloir de l'action paulienne.

L'assurance au profit d'un tiers s'analyse le plus souvent en une donation indirecte. Les règles du rapport et de la réduction ne s'appliquent pas, puisque le montant versé

---

<sup>1207</sup>Article 1121 du code civil : « on peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter ».

<sup>1208</sup>Articles L. 132-12 (« le capital ou la rente stipulés payables lors du décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé ou à ses héritiers ne font pas partie de la succession de l'assuré. Le bénéficiaire, quelles que soient la forme et la date de sa désignation, est réputé y avoir eu seul droit à partir du jour du contrat, même si son acceptation est postérieure à la mort de l'assuré ».) et L. 132-14 du code des assurances (« le capital ou la rente garantis au profit d'un bénéficiaire déterminé ne peuvent être réclamés par les créanciers du contractant. Ces derniers ont seulement droit au remboursement des primes, dans le cas indiqué par l'article L. 132-13, deuxième alinéa, en vertu soit de l'article 1167 du code civil, soit des articles L. 621-107 et L. 621-108 du code de commerce. »)

<sup>1209</sup>C'est un acte unilatéral et peut se faire par voie de testament.

<sup>1210</sup>Article 1166 du code civil. Voir aussi Cass. com., 25 octobre 1994, *Bull. civ.* IV, numéro 311.

<sup>1211</sup>Article L. 132-9 du code des assurances alinéa 2 : « tant que l'acceptation n'a pas eu lieu, le droit de révoquer cette stipulation n'appartient qu'au stipulant et ne peut être exercé de son vivant ni par ses créanciers ni par ses représentants légaux. Lorsqu'une tutelle a été ouverte à l'égard du stipulant, la révocation ne peut intervenir qu'avec l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il a été constitué. »

par l'assureur reste en dehors de la succession. Cette solution est la conséquence du droit direct dont est titulaire le bénéficiaire.

En revanche, si les primes sont excessivement exagérées, elles seront soumises au rapport et à la réduction<sup>1212</sup> : en effet, elles sont sorties du patrimoine du souscripteur, qui s'est appauvri pour gratifier le bénéficiaire.

Lorsqu'un contrat de transfert de risque innommé est conclu, en utilisant le mécanisme de la stipulation pour autrui, la solution sus-mentionnée est transposable étant donné que la stipulation pour autrui est une institution de droit commun. On pense par exemple à un *pool* constitué par les filiales<sup>1213</sup> d'un même groupe, pour couvrir les risques d'une autre filiale du groupe.

## **B. Les créanciers hypothécaires et privilégiés**

374. Les créanciers hypothécaires et privilégiés ont un droit préférentiel sur l'indemnité d'assurance<sup>1214</sup>.

L'article L. 121-13 du code des assurances concerne les créanciers hypothécaires et dispose que « *les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité du bétail, ou les autres risques, sont attribuées sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang.*

*Néanmoins, les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables.*

*Il en est de même des indemnités dues en cas de sinistre par le locataire ou par le voisin, par application des articles 1733 et 1382 du code civil.*

*En cas d'assurance du risque locatif ou du recours du voisin, l'assureur ne peut payer à un autre que le propriétaire de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits, tout ou partie de la somme due, tant que lesdits propriétaires, voisin ou tiers subrogé n'ont pas été désintéressés des conséquences du sinistre, jusqu'à concurrence de ladite somme. »*

---

<sup>1212</sup>C'est la partie excessive qui est soumise au rapport et à la réduction, et non pas la prime toute entière.

<sup>1213</sup> Les participants au pool n'ont pas besoin d'être agréés en tant qu'assureur, si une telle opération n'est pas conclue à titre habituel et de profession.

<sup>1214</sup>Cass. com., 12 mai 1998, *Bull. Lamy assurances*, juillet 1998 : « le créancier gagiste est titulaire d'un droit direct sur l'indemnité d'assurance, dispose seul du pouvoir de décider de l'affectation de celle-ci ; il ne peut donc lui être imposé de recevoir le prix de cession du bien réparé aux lieu et place de l'indemnité. »

L'article L. 121-13 précité est un cas de subrogation réelle<sup>1215</sup>. Celle-ci n'est possible qu'en vertu d'un texte exprès ; ce qui signifie que la solution prévue par ledit article n'est pas applicable aux autres contrats de transfert de risque.

Quoiqu'il en soit, la subrogation réelle ne peut s'appliquer que s'il existe un lien entre le contrat de transfert de risque et la situation à la base du risque : dans le cas du contrat d'assurance, il existe un lien entre le contrat d'assurance et l'hypothèque. Le premier contrat garantit le bien objet de l'hypothèque du risque de perte ou de dégradation. Ce lien est difficilement réuni dans les autres figures de contrats de transfert de risque.

375. L'article 2332 alinéa 8 du code civil<sup>1216</sup> édicte un privilège sur la créance d'indemnité due par l'assureur, au profit de la victime. Quant à l'article L. 173-23 du code des assurances<sup>1217</sup>, il édicte un privilège au profit des assurés, sur la créance d'indemnité. En vertu du principe selon lequel pas de privilège sans texte<sup>1218</sup>, il n'est pas possible de transposer les solutions propres aux contrats d'assurance, aux autres figures de contrat de transfert de risque. Ce qui signifie que les créanciers seront simplement chirographaires.

### **C. Les titulaires d'une action directe**

376. L'action directe est le droit pour un créancier d'agir en justice en son nom et pour son compte contre le débiteur de son débiteur. Si le tiers accepte de payer, alors le paiement n'est valable qu'entre les mains du créancier auteur de l'action. Ce dernier ne sera pas en concurrence avec les autres créanciers du débiteur. L'action directe crée une préférence auprès d'un créancier. Elle doit en principe être prévue par un

---

<sup>1215</sup>Distinction avec l'échange : dans l'échange, ce sont deux patrimoines qui sont en jeu, alors que dans la subrogation, le changement se fait au sein d'un même patrimoine.

<sup>1216</sup>Article 2332 alinéa 8 du code civil : « les créances privilégiées sur certains meubles sont : ... 8° Les créances nées d'un accident au profit des tiers lésés par cet accident ou leurs ayants droit, sur l'indemnité dont l'assureur de la responsabilité civile se reconnaît ou a été judiciairement reconnu débiteur à raison de la convention d'assurance ».

<sup>1217</sup>Article L. 173-23 du code des assurances : « le tiers lésé dispose, sous réserve des dispositions de l'article L. 173-24, d'un droit d'action directe à l'encontre de l'assureur garantissant la responsabilité civile de la personne responsable.

*L'assureur ne peut payer à un autre que le tiers lésé tout ou partie de la somme due par lui, tant que ce tiers n'a pas été désintéressé et dans cette mesure, sauf en cas d'affectation de l'indemnité d'assurance à la constitution du fonds de limitation, dans les termes de l'article 62 de la loi n° 67-5 du 3 janvier 1967 portant statut des navires et autres bâtiments de mer ».*

<sup>1218</sup>H. Roland et L. Boyer, Adages du droit français, 3ème édition, 1992, Litec, numéro 303.

texte<sup>1219</sup>. Le titulaire d'une action directe en paiement doit démontrer que sa créance est certaine et exigible.

Le législateur a prévu l'action directe pour le contrat d'assurance à l'article L. 124-3 du code des assurances.<sup>1220</sup> L'action directe n'est possible que s'agissant des assurances de responsabilité (qui sont une sous-catégorie des assurances de dommages, à côté des assurances de choses), et non dans le cas des assurances de personnes. Plutôt que d'agir contre l'assuré responsable, la victime va agir contre l'assureur, réputé être plus solvable. L'exercice de l'action directe suppose « que soit fixée, d'une part l'existence de la créance de réparation de la victime sur l'assuré, d'autre part le montant de cette créance, la détermination de l'indemnité dûe par l'assureur ne pouvant être faite qu'ensuite. »<sup>1221</sup>

Depuis un revirement de 2000<sup>1222</sup>, la mise en cause de l'assuré dans l'exercice de l'action directe n'est plus requise pour la recevabilité de ladite action. Mais il est possible de le faire en cours d'instance. Cette mise en cause, qui était exigée pour fixer à l'égard de l'assuré la créance de l'indemnité dans son principe et dans son étendue demeure utile cependant, pour que la décision soit opposable à l'assuré. C'est la prescription de droit commun qui s'applique à l'action directe.<sup>1223</sup> Afin de protéger les tiers victimes, les exceptions dont pouvait se prévaloir l'assureur contre l'assuré ne sont pas opposables aux tiers victimes<sup>1224</sup>. Les déchéances sont inopposables aux victimes qui ont un droit dès la réalisation du sinistre et ne peuvent être affectés par les fautes de l'assuré postérieures au sinistre. Dans ce cas, l'assureur peut se retourner contre l'assuré. Les franchises et les plafonds sont opposables aux victimes,

---

<sup>1219</sup>Elle est consacrée aux articles 1753 alinéa 1 (« le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location dont il peut être débiteur au moment de la saisie, et sans qu'il puisse opposer des paiements faits par anticipation »), 1798 (« les maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise, n'ont d'action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits, que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur, au moment où leur action est intentée ».) et 1994 du code civil (« le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion : 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ;

2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable.

Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée »).

<sup>1220</sup>Article L. 124-3 du code des assurances : « le tiers lésé dispose d'un droit d'action directe à l'encontre de l'assureur garantissant la responsabilité civile de la personne responsable.

L'assureur ne peut payer à un autre que le tiers lésé tout ou partie de la somme due par lui, tant que ce tiers n'a pas été désintéressé, jusqu'à concurrence de ladite somme, des conséquences pécuniaires du fait dommageable ayant entraîné la responsabilité de l'assuré ».

<sup>1221</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 octobre 1984, *Bull. civ. I*, numéro 288, page 245.

<sup>1222</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 novembre 2000, numéro du pourvoi 97-22.582.

<sup>1223</sup>C.-J Berr et H. Groutel, *Les grands arrêts du droit de l'assurance*, Sirey, 1978, page 220.

<sup>1224</sup>Alors que l'article L. 112-6 du code des assurances dispose : « l'assureur peut opposer au porteur de la police ou au tiers qui en invoque le bénéfice les exceptions opposables au souscripteur originaire ».

contrairement à la compensation, vu qu'elle nécessite la réciprocité des dettes et des créances.

377. Pour les autres figures contractuelles de transfert de risque, il convient de savoir si l'action directe doit être prévue par un texte, ou bien si une telle action peut exister en dehors d'un texte exprès<sup>1225</sup>. En d'autres termes existe-t-il une action directe d'origine prétorienne? Selon une doctrine, « il était traditionnellement enseigné que les actions directes étaient d'origine légale, c'est-à-dire qu'elles ne pouvaient résulter que d'un texte, conformément au principe selon lequel il n'y a pas de privilège sans texte... mais il ne faut pas adopter une position exagérément positiviste de l'institution, en la présentant comme exclusivement soutenue par la volonté souveraine du législateur... l'octroi d'actions directes se justifie dans la majorité des cas par des motifs d'équité. Il n'en reste pas moins que l'action directe n'est jamais conventionnelle et qu'elle est distribuée au coup par coup, soit par une jurisprudence créatrice, soit par le législateur lui-même. »<sup>1226</sup>

En l'état actuel du droit positif français, il n'existe d'action directe qu'en vertu d'un texte exprès, car il s'agit d'une exception au principe de l'effet relatif des conventions. Pour illustrer ces propos, il est possible de citer l'exemple du contrat de réassurance : en effet, l'assuré reste tiers au contrat de réassurance et qu'il ne peut agir par action directe contre le réassureur. Toutefois il peut exercer l'action oblique. De même, le réassureur peut agir par voie oblique contre l'assuré pour le paiement des primes, mais pas par action directe.<sup>1227</sup>

### **Section 3 : Les tiers parties à un contrat de transfert de risque au second degré**

378. Tout comme les opérations de mobilisation de créances<sup>1228</sup>, mais vu du côté du débiteur, le cessionnaire du risque va faire circuler sa dette.

Dans la plupart des contrats de transfert de risque examinés plus haut, les débiteurs de l'obligation de prise en charge sont des professionnels. C'est notamment le cas des

---

<sup>1225</sup>Il faut aussi que la créance soit liquide et exigible, donc en ce qui concerne un contrat de transfert de risque, le tiers doit, avant d'agir sur la base de l'action directe, attendre que la condition suspensive se réalise ou que le terme arrive à échéance.

<sup>1226</sup>J. Francois, Traité de droit civil, Tome 4, les obligations régime général, *op. cit.*, page 363, numéro 332.

<sup>1227</sup>A. Favre-Rochex, *V° Assurances terrestres*, in : *Jurisclasseur responsabilité civile et assurances*, fasc. 505-10.

<sup>1228</sup>La cession Dailly, l'escompte et le réescompte, autant d'opérations qui permettent au créancier d'une obligation, de « liquider » sa créance avant l'échéance.

assureurs et des établissements bancaires. On parle alors de « professionnels du risque ». Contraints de respecter des ratios de solvabilité et des normes prudentielles, ils seront tentés de transférer à des tiers le risque qu'ils ont à leur charge. Plus généralement, celui qui endosse le risque d'un autre, cherche aussi à se couvrir. Cela est possible à travers une cession de dette, qui nécessite le consentement du créancier. Cela est également possible par le mécanisme du « transfert de risque au second degré ».

Le transfert de risque au second degré doit être défini (§1), et ses conditions doivent être précisées (§2). Il convient également le distinguer des opérations voisines (§3), d'en donner des illustrations (§4) et d'en préciser le régime juridique (§5).

## **§1. La définition du transfert de risque au second degré**

379. Le transfert de risque au second degré est le contrat en vertu duquel le débiteur de l'obligation de couverture transmet sa dette à un tiers, sans l'intervention de son créancier, tout en restant le seul et unique interlocuteur de ce dernier. Le transfert de risque au second degré est un *res inter alios acta*, et n'affecte en rien la situation du créancier initial de l'obligation de couverture. Autrement dit, le cessionnaire au second degré reste tiers au contrat de transfert de risque au premier degré.

Le transfert de risque au second degré est une reprise interne de dette. En effet, « si la convention, limitée aux deux débiteurs successifs, qualifiée de reprise interne de dette, réalise bien un transfert économique de la dette (c'est-à-dire de la charge pécuniaire), elle n'opère pas pour autant un transfert juridique (les rapports personnels restent les mêmes) de celle-ci puisque le créancier ne peut ni s'en prévaloir, ni se la voir opposer ».<sup>1229</sup>

## **§2. Les conditions du transfert de risque au second degré**

380. A notre sens, pour être en présence d'un transfert de risque au second degré, deux conditions doivent être réunies:

D'abord, il faut être en présence du risque initial, et non d'un nouveau risque, sinon il s'agirait tout simplement d'un contrat de transfert de risque au premier degré.

---

<sup>1229</sup>J.-L. Aubert, *V° Cession de dettes* in : *Rép. Civ. Dalloz*, numéro 8. Voir aussi Cass. com., 16 novembre 1993, *Bull. civ.* IV, numéro 406.

Ensuite, il faut que le créancier initial conserve le même interlocuteur, à savoir le débiteur initial, par application de la règle de l'effet relatif des conventions.

Le transfert du risque au second degré supposant une liberté de procéder à cette circulation, il ne faut pas qu'une entrave puisse faire obstacle à cette libre circulation, comme la nécessité d'obtenir le consentement du créancier de l'obligation de prise en charge. En d'autres termes, toute opération qui nécessite un tel consentement ne peut être qualifiée de transfert de risque au second degré.

### **§3. La distinction avec les notions voisines**

381. Le transfert de risque au second degré n'est pas la cession d'obligations.

Ce n'est pas une cession de créances soumise à l'article 1690 du code civil, puisqu'il s'agit d'une opération sur une obligation prise dans son côté passif.

Un exemple de cession de créance nous est fourni par l'article L. 211-37 du code monétaire et financier qui dispose dans son alinéa 1 que « *la cession de créances afférentes aux obligations financières mentionnées à l'article L. 211-36 est opposable aux tiers du fait de la notification de la cession au débiteur.* »

Ce n'est pas non plus une cession de dettes, impossible sans l'accord du créancier; ce dernier accordant la plus grande importance à la personne du débiteur, notamment à sa solvabilité, dont dépend la bonne ou la mauvaise exécution de l'obligation.

Enfin, ce n'est pas la cession de contrat, qui peut être soit d'origine légale, soit d'origine conventionnelle. La cession de contrat est une cession simultanée de créances et de dettes. Il faut donc respecter cumulativement les formalités prévues pour ces deux opérations, à savoir l'article 1690 du code civil et le consentement du créancier.

Le législateur prévoit plusieurs hypothèses de cession de contrats, qui ne sont pas des opérations de transfert de risque au second degré ; les positions contractuelles de départ demeurant inchangées.

C'est le cas de l'alinéa 2 de l'article L. 211-37 du code monétaire et financier qui dispose que « *la cession de contrats afférents aux obligations financières mentionnées à l'article L. 211-36 est opposable aux tiers du fait de l'accord écrit des parties.* » Cet article n'est applicable que si ses conditions sont réunies, sinon il convient de faire application du droit commun.

C'est également le cas de l'article L. 121-10 du code des assurances qui dispose : « *en cas de décès de l'assuré ou d'aliénation de la chose assurée, l'assurance continue de plein droit au profit de l'héritier ou de l'acquéreur, à charge par celui-ci d'exécuter toutes les obligations dont l'assuré était tenu vis-à-vis de l'assureur en vertu du contrat.* » Citons enfin la cession de portefeuille en matière d'assurance<sup>1230</sup> en cas de fusion ou de scission<sup>1231</sup> et en cas de liquidation pour retrait d'agrément<sup>1232</sup>, qui s'analyse en une cession d'un ensemble de contrats.

382. Le transfert de risque au second degré ne se confond pas non plus avec la novation<sup>1233</sup> par changement de débiteur, parce que dans l'hypothèse d'un transfert de risque au second degré, l'obligation initiale demeure maintenue, et le débiteur initial reste engagé. Alors que par la novation, il y a extinction du rapport antérieur et naissance concomitante d'un nouveau rapport.

#### §4. Illustrations

383. Le contrat de réassurance est un exemple de contrat de transfert de risque au second degré. La réassurance est le contrat par lequel un réassureur (cessionnaire), s'engage vis-à-vis d'un assureur professionnel<sup>1234</sup> (cédant), à prendre en charge, moyennant rémunération, tout ou partie de ces risques, à lui rembourser, dans des conditions déterminées, tout ou partie des sommes dues ou versées aux assurés, à titre de sinistre. Le risque transféré est calqué sur le risque que couvre le contrat d'assurance initial. En d'autres termes, il y a transmission des risques de l'assureur

---

<sup>1230</sup>J. Bigot, *traité de droit des assurances, tome 1, entreprises et organismes d'assurance*, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2011, page 46, numéro 61 : « en cas de fusion absorption ou si l'entreprise ne désire plus exploiter une branche déficitaire, ou transfert d'office imposé par l'autorité de contrôle en cas de défaillance financière ». *Ibidem*, page 51 numéro 70 : « le transfert est opposable aux assurés dès qu'il a été autorisé, et ils peuvent résilier les polices dans le mois de la publication de l'autorisation. »

<sup>1231</sup>Article L. 324-2 du code des assurances : « *lorsque les opérations de fusion ou de scission mentionnées à l'article L. 236-1 du code de commerce comportent des transferts de portefeuille de contrats réalisés dans les conditions prévues à l'article L. 324-1, les dispositions des articles L. 228-65, L. 228-73, L. 236-13, L. 236-14, L. 236-15, L. 236-18 et L. 236-21 dudit code ne sont pas applicables.* »

<sup>1232</sup>Article L. 326-13 alinéa 2 du code des assurances : « *l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, à la demande du liquidateur et sur le rapport du juge-commissaire, peut fixer la date à laquelle les contrats cessent d'avoir effet, autoriser leur transfert en tout ou partie à une ou plusieurs entreprises, proroger leur échéance, décider la réduction des sommes payables en cas de vie ou de décès ainsi que des bénéfices attribués et des valeurs de rachat, de manière à ramener la valeur des engagements de l'entreprise au montant que la situation de la liquidation permet de couvrir.* »

<sup>1233</sup>Contrairement à la novation, dans le transfert au second degré, il n'y a ni extinction de l'obligation initiale, ni création d'une obligation nouvelle.

<sup>1234</sup>Qui répond seul et intégralement vis-à-vis des assurés des risques par lui assumés.

initial vers le réassureur, l'assuré demeurant tiers à l'opération de réassurance<sup>1235</sup>, conformément à l'article L. 111-3 du code des assurances<sup>1236</sup>.

Pour conclure un contrat de réassurance, l'assureur n'a pas besoin du consentement des assurés-créanciers de l'obligation de prise en charge- qui d'ailleurs demeurent des tiers au traité de réassurance, en vertu du principe de l'effet relatif des contrats. L'assureur n'est pas libéré à l'égard des assurés : il y a adjonction d'un nouveau rapport contractuel à un rapport contractuel préexistant, et non remplacement d'un rapport par un autre.

384. L'obligation principale qui pèse sur l'assureur est une obligation de donner une somme d'argent ; le réassureur ne peut être tenu d'obligation de faire au lieu et place de l'assureur, telle une obligation de représentation en justice, du fait que la réassurance est un *res inter alios acta*. Quant à l'étendue de l'obligation de couverture qui pèse sur le réassureur, elle est tributaire du caractère de la réassurance. Celle-ci peut être obligatoire<sup>1237</sup>, facultative<sup>1238</sup>, ou semi-obligatoire<sup>1239</sup>. Elle peut être aussi proportionnelle<sup>1240</sup> ou non proportionnelle<sup>1241</sup>.

Il convient d'appliquer à la réassurance le principe du partage des sorts ou l'identité de fortune, qui signifie que la réassurance porte sur les risques tels que couverts par la cédante, et toute modification qui intervient<sup>1242</sup> doit être communiquée au réassureur. Selon les stipulations contenues dans le traité de réassurance, le degré de l'identité des sorts est plus ou moins étendu. C'est pourquoi les auteurs préfèrent employer l'expression « principe du risque originel » au lieu de l'expression « identité des sorts », puisque c'est le risque originel, que le réassureur supporte quantitativement ou qualitativement<sup>1243</sup>.

---

<sup>1235</sup>La réassurance reste un *res inter alios acta* conformément à l'article 1165 du code civil et à l'article L. 111-3 du code des assurances. L'assuré ne peut agir par action directe contre le réassureur mais il peut exercer l'action oblique. De même, le réassureur peut agir par voie oblique contre l'assuré pour le paiement des primes, mais pas par action directe.

<sup>1236</sup>Article L111-3 du code des assurances : « dans tous les cas où l'assureur se réassure contre les risques qu'il a assurés ou les transfère à un véhicule de titrisation mentionné à l'article L. 310-1-2, il reste seul responsable vis-à-vis de l'assuré. »

<sup>1237</sup>Les deux parties sont obligées de céder et d'accepter.

<sup>1238</sup>Les deux parties sont libres.

<sup>1239</sup>Seul le réassureur est obligé d'accepter. On peut faire l'analogie avec l'ouverture de crédit, le client étant libre de l'utiliser ou pas. En d'autres termes il s'agit d'une offre permanente d'assurance.

<sup>1240</sup>Quote-part dans chaque sinistre. Cette forme d'assurance est dite aussi de sommes, ou de partage de risques.

<sup>1241</sup>Dépassement d'un seuil. Cette forme est dite aussi de dommages/d'excédent d'indemnisation.

<sup>1242</sup>Telle qu'une aggravation ou une diminution des risques.

<sup>1243</sup>C'est-à-dire en fonction du type de risque.

385. La réassurance est régie par les articles L. 310-1-1<sup>1244</sup> et s. du code des assurances<sup>1245</sup>, issus d'une ordonnance de 2008, qui transpose la directive « réassurance » du 16 novembre 2005. La réassurance est exclue des titres I, II et III du livre 1 du code des assurances de façon expresse par l'article L. 111-1 alinéa 1 du même code<sup>1246</sup>. Elle est soumise à la liberté contractuelle<sup>1247</sup>, ce qui se justifie par le fait que les deux contractants sont des professionnels placés sur un même pied d'égalité.

386. La réassurance n'est pas une cession de contrat soumise à l'exigence de l'article 1690 du code civil, l'assureur et l'assuré étant toujours contractuellement liés. Elle n'est pas non plus un mandat (l'assuré ne traite qu'avec l'assureur et non avec le réassureur), ni une caution, contrat unilatéral et accessoire (la réassurance est un contrat synallagmatique, conclu à titre principal).

La réassurance diffère également de la coassurance<sup>1248</sup>, dite aussi consortium. C'est le contrat en vertu duquel plusieurs assureurs garantissent solidairement un même risque en vertu d'un même contrat ; l'assuré pouvant recourir pour l'intégralité de l'indemnité, contre l'assuré de son choix. La réassurance est qualifiée d'assurance malgré une opinion contraire qui considère qu'il s'agit d'un contrat *sui generis*<sup>1249</sup>. Cette opinion s'appuie sur l'alinéa 1 de l'article L. 111-1 du code des assurances précité, qui exclut expressément la réassurance des titres I, II et III du livre 1 pour renforcer son point de vue.

La directive européenne sur la réassurance du 16 novembre 2005, assimile la réassurance à l'assurance<sup>1250</sup>. De même en droit comparé, les lois argentine, allemande et finlandaise, considèrent que la réassurance est une assurance<sup>1251</sup>.

---

<sup>1244</sup>Article L. 310-1-1 du code des assurances : « la réassurance est l'activité d'un organisme, autre qu'un véhicule de titrisation mentionné à l'article L. 310-1-2, qui consiste à accepter des risques d'assurance cédés, soit par une entreprise d'assurance ou par une autre entreprise de réassurance, soit par les mutuelles ou unions régies par le livre II du code de la mutualité, soit par les institutions de prévoyance et leurs unions régies par les dispositions du titre III du livre IX du code de la sécurité sociale. »

<sup>1245</sup>Sans oublier la partie réglementaire correspondante.

<sup>1246</sup>Article L. 111-1 alinéa 1 du code des assurances : « les titres I, II et III du présent livre ne concernent que les assurances terrestres. A l'exception des articles L. 111-6, L. 112-2, L. 112-4, L. 112-7 et L. 113-4-1, ils ne sont applicables ni aux assurances maritimes et fluviales, ni aux opérations d'assurance crédit ; les opérations de réassurance conclues entre assureurs et réassureurs sont exclues de leur champ d'application. »

<sup>1247</sup>Une des conséquences de cette liberté, est l'inapplication de la réglementation sur les clauses abusives.

<sup>1248</sup>Définition de la coassurance : assurance d'un même risque par plusieurs assureurs, qui sans solidarité, prennent en charge une quote-part déterminée de celui-ci. Vocabulaire juridique Cornu.

<sup>1249</sup>M. Hagopian, « La nature juridique de la réassurance », *Mélanges en l'honneur du professeur J. Bigot*, LGDJ 2010, page 173.

<sup>1250</sup>« Aux fins de la présente directive, on entend par réassurance l'activité qui consiste à accepter des risques cédés par une entreprise d'assurance ou par une autre entreprise de réassurance ».

<sup>1251</sup>M. Hagopian, *V° Réassurance Jurisclasseur responsabilité civile et assurances*, page 39, numéro 64.

La circulation du risque peut se poursuivre et atteindre un troisième degré, si le réassureur décide de conclure une rétrocession. Celle-ci est « un contrat par lequel l'une des parties – le récessionnaire – accepte de prendre en charge, dans des proportions et suivant des modalités variables, les conséquences dommageables des engagements que l'autre partie – appelée récedant ou récessionnaire – a contractés du chef des contrats de réassurance qu'elle a conclus avec des cédante »<sup>1252</sup>. La circulation peut atteindre un quatrième et un cinquième degré, par le biais de chaînes de rétrocession, ce qui conduit à assurer une meilleure mutualisation du risque.

387. La contre garantie<sup>1253</sup> est un autre exemple de contrat de transfert de risque au second degré. « Il n'existe pas un type unique de contre garantie, mais bien une pluralité d'opérations susceptibles de protéger l'émetteur d'une garantie contre une perte financière. »<sup>1254</sup> Dans la contre garantie, le créancier est complètement tiers, il ne peut poursuivre le contre garant sur la base de la solidarité avec le premier garant. La relation se limite entre le garant et le co-garant. Certaines contre garanties sont émises en *pool*<sup>1255</sup>. Il peut y avoir des chaînes de contre garantie<sup>1256</sup>. Ces dernières pouvant être réelles ou personnelles.

Le sous-cautionnement<sup>1257</sup> est un exemple de contre-garantie<sup>1258</sup> : la caution, débitrice de l'obligation de couverture, est garantie d'être remboursée lorsqu'elle se retourne contre le débiteur principal. Dans le sous-cautionnement, le créancier est un tiers à l'opération, et son consentement n'est point requis. La sous-caution doit être traitée comme n'importe quelle caution.<sup>1259</sup>

388. Dans les *pools* occultes en risque uniquement, qui se ramènent à un cautionnement donné à l'insu du débiteur, la banque participante ne peut céder sa dette de prise en charge qu'avec le consentement de son créancier, à savoir la banque chef de file. De même, pour céder le contrat de *pool*, qui s'analyse en une cession

---

<sup>1252</sup>M. Hagopian, *V° Réassurance, op. cit.*

<sup>1253</sup>C. Houin-Bressand, *Les contre-garanties*, Dalloz, nouvelle bibliothèque de thèses, 2006.

<sup>1254</sup>*Ibidem*, page 16 numéro 7.

<sup>1255</sup>*Ibid.*, page 123 numéro 138.

<sup>1256</sup>*Ibid.*, page 124 numéro 139.

<sup>1257</sup>Le sous-cautionnement est différent de la certification de la caution, voir *supra* numéro 87.

<sup>1258</sup>La contre-garantie est différente du sous contrat, celui-ci étant la convention qui permet à l'une des parties à un premier contrat d'opérer une substitution destinée, soit à se décharger d'une prestation (sous traitance), soit à tirer profit d'un transfert de jouissance (sous location). Voir en ce sens, J. Neret, *Le sous-contrat*, LGDJ, 1979.

simultanée de créances et de dettes, la banque participante devra respecter les formalités de l'article 1690 du code civil, et obtenir le consentement de la banque chef de file. Il existe toutefois un moyen pour la banque participante de faire circuler le risque sans le consentement de son créancier en concluant à son tour une opération de *pool* bancaire, qui soit occulte et en risque uniquement. Ce qui signifie qu'elle peut devenir chef de file d'une sous-syndication. Et ainsi de suite. Il s'agit d'un contrat en marge du contrat de syndication initiale, et qui n'a d'effet qu'entre les parties contractantes.

389. Dans les contrats financiers, avant l'arrivée de l'échéance, la qualité de débiteur ou de créancier n'est pas encore cristallisée. Ce qui signifie qu'il n'y a pas encore de dette ou de créance de couverture, quoique l'article L. 211-37 du code monétaire et financier<sup>1260</sup> prévoit la cession de créances, le texte gardant le silence sur la cession de dettes. Il est possible pour chaque contractant de conclure un contrat en sens inverse, qui lui permet de sortir du marché avant l'arrivée de l'échéance. C'est ce qu'on appelle faussement la « négociabilité » des contrats financiers. Cette sortie du marché avant l'échéance du terme se fait librement, sans le consentement de l'autre partie. La contre opération sur les marchés financiers est un transfert de risque au second degré. En effet, « le transfert de risque sur le plan économique repose juridiquement sur la souscription d'un nouvel engagement et non sur la transmission d'un engagement initial. L'opérateur transfère le risque afférent à sa position ; l'engagement initial n'est pas résilié, mais simplement exécuté par compensation grâce à la conclusion de la contre opération »<sup>1261</sup>.

## §5. Le régime du transfert au second degré

390. Pour régir le contrat de transfert de risque au second degré, il convient d'appliquer le régime du contrat qui a « accueilli » le risque au second degré.

---

<sup>1259</sup>Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, op. cit., page 129, numéro 119.

<sup>1260</sup>Article L. 211-37 du CMF: « la cession de créances afférentes aux obligations financières mentionnées à l'article L. 211-36 est opposable aux tiers du fait de la notification de la cession au débiteur. La cession de contrats afférents aux obligations financières mentionnées à l'article L. 211-36 est opposable aux tiers du fait de l'accord écrit des parties ».

<sup>1261</sup>F. Collart Dutilleul, E. Le Dolley, *Droit, économie et marchés de matières premières agricoles*, LGDJ, 2013, page 108.

Comme il s'agit d'un nouveau contrat, la loi applicable en droit international privé sera recherchée en fonction de ce nouveau contrat, indépendamment de celle applicable au contrat qui a opéré le transfert au premier degré.

391. La question se pose de savoir s'il existe un lien d'accessoire entre le contrat de transfert de risque au premier degré, et le contrat de transfert de risque au second degré, vu qu'il s'agit dans les deux opérations du même risque<sup>1262</sup>, et non d'un risque nouveau. En d'autres termes, si le contrat de transfert de risque au premier degré est anéanti pour une raison ou pour une autre<sup>1263</sup>, cet anéantissement affectera-t-il le contrat de transfert de risque au second degré? C'est souvent le débiteur de l'obligation de couverture au premier degré qui aura intérêt à se prévaloir d'un tel raisonnement : celui-ci trouvera que le transfert au second degré qu'il a effectué est devenu inutile, et voudra se délier du second contrat, notamment de son obligation de payer une prime. Tout comme le transfert au premier degré, le transfert au second degré peut être principal ou accessoire, et uniquement dans ce dernier cas, il convient d'appliquer la règle « l'accessoire suit le principal ».

392. Un autre fondement pourrait être tiré de l'absence de cause. Si on se base sur la cause de l'obligation, l'argument sera rejeté, car celle-ci existe bel et bien : il s'agit de la couverture du risque si l'on se place du côté du créancier, et de sa contrepartie si l'on se place du côté du débiteur. S'il s'agit de la cause du contrat, le motif impulsif et déterminant de la conclusion du contrat de transfert de risque au second degré est de se couvrir du risque même que l'on prend en charge en vertu du contrat de transfert de risque au premier degré. La jurisprudence n'accepte d'anéantir une opération que si le motif impulsif et déterminant a été intégré au contrat, ou si les parties décident de lier par une clause expresse le sort des deux contrats. Ce qui est rarement le cas. Par conséquent en l'absence d'une telle intégration, le cessionnaire au second degré ne pourra se délier de son obligation de couverture.

393. La circulation du risque permet de satisfaire un besoin d'optimisation de la sécurité, que le législateur encourage. Cette circulation du risque, qui peut se faire à plusieurs degrés, permet une meilleure mutualisation, en même temps qu'une

---

<sup>1262</sup>Ou d'une partie de ce même risque.

« dilution » du risque. La circulation du risque favorise la conclusion de contrats, donc les relations économiques, ce qui peut être un indice de santé économique. Elle permet également qu'un même risque (ou du moins une partie), soit pris en charge par plusieurs personnes, ce qui signifie que l'obligation de couverture aura plus de chances d'être exécutée. Mais le revers de la médaille est que le cessionnaire au premier degré table sur le cessionnaire au second degré pour pouvoir remplir son obligation à l'égard du cédant, et ainsi de suite. Ce qui signifie, que si un maillon de la chaîne défaille, cela entraînerait des défaillances en cascades. De plus, les contrats de transfert de risque ne créent pas des richesses à double sens: c'est seulement un des contractants qui sortira « gagnant de l'opération »<sup>1264</sup>. Concrètement, dans les contrats de transfert de risque avec prime, de deux choses l'une : soit le créancier aura déboursé une prime inutilement, le risque ne s'étant pas réalisé. Soit le débiteur aura payé une indemnité supérieure à la prime reçue. Et dans les contrats de transfert de risque avec transfert parallèle de risque, à l'échéance, un des contractants devra payer une certaine somme, sans avoir reçu de contrepartie matérielle.

Malgré ces inconvénients nous pensons, et en vertu de la liberté contractuelle, qu'il faut opter pour la solution la plus libérale et favoriser la circulation du risque.

---

<sup>1263</sup>Nullité, résolution, résiliation, caducité.

<sup>1264</sup>Nous n'incluons pas les contrats de transfert de risque à titre gratuit, puisque par définition, il y a intention libérale de la part du débiteur de l'obligation de prise en charge.

## Conclusion du chapitre 2

394. Conformément au droit commun, le contrat de transfert de risque est opposable aux tiers, qui peuvent l'invoquer en tant que fait juridique. Mais ils ne pourront exercer ni l'action paulienne, (intentée par les créanciers du débiteur de l'obligation de prise en charge) si le contrat de transfert de risque donne naissance à une obligation de couverture conditionnelle<sup>1265</sup>, ni l'action indirecte (intentée par les créanciers du créancier de l'obligation de prise en charge). Le tiers peut, en vertu d'un contrat de transfert de risque, être le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, et disposer ainsi d'un droit direct.

Une action directe n'est ouverte qu'en vertu d'un texte exprès, ce qui est le cas des tiers victimes en matière d'assurance de responsabilité.

La subrogation réelle et les privilèges sur l'indemnité versée en exécution d'une obligation de couverture ne sont possibles qu'en vertu d'un texte clair. Et lorsque l'obligation de couverture devient exigible, elle fait partie du droit de gage général des créanciers. La recherche nous a aussi révélé que le débiteur de l'obligation de couverture peut conclure en vertu de la liberté contractuelle un contrat afin transmettre la charge du risque à un tiers, sans pour autant se décharger de son obligation à l'égard de son créancier ; c'est ce qu'on a appelé le transfert du risque au second degré.

Autrement dit, s'agissant des effets d'un contrat de transfert de risque à l'égard des tiers, nous n'avons pas retrouvé de solutions particulières : le fait que l'obligation caractéristique d'un contrat de transfert de risque soit différée, n'est pas un obstacle à l'application des solutions de droit commun.

---

<sup>1265</sup> Par contre, une telle action est possible, si l'obligation de couverture est assortie d'un terme suspensif.

## CONCLUSION DU TITRE 2

395. Une fois valablement formé, le contrat de transfert de risque va déployer des effets entre les parties et à l'égard des tiers.

Une obligation de couverture va naître entre les parties ; elle est assortie d'une condition suspensive ou d'un terme. Cette obligation est particulière, en ce sens qu'elle peut évoluer en fonction de l'évolution du risque. Le contrat de transfert de risque est opposable aux tiers, qui peuvent s'en prévaloir en tant que fait juridique. Le débiteur de l'obligation de couverture peut conclure, au nom de la liberté contractuelle, un contrat de transfert de risque au second degré, tout en restant le seul et unique interlocuteur du créancier.

En d'autres termes, et s'agissant des effets du contrat de transfert de risque, l'originalité par rapport au droit commun se retrouve au niveau des effets entre les parties et non pas au niveau des effets entre les tiers, en ce sens que c'est l'obligation de couverture différée et évolutive (prestation caractéristique) qui permet d'affirmer que le contrat de transfert de risque est un contrat spécial.

## Conclusion de la deuxième partie

---

396. La formation d'un contrat de transfert de risque, se caractérise par la nécessité de l'existence d'un risque sérieux, transférable et déterminé ou déterminable, sous peine de disqualification ou de nullité relative. Ce risque, qui est défini comme un évènement incertain ayant des conséquences dommageables, doit être révélé au contractant cessionnaire, à travers une obligation précontractuelle d'information pesant sur le cédant. A noter que certains contrats de transfert de risque doivent réunir pour leur formation des conditions spéciales supplémentaires.

Le contrat de transfert de risque donne naissance à une obligation de couverture conditionnelle ou à terme, qui, pour être exécutée, doit faire l'objet d'une déclaration du sinistre de la part du créancier. Il convient de noter que le débiteur ne supporte pas nécessairement la charge finale du risque, puisqu'il dispose dans certains cas d'un recours subrogatoire. Le risque évolue de différentes manières et affecte l'obligation de couverture, que ce soit par sa disparition, son aggravation, sa diminution ou par l'apparition d'un nouveau risque.

En cas d'inexécution de l'obligation de couverture, des remèdes de droit commun ou spéciaux sont prévus. Le contrat de transfert de risque peut donner lieu à des litiges, que ceux-ci soient nationaux ou internationaux, et qui seront soumis selon les cas au droit commun ou à des règles plus spéciales. Enfin, le contrat de transfert de risque s'éteint par la résolution, la résiliation ou la caducité, que ce soit pour des motifs tirés du droit commun ou des dispositions spéciales.

Quant aux tiers, créanciers de l'une ou de l'autre des parties au contrat peuvent s'en prévaloir sous certaines conditions. Le risque peut circuler, lorsque le débiteur de l'obligation de couverture décide à son tour de conclure une opération de transfert de risque.

Aux termes de notre étude sur le régime des contrats de transfert de risque, il ressort que celui-ci est composé de trois socles : un droit spécial des contrats de transfert de risque, un droit commun des contrats de transfert de risque, et le droit commun des contrats en général. Ces trois socles doivent s'appliquer en respectant la règle *specialia generalibus derogant*.

Notre objectif était de retrouver, à partir des règles spéciales, par extrapolation si les conditions de l'analogie sont remplies ou de toute pièce, ce socle intermédiaire, qui a

vocation à régir les contrats de transfert de risque à titre subsidiaire. La particularité de ce socle intermédiaire par rapport au droit commun se retrouve à deux endroits. D'abord au niveau de la formation du contrat de transfert de risque, qui nécessite de réunir un élément constitutif catégorique, à savoir le risque. Ensuite au niveau des effets du contrat, en ce que celui-ci donne naissance à une obligation caractéristique (obligation de couverture) différée et évolutive.

## Conclusion générale

---

397. En observant la pratique contractuelle, il est possible de distinguer entre une couverture du risque sans transfert<sup>1266</sup>, et une couverture du risque avec transfert. Nous avons choisi de traiter la deuxième hypothèse uniquement, dans laquelle la maîtrise du risque et de la prise en charge de ses conséquences est l'affaire d'un autre. « C'est la charge financière du risque qui est transférée, et non le risque lui-même; son porteur paie le prix de sa couverture ».<sup>1267</sup>

Malgré un vocabulaire anglosaxon qui entoure les contrats de transfert de risque objet de la présente étude, « la théorie générale des obligations nous a permis de ramener des schémas apparemment atypiques à une réalité plus classique. »<sup>1268</sup>

On a pu observer un mouvement de « nomination » et de « spécialisation » des contrats, ainsi qu'un phénomène de massification et d'anonymisation de ceux-ci.

De l'étude des dérivés de crédit, qui sont expressément qualifiés de contrats de transfert de risque par le législateur, ainsi que des autres contrats de transfert de risque non expressément qualifiés comme tels, nous avons pu définir le contrat de transfert de risque comme étant l'accord de volonté en vertu duquel une partie appelée cessionnaire, s'engage à l'égard d'une autre partie appelée cédant<sup>1269</sup>, à une obligation de faire ou de donner, en contrepartie d'une prime, d'un engagement réciproque ou par intention libérale, lorsque la réalisation d'un évènement incertain préalablement défini, engendre des conséquences dommageables pour l'autre partie.<sup>1270</sup>

Pour être en présence d'un contrat de transfert de risque, il faut réunir les trois éléments suivants : une fonction de couverture, un risque, qui joue le rôle d'élément constitutif catégorique et une obligation de couverture différée<sup>1271</sup>.

A côté du contrat d'assurance, archétype des contrats de transfert de risque, nous avons recensé des « modes alternatifs de transfert de risque »<sup>1272</sup>. Ceux-ci peuvent

---

<sup>1266</sup>Un opérateur met de côté les excédents monétaires engendrés par un projet pour faire face à une diminution future des surplus monétaires.

<sup>1267</sup>Th. Pez, Le risque dans les contrats administratifs, *op. cit.*, page 468, numéro 741.

<sup>1268</sup>A. Couret, « Les aspects juridiques des opérations financières de gré à gré », *IVème rencontres juridiques de la BNP, la couverture des risques par les opérations de marché, op. cit.*

<sup>1269</sup>Ou à l'égard d'un tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui.

<sup>1270</sup>Ou pour un tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui.

<sup>1271</sup>Qui est soit une obligation de donner, ou une obligation de faire.

être nommés ou innommés, et dans les deux hypothèses ils peuvent être principaux ou accessoires.

Pour la formation d'un contrat de transfert de risque, et à côté des conditions exigées par l'article 1108 du code civil, un risque sérieux, transférable et déterminé doit préexister à la conclusion du contrat, sous peine de disqualification ou de nullité relative. Ce risque doit être révélé au cessionnaire du risque.

Le contrat de transfert de risque donne naissance à une obligation de donner ou de faire, assortie selon les cas, d'une condition suspensive ou d'un terme suspensif. Jusqu'à la réalisation de la condition ou l'arrivée de l'échéance, les parties ainsi que les tiers peuvent sous certaines conditions se prévaloir dudit contrat.

Le risque étant par nature évolutif, sa disparition, son augmentation, sa diminution et l'apparition d'un nouveau risque, ont des conséquences sur l'obligation de couverture. Le risque peut être rétrocédé, et faire l'objet d'un transfert au second degré. Enfin, le contrat de transfert de risque peut faire l'objet de litiges, nationaux ou internationaux, soumis selon les cas au droit commun ou à des règles plus spéciales. Il s'éteint pour des motifs de droit commun ou pour des motifs propres à tous les contrats de transfert de risque ou à certains d'entre eux.

Ayant démontré l'existence d'une catégorie autonome de contrats de transfert de risque, on peut dire que « tous les genres de contrats sont inventés et connus depuis longtemps. Ce qui est possible et qu'on voit se réaliser de temps à autre avec le progrès de la civilisation, de l'économie et les transformations lentes des mœurs et des institutions, c'est la création de nouveaux OBJETS de contrats... c'est le cas des esclaves durant l'antiquité et des fiefs au moyen-âge »<sup>1273</sup>. Dans notre cas, l'objet du contrat de transfert de risque est la couverture des conséquences dommageables d'un événement incertain dans sa réalisation, dans sa date de réalisation ou dans l'étendue de sa réalisation ; le risque n'étant pas un bien susceptible d'être transféré.

« Il reste à bâtir un contrat type de transfert de risque au lieu et place des instruments empruntant un nom angliciste peu explicite. Ce contrat sera dénommé « opération de

---

<sup>1272</sup>Analogie avec la médiation, la conciliation, l'arbitrage, et la convention de procédure participative, qui sont des modes alternatifs de règlement des litiges.

<sup>1273</sup>M. Planiol, « Classification synthétique des contrats », *Rev. crit. législ. et jur.* 1904, pages 483 et 484.

transfert de risque et stipulerait l'objet, les modalités et les effets de la transmission des risques, à une ou plusieurs personnes. »<sup>1274</sup>

Au lieu de ce contrat type, nous avons préféré proposer un ensemble de règles régissant les contrats de transfert de risque, l'imagination des parties et la liberté contractuelle rendant la première tâche impossible. Cet ensemble pourrait s'insérer dans le code civil au lieu et place du livre quatrième intitulé « les sûretés », ces dernières n'étant qu'une espèce d'un genre plus large : celui des contrats de transfert de risque.

## **Proposition de thèse**

### **Titre 1 : du contrat de transfert de risque en général**

#### **Article 1 : définition du contrat de transfert de risque**

Le contrat de transfert de risque est l'accord de volonté en vertu duquel une partie dite cessionnaire, s'engage à l'égard d'une autre partie dite cédant<sup>1275</sup>, à une obligation de faire ou de donner, en contrepartie d'une prime, d'un engagement réciproque ou par intention libérale, lorsque la réalisation d'un évènement incertain préalablement défini, engendre des conséquences dommageables pour l'autre partie dite cédant<sup>1276</sup>.

En principe, le contrat de transfert de risque est onéreux, mais rien ne s'oppose à ce qu'il soit gratuit.

Il peut être à exécution instantanée ou successive, avec ou sans *intuitu personae*.

Il est consensuel, sauf texte contraire exprès.

Le contrat de transfert de risque peut être principal ou accessoire. Dans ce dernier cas, on applique la règle selon laquelle l'accessoire suit le principal et l'opposabilité des exceptions.

#### **Article 2 : définition du risque**

Le risque est un évènement incertain dans sa réalisation, dans le moment ou dans l'étendue de sa réalisation, auquel s'attachent des conséquences dommageables.

Le risque doit exister au moment de la conclusion du contrat, sous peine de nullité relative ou de disqualification. Il doit être conforme aux textes impératifs, aux bonnes mœurs et à l'ordre public, sous peine de nullité absolue. Le risque, en l'absence de

---

<sup>1274</sup> P. Mousseron, S. Praicheux, "....Et le risque devint produit", in *Mélanges AEBDF-France V*.

<sup>1275</sup> Ou à l'égard d'un tiers.

<sup>1276</sup> Ou pour un tiers, ce dernier bénéficiant d'une stipulation pour autrui.

texte exprès qui interdit ou au contraire impose sa prise en charge, doit faire l'objet d'une détermination précise par les parties sous peine de nullité relative. Il ne peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers, ni être fixé par le juge.

Le risque ne doit pas être purement potestatif, sous peine de nullité absolue, sauf texte contraire exprès. Il peut être putatif ou composite.

Le risque doit être sérieux; le risque est considéré comme non sérieux, soit lorsqu'il y a certitude que le risque ne se réalisera pas, soit lorsqu'il y a certitude que le risque s'est déjà réalisé. A défaut, il s'agirait d'une hypothèse d'absence de risque.

#### Article 3 : parties au contrat

La partie qui couvre le risque peut être un simple particulier ou un professionnel règlementé. Dans ce dernier cas, et en présence d'un texte exprès en ce sens, le défaut d'agrément par l'autorité compétente entraîne la nullité absolue du contrat de transfert de risque. Dans le cas contraire, le défaut d'agrément donnerait droit uniquement à des dommages-intérêts.

#### Article 4 : conclusion du contrat

Le contrat de transfert de risque est parfait dès qu'il y a accord des parties sur le risque et sur la contrepartie de l'obligation de couverture de ce risque. Le transfert de risque peut être total ou partiel. Le contrat prend effet immédiatement sauf volonté contraire des parties.

#### Article 5 : effet du contrat de transfert de risque

Le contrat de transfert de risque donne naissance à une obligation de couverture, qui est soit une obligation de faire soit une obligation de donner. Cette obligation est soit à terme, soit sous condition suspensive de réalisation du risque. Dans ce dernier cas, si le cédant du risque provoque la réalisation du risque, il est déchu de son droit à l'exécution de la prestation promise.

#### Article 6 : disparition du risque

En cas de disparition du risque postérieurement à la conclusion du contrat, ce dernier devient caduc.

#### Article 7 : apparition d'un risque nouveau

Un risque non prévu initialement et apparu en cours de contrat n'est pas couvert par le cessionnaire, sauf accord exprès des parties, moyennant ou non rémunération supplémentaire.

### **Titre 2 : des effets du contrat de transfert de risque entre cédant et cessionnaire**

## **Chapitre 1 : obligations et droits du cédant**

### **Section 1 : obligations du cédant**

#### **Article 8 : obligation précontractuelle de déclaration des risques**

Le cédant doit révéler à son cocontractant, au moment de la conclusion du contrat, l'évènement incertain susceptible d'engendrer les conséquences dommageables, ainsi que tous les éléments nécessaires à l'appréciation du risque et à la détermination du coût de sa couverture. L'information doit être déterminante et inconnue de l'autre contractant.

Le manquement à ladite obligation entraîne la nullité relative du contrat, et le versement de dommages-intérêts conformément au droit commun, sauf texte exprès qui prévoit une sanction différente.

#### **Article 9 : paiement de la prime**

Le cédant est tenu de payer la contrepartie de la couverture du risque à la date et de la manière établie au contrat. A défaut de paiement, le contrat sera résolu.

#### **Article 10 : obligation d'information continue sur le risque**

En cas d'aggravation du risque en cours de contrat, le cédant doit, sous peine de résiliation avec conservation des primes, en informer immédiatement le cessionnaire par tous moyens. Ce dernier a le choix entre la résiliation du contrat avec restitution de la partie correspondante de la prime, et une augmentation de la prime. Il doit adresser une lettre recommandée précisant son choix dans un délai raisonnable courant à partir de sa prise de connaissance de ladite augmentation. A défaut, le contrat est réputé résilié.

En cas de diminution du risque en cours de contrat, le cédant doit, en informer immédiatement le cessionnaire par tous moyens. Ce dernier a le choix entre la résiliation du contrat avec restitution de la partie correspondante de la prime, et une diminution de la prime. Il doit adresser une lettre recommandée précisant son choix dans un délai raisonnable courant à partir de sa prise de connaissance de ladite diminution. A défaut, le contrat est réputé résilié.

#### **Article 11 : déclaration du sinistre**

Le cédant doit déclarer dans un délai raisonnable la réalisation du risque, sous peine de déchéance. Ce délai peut être fixé par une clause contractuelle.

En cas de stipulation pour autrui, le délai court à partir de la connaissance par le bénéficiaire de l'existence du contrat de transfert de risque.

### **Section 2 : droits du cédant**

### Article 12 : en cas d'obligation de couverture conditionnelle

Le créancier de l'obligation de couverture peut la céder ou encore y renoncer et même y renoncer conditionnellement. Mais il ne peut exiger l'exécution de ladite obligation. Il ne peut procéder à aucun acte d'exécution, mais uniquement à des actes conservatoires et obtenir des garanties. Il ne peut exercer par voie oblique les actions de son débiteur. Il ne peut non plus exercer l'action paulienne.

La prescription ne court pas contre lui.

Ces droits se transmettent, en cas de décès, à ses héritiers.

Si la condition ne se réalise pas, le contrat est caduc.

### Article 13 : en cas d'obligation de couverture à terme

Le créancier de l'obligation de couverture n'a pas d'action en paiement contre son débiteur, et la compensation avec une autre dette n'est pas possible. Il peut prendre des mesures conservatoires, mais ne peut exercer ni l'action oblique ni l'action paulienne. La prescription ne court pas contre lui.

## **Chapitre 2 : droits et obligations du cessionnaire**

### Article 14 : obligation de règlement du sinistre

Le débiteur de l'obligation de couverture doit s'exécuter immédiatement après la déclaration du sinistre par le cédant ou le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, sous peine de dommages-intérêts.

Avant la réalisation de la condition ou l'échéance du terme, le cessionnaire n'est pas tenu envers son créancier, et ne peut le contraindre à recevoir son paiement, notamment par une offre avec consignation

En cas de décès du cessionnaire, il y a transmission passive à ses héritiers.

### Article 15 : charge finale du risque

Le cessionnaire dispose d'un recours subrogatoire de plein droit conformément au droit commun, lorsque les conséquences dommageables engendrées par la réalisation du risque sont le fait d'un tiers.

Une subrogation conventionnelle peut également être prévue par les parties.

### Article 16 : transfert du risque au second degré

Le cessionnaire peut à son tour conclure un contrat en vertu duquel il transmet tout ou partie de sa dette à un tiers, sans l'intervention de son créancier, tout en restant le seul et unique interlocuteur de ce dernier. Le transfert de risque au second degré est un *res inter alios acta*, et n'affecte en rien la situation du créancier initial de l'obligation de couverture.

### **Titre 3 : effets à l'égard des tiers**

#### **Article 17 : avant la réalisation du risque**

Les tiers auxquels le contrat de transfert de risque est opposable, peuvent invoquer le contrat en tant que fait juridique et peuvent exercer l'action paulienne lorsque l'obligation de couverture est assortie d'un terme, mais non lorsqu'elle est assortie d'une condition. Dans tous les cas, ils ne peuvent exercer l'action oblique.

#### **Article 18 : après la réalisation du risque**

L'indemnité de couverture fait partie du droit de gage des créanciers.

Les tiers bénéficiaires d'une stipulation pour autrui ont un droit propre et direct sur celle-ci.

En présence d'un texte exprès, ils peuvent exercer l'action directe. L'indemnité de couverture peut faire l'objet d'une subrogation réelle en présence d'un texte exprès ou d'une clause contractuelle en ce sens.

### **Titre IV : preuve et litiges relatifs au contrat de transfert de risque**

#### **Article 19 : la preuve**

En dehors d'un texte spécial qui exige un écrit *ad probationem* ou un autre formalisme probatoire, la preuve des contrats de transfert de risque se fait conformément au droit commun, en tenant compte de la liberté de la preuve en matière commerciale.

#### **Article 20 : tribunal compétent en matière interne**

Sous réserve d'un texte exprès contraire :

\*Lorsque le demandeur est le créancier de l'obligation de couverture, et si cette dernière est une obligation de donner une somme d'argent, le demandeur doit saisir le tribunal du lieu d'exécution de la prestation, qui est en même temps le tribunal du domicile du débiteur ; le paiement étant en principe quérable. Par contre s'il s'agit d'une obligation de faire, le demandeur doit saisir le tribunal du lieu de l'exécution de la prestation, ce lieu étant le plus souvent le domicile du créancier.

\*Lorsque le demandeur est le débiteur de l'obligation de couverture, il doit saisir le tribunal du domicile du défendeur.

Les clauses attributives de juridiction sont valables conformément au droit commun, sauf en matière de consommation où elles sont considérées comme abusives.

#### **Article 21 : médiation et arbitrage**

La médiation est possible dans tous les contrats de transfert de risque sauf en matière de consommation. L'arbitrage est également possible, sous réserve de matières

intéressant l'ordre public. En matière de consommation, un compromis, contrairement à une clause compromissoire considérée comme abusive, serait valable. Cette distinction n'a pas lieu d'être si l'arbitrage est international, hypothèse dans laquelle la clause et le compromis sont tous les deux valables.

#### Article 22 : loi applicable

A défaut de choix par les parties, et sous réserve d'un texte contraire, le contrat est régi par la loi du lieu où le débiteur de l'obligation de couverture a sa résidence habituelle.

#### Article 23 : tribunal compétent en matière internationale

Le tribunal compétent est déterminé, *mutatis mutandis*, conformément à l'article 20 susmentionné.

### **Titre V : extinction d'un contrat de transfert de risque**

#### Article 24 : nullité du contrat de transfert de risque

La nullité d'un contrat de transfert de risque peut résulter du droit commun, de l'absence du risque ou de l'un de ses caractères au moment de la conclusion du contrat ou d'un texte spécial.

#### Article 25 : résolution et résiliation du contrat de transfert de risque

Le contrat de transfert de risque est résolu s'il est à exécution instantanée et résilié s'il est à exécution successive, en cas d'inexécution des obligations par l'une des parties.

En principe ces deux sanctions sont prononcées judiciairement, sauf la résolution/résiliation<sup>1277</sup> en cas de manquement grave par le co contractant à ses obligations.

Le contrat de transfert de risque est également résolu ou résilié en cas de réalisation de la condition résolutoire, par l'arrivée du terme extinctif ou par consentement mutuel.

Elle peut aussi être unilatérale sous réserve d'abus dans les contrats à durée indéterminée, ainsi que dans les contrats à durée déterminée si elle est prévue par une clause contractuelle, ou si elle est expressément autorisée par la loi.

Le contrat de transfert de risque conclu *intuitu personae* est éteint par le décès d'un des contractants.

#### Article 26 : caducité du contrat de transfert de risque

En cas de disparition du risque en cours de contrat, celui-ci devient caduc.

---

<sup>1277</sup> On parle aussi de résolution/résiliation à ses risques et périls.

Pour les contrats de transfert de risque à caractère accessoire, la résolution, résiliation ou caducité du contrat principal entraîne la caducité de la sûreté accessoire.

Article 27 : disposition finale

Tous les contrats de transfert de risque sont régis par les règles ci-dessus, dites « règles communes »

Certains contrats de transfert de risque sont soumis à des dispositions législatives expresses, dites « règles spéciales ». Dans ce cas, il convient d'appliquer la règle *specialia generalibus derogant*.

Les parties ont la possibilité de conclure des contrats de transfert de risque innommés. Ces derniers seront régis par les « règles communes », et par les « règles spéciales », par voie d'analogie et en considération des affinités qu'ils présentent avec les opérations nommées déterminées.

## Bibliographie

---

### Ouvrages généraux, traités, manuels et cours

Ancey (C.), *L'assurance, sa technique, son mécanisme*, LGDJ, 1933.

Aubry (C.) et Rau (C.), *Droit civil français, Tome VI, Contrats civils divers, quasi-contrats, responsabilité civile*, 7<sup>ème</sup> édition, Litec, 1975.

Auckenthaler (F.), *Droit des marchés de capitaux*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2004.

Barthez (A.S.), Houtcieff (D.), *Les sûretés personnelles*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 2010.

Baudry-Lacantinerie (G.) et Wahl (A.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Tome XXIV, Des contrats aléatoires, du cautionnement, de la transaction*, 3<sup>ème</sup> édition, Sirey, 1907.

Bénabent (A.), *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2015.

Bergel (J.-L.), *Méthodologie juridique*, PUF, 2001.

Bergel (J.-L.), Bruschi (M.), Cimamonti (S.), *Les biens*, 2<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2010.

Bergel (J.-L.), *Théorie générale du droit*, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2012.

Berr (C.-J.) et Groutel (H.), *Les grands arrêts du droit de l'assurance*, Sirey 1978.

Besson (A.), *Le contrat d'assurance*, in Planiol (M.) et Ripert (G.), *Traité pratique de droit civil français, Tome XI, Contrats civils*, 2<sup>ème</sup> édition, LGDJ, tome XI, 1954.

Bigot (J.), *Traité de droit des assurances, Tome I, entreprises et organismes d'assurance*, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2011. Tome III, *le contrat d'assurance*, 2<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2014. Tome IV, *les assurances de personnes*, LGDJ, 2007.

Binctin (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2014.

Bonassies (P.), Scapel (Ch.), *Droit maritime*, 2ème édition, LGDJ, 2010.

Bonnard (J.), *Droit des assurances*, 4<sup>ème</sup> édition, Litec 2012.

Bonneau (Th.), *Droit bancaire*, 11ème édition, Montchrestien, 2015.

Bonneau (Th.) et Drummond (F.), *Droit des marchés financiers*, 3ème édition, Economica, 2010.

Buchère (A.), *Traité théorique et pratique des opérations de la bourse*, 3<sup>ème</sup> édition, Chevalier-Marescq, 1892.

Buffelan-lanore (Y.), Larribau-Terneyre (V.), *Droit civil, introduction*, 19ème édition, Sirey, 2015.

Cabrillac (M.), Mouly (C.),Cabrillac (S.), *Droit des sûretés*, Litec, 9ème édition, 2010.

Capitant (H.), Terré (F.), Lequette (Y.), Chénéde (F.), *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, 13ème édition, Dalloz, 2015.

Carbonnier (J.), *Droit civil, Volume II, les biens, les obligations*, PUF, 2004.

Carbonnier (J.), *Sociologie juridique*, PUF, 2004.

Carbonnier (J.), *Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ème édition, LGDJ, 2014.

Chaufton (A.), *Les assurances, leur passé, leur présent, leur avenir, Etudes théoriques et pratiques*, Tome 1, Paris, édition Chevalier Marescq, 1884.

Colombet (C.), *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1999.

Cornu (G.), *Introduction au droit*, 13ème édition, Montchrestien, 2007.

Couret (A.), Le Nabasque (H.), Coquelet (M.-L.), Garnier (T.), Poracchia (D.), Raynouard (A.), Reygrobellet (A.), Robine (D.), *Droit financier*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2012.

Courtois (A.) et Vidal (E.), *Traité des opérations de bourse et de change*, 13<sup>ème</sup> édition, Garnier frères librairie éditeurs, 1904.

Delebecque (Ph.), *Droit maritime*, 13<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2014.

Didier (P.), *Droit commercial*, Tome 3, *Le marché financier, le groupe de sociétés*, PUF, 1993.

Ewald (F.) et Lorenzi (J.-H.), *Encyclopédie de l'assurance*, Economica, 1997.

Fontaine (H.), *La bourse et ses opérations légales, Traité de droit financier*, Revue juridique des opérations de bourse, 4ème édition, 1907.

François (J.), *Traité de droit civil, Tome IV, les obligations, régime général*, 3ème édition, Economica, 2013.

François (J.), *Droit civil, Tome VII, Les sûretés personnelles*, sous la direction de Christian Larroumet, Economica, 2004.

Gautier (P.-Y.), *Propriété littéraire et artistique*, 9<sup>ème</sup> édition, PUF, 2014.

Gavalda (Ch.), Stoufflet (J.), *Droit bancaire*, 9ème édition, Litec, 2015.

Gény (F.), *Science et technique en droit privé positif*, Tome 3, Sirey, 1925.

Gény (F.), Saleilles (R.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : Essai critique*, LGDJ, 1954.

Groutel (H.), Leduc (F.), Pierre (P.) et Asselain (M.), *Traité du contrat d'assurance terrestre*, préface G. Durry, Litec, 2008.

Hémard (J.), *Théorie et pratique des assurances terrestres*, Sirey, 2 vol., 1924-1925.

Huet (J.), *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, sous la direction de Jacques Ghestin, 3<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2012.

Jeantin (M.), Le Cannu (P.), Garnier (T.), *Droit commercial, Instruments de paiement de crédit et de titrisation*, 8ème édition, Dalloz, 2010.

Lambert-Faivre (Y.) et Leveneur (L.), *Droit des assurances*, 13ème édition, Dalloz, 2011.

Lambert-Faivre (Y.) et Leveneur (L.), *Risques et assurances des entreprises*, 3<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1991.

Legeais (D.), *Sûretés et garanties du crédit*, 9ème édition, LGDJ, 2013.

- Malaurie (Ph.), Aynès (L.), Gautier (P.-Y), *Les contrats spéciaux*, 7<sup>ème</sup> édition, Defrénois, 2014.
- Malaurie (Ph.), Aynès (L). *Les biens*, 5<sup>ème</sup> édition, Defrenois, 2013.
- Malaurie (P.), Morvan (P.), *Introduction générale*, 5<sup>ème</sup> édition, Defrénois, 2014.
- Marino (L.), *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013.
- Marty (G.) et Raynaud (P.), *Droit civil, les obligations*, Tome 1, les sources, 2<sup>ème</sup> édition, Sirey, 1988.
- Marty (G.), Raynaud (P.), Jestaz (P.), *Les sûretés, la publicité foncière*, 2<sup>ème</sup> édition, Sirey, 1987.
- Mattout (J.P.), *Droit bancaire international*, Revue banque édition, 2009.
- Mazeaud (H. L. Et J.) et Chabas (F.), *Leçons de droit civil*, tome II premier volume, *les obligations, théorie générale*, et tome III, deuxième volume *les principaux contrats*, Montchrestien, 9<sup>ème</sup> édition, 1998.
- Motulsky (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, 2002.
- Nicolas (V.), *Droit des contrats d'assurance*, Economica, 2012.
- Picard (M.) et Besson (A.), *Traité général des assurances terrestres*, 4 vol., LGDJ, 1938-1945.
- Picard (M.) et Besson (A.), *Les assurances terrestres en droit français*, tome 1 : *le contrat d'assurance*, 5<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1982, tome 2 : *les entreprises d'assurances*, 4<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1977.
- Pothier (R.-J.), *Traité du contrat d'assurance*, par Estrangin (J.), Sube et Laporte, 1810.
- Pothier (R.-J.), *Traité sur différentes matières de droit civil appliquées à l'usage du barreau et de jurisprudence française*, Tome 3 : *le traité des contrats aléatoires, le traité des contrats d'assurance, le traité du prêt à la grosse aventure, le traité du jeu, le traité du contrat de mariage, et le traité de la communauté*, Jean Debure, 1774.

Pothier (R.-J.), *Oeuvres complètes*, Tome IX, *Traité du contrat de mandat, du contrat de nantissement, du contrat d'assurance, du contrat de prêt à la grosse aventure, du contrat du jeu*, Thomine et Fortic, 1821 .

Ripert (G), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1995.

Rodière (R.), *Traité général de droit maritime, assurances et ventes maritimes*, Dalloz, 1983.

Rodière (R.), Du Pontavice (E.), *Droit maritime*, 12ème édition, Dalloz, 1997.

Roland (H.), *Lexique juridique des expressions latines*, 6<sup>ème</sup> édition, Lexisnexis, 2014.

Rollinde de Beaumont (L.), *Les opérations de bourse, Manuel de droit financier et de jurisprudence*, Librairie du recueil Sirey, 1933.

Roubier (P.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2005.

Sériaux (A.), *Le droit, une introduction*, Ellipses, 1997.

Simler (Ph.), *Cautionnement, garanties autonomes et garanties indemnitaires*, 5ème édition, Litec, 2015.

Simon (Y.),

- *Marchés des changes et gestion du risque de change*, Dalloz, collection Gestion, 1995.

-*Les marchés dérivés, origine et développement*, 2ème édition, Economica, collection Gestion poche, 1997.

- *Les marchés à terme de taux d'intérêt*, Economica, 2ème édition, collection Gestion poche, 1998.

Simon (Y.) et Bellalah (M.), *Options, contrats à terme et gestion des risques : analyse, évaluation, stratégies*, Economica, 2ème édition, collection Gestion, 2003.

Simon (Y.) et Lautier (D.), *Marchés dérivés de matières premières et gestion du risque de prix*, 3ème édition, Economica, collection Connaissance de la gestion, 2006.

Starck (B.), Roland (H.) et Boyer (L.), *Droit civil, les obligations tome 1, responsabilité délictuelle*, 5<sup>ème</sup> édition 1996 et tome 2, *contrat*, 6<sup>ème</sup> édition, Litec, 1998.

Tafforeau (P.), Monnerie (C.), *Droit de la propriété intellectuelle*, 4<sup>ème</sup> édition, Gualino, 2015.

Terré (F.), *Introduction générale au droit*, 9<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2012.

Terré (F.), Simler (Ph.), *Droit civil, les biens*, 9<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2014.

Thaller (E.), *Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime*, 8<sup>ème</sup> édition par J. Percerou, Arthur Rousseau, 1931.

Troplong (R.-T.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, depuis et y compris le titre de la vente, tome XV, Du dépôt et du séquestre et du contrat aléatoire*, édition Ch. Hingray, 1845.

Tusseau (G.), *Les notions juridiques*, collection « Etudes juridiques », numéro 31, Economica, 2009.

De Vauplane (H.) et Bornet (J.-P.), *Droit des marchés financiers*, 3<sup>ème</sup> édition, Litec, 2001.

Zenati-Castaing (F.), Revet (Th.), *Les biens*, 3<sup>ème</sup> édition, PUF, 2008.

## **Ouvrages spéciaux, thèses et monographies**

Ancel (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, préface Aynès (L.), Economica, collection Recherches juridiques, 2002.

Aubert (S.), *Essai sur le contrat spécial*, thèse, Tours, 1994.

Barbier (H.), *La liberté de prendre des risques*, thèse, préface Mestre (J.), PUAM, 2011.

Bargue (N.), *Essai sur la notion de garantie*, thèse, Paris I, 2008.

Bastin (J.), *La défaillance de paiement et sa protection, l'assurance-crédit*, 2<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1993.

Bénabent (A.), *La chance et le droit*, Préface Carbonnier (J.), LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2014.

Berlioz (G.), *Le contrat d'adhésion*, 2<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1976.

Berlioz (P.), *La notion de bien*, LGDJ, 2007.

Billiau (M.), *La transmission des créances et des dettes*, LGDJ, 2002.

Bloud-Rey (C.), *Le terme dans le contrat*, préface de Gautier (P.Y.), PUAM, 2003.

Boulat (P.-A.), *Le régime juridique des échanges du taux d'intérêt*, thèse, Paris II, 1987.

Boulat (P.-A.) et Chabert (P.-Y.), *Les swaps technique contractuelle et régime juridique*, Masson, 1992.

Bouretz (E.), *Les crédits consortiaux internationaux*, thèse Paris I, 1999.

Bouretz (E.) *Crédits syndiqués : transfert et partage du risque entre banques*, Revue banque éd., 2005.

Bouyssou (J.), *Théorie générale du risque*, Paris, Economica, 1997.

Boyer (L.), *La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Sirey, 1947.

Brulant (J.-C.), *Aléa, incertitude et risque dans les obligations contractuelles*, thèse Paris II, 1972.

Bruyère (R.) et alii, *Les produits dérivés de crédit*, préface Laurens (J.-L.), avant-propos Moustier (J.-P.), 2<sup>ème</sup> édition, Economica, collection AFTE, 2004.

Cabrillac (S.), *Les garanties financières professionnelles*, Litec, bibliothèque de droit de l'entreprise, 2000.

Capitant (H.), *De la cause des obligations*, 3<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1927.

Cardoso-Roulot (N.), *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, L'Harmattan, 2008.

Chaaban (R.), *La caducité des actes juridiques*, préface d'Y. Lequette, LGDJ, 2006.

Chacornac (J.), *Essai sur les fonctions de l'information en droit des instruments financiers*, Dalloz, 2014.

Chénéde (F.), *Les commutations en droit privé*, Economica, 2008.

Collart Dutilleul (F.), Le Dolley (E.), *Droit, économie et marchés de matières premières agricoles*, LGDJ, 2013.

Comparato (F.-K.), *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, thèse, Paris, 1964.

Contamine (M.), *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse sous la direction de Flour (J.), 1974.

Cornu (G.), Cadiet (L.), *Le droit contemporain des contrats, bilan et perspectives actes du séminaire de l'année 1985-1986*, Economica, 1987.

Cottet (M.), *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, 2013.

Dambre (R.), *Le droit des sociétés face à l'innovation financière, l'exemple des contrats financiers sur actions*, thèse Paris I, 2014.

Delattre (E.), *Les nouveaux instruments financiers*, PUF, 1994.

Demont (B.), *L'aléa dans le contrat d'assurance*, Institut universitaire de Varenne, Collection des Thèses, 2013.

Deshayes (O.), *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, LGDJ, 2004.

Diab (N.), Boustany (I.), *La titrisation des actifs : structurations juridiques et financières sur les marchés émergents*, Bruylant, Delta, LGDJ, 2003.

Dupichot (P.), *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse Paris II, préf. M. Grimaldi, éd Panthéon Assas, 2005.

El Kik (M.), *La couverture du banquier contre l'insolvabilité du crédit par l'assurance*, Banque du Liban, 1997.

Escande (M.), *Droit des jeux d'argent et de hasard, les mutations de l'ordre public*, l'Harmattan, collection logiques juridiques, 2013.

Fabre-Magnan (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, préface J. Ghestin, LGDJ, 1992.

Fenet (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Tome 4, 1968.

Fontaine (A.), *L'acceptation des risques*, thèse Paris, 1944.

Fontaine (M.), *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, thèse, Bruylant, 1966.

Fontaine (M.), *Droit des assurances*, 4ème édition, Larcier, 2010.

Gaudemet (A.), *Les dérivés*, préface de Synvet (H.), Economica, 2010.

Gauvin (A.),

- *Les dérivés de crédit : nature et régime juridiques des dérivés de crédit*, thèse Paris I, 1999.

- *La nouvelle gestion du risque financier*, LGDJ, 2000.

- *Droit des dérivés de crédit*, préface Marini (Ph.), avant-propos Lorenzi (J.-H.), Revue Banque Edition, collection Droit-Fiscalité, 2003.

Ghestin (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

Goldie-Genicon (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009.

Godard (O.), Lagadec (P.), Henry (C.), *Traité des nouveaux risques : précaution, crise, assurance*, Gallimard, 2002.

Gross (B.), *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, préface Tallon (D.), Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1964.

Gruson (P.), *Le Matif, Mécanisme des contrats à terme*, Dunod, 1991.

Hadj-Chaib Candeille (N.), *Du risque assurable au risque garanti en assurances terrestres*, thèse dactyl. , Paris II, 1999.

Hamelin (J.-F.), *Le contrat alliance*, préface de N. Molfessis, Economica, 2012.

Honorat (J.), *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, LGDJ, 1969.

Houin- Bressand (C.), *Les contre garanties*, Dalloz, nouvelle bibliothèque de thèses, 2006.

Houin (R.) *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, Université de Paris Faculté de droit, 1937.

Hovasse (H.), *Le droit des marchés à terme de marchandises*, Economica, Bibliothèque des matières premières, 1987.

Huvelin (P.-L.), *Essai historique sur le droit des marchés et des foires*, thèse Paris, A Rousseau éd, 1897.

Jacob (F.), *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, préface Simler (Ph.), LGDJ, 1998.

Jeuland (E.), *Essai sur la substitution de personne dans le rapport d'obligation*, LGDJ, 1999.

Jarrosson (Ch.), *La notion d'arbitrage*, préface de B. Oppetit, LGDJ, 1987.

Josserand (L.), *Essai de théologie juridique, II, les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 2006.

Kahn (R.), *La notion de l'aléa dans les contrats*, thèse, Paris 1924.

Karyotis (D.), Veverka (F.), *La notation financière, une nouvelle approche du risque*, la revue Banque, 1995.

Kervern, (G.-Y.), Rubise (P.), Cousteau (J.-Y.), Laborit (H.), *L'archipel du danger : introduction aux cindyniques*, Economica, 1991.

Krajeski (D.), *L'intuitus personae dans les contrats*, La Mouette, 2001.

Kullmann (J.), *L'influence de la puissance publique sur les contrats de droit privé*, thèse Paris I, 1987.

Latina (M.), *Essai sur la condition*, LGDJ, 2009.

Leblond (N.), *Assurance et sûretés*, thèse Paris II, 2007.

Lequette (S.), *Le contrat coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, préface de C. Brenner, Economica, 2012.

Leroy (M.), *Contribution à la notion de professionnel, les devoirs de répondre des risques créés et de maîtrise des professionnels*, thèse Toulouse, 1995.

Libchaber (R.), *Recherche sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, 1992.

Loussouarn (Y.), *Le transfert de propriété par l'effet du contrat*, Paris, les cours de droit, 1969-1970.

Lubochinsky(C.) et Marteau (D.), *Les marchés à terme d'instruments financiers*, 2ème édition, ESKA, 1987.

Lucas-Puget (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préface, M.Fabre-Magnan, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2005.

Marillier (G.), *Les Provisions et les risques non assurés de l'entreprise*, 1943.

Martin (A.-C.), *L'imputation des risques entre contractants*, LGDJ, 2009.

Mathieu (P.), D'Herouville (P.), *Les dérivés de crédit, une nouvelle gestion du risque de crédit*, Economica, coll. Gestion, 1998.

Mazeaud (V.), *L'obligation de couverture*, préface de Jourdain (P.), IRJS éd. 2010.

Medjaoui (K.), *Les marchés à terme dérivés et organisés d'instruments financiers, étude juridique*, Préface Gavalda (Ch.), LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1996.

Méric (J.), Pesqueux (Y.), Solé (A.), *La société du risque: analyse et critique*, Economica, 2009.

Merville (A.-D.), *La spéculation en droit privé*, thèse, Paris I, 2001.

Mestre (J.), *La subrogation personnelle*, LGDJ, 1979.

Michel (L.), *Particularisme de l'assurance maritime par rapport à l'assurance terrestre*, thèse, 1933.

Millet (F.), *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, préface Bénabent (A.), Lyon-Caen (A.), LGDJ, 2001.

Missol (A.), *L'assurance, contrat d'adhésion et le problème de la protection de l'assuré*, Rousseau, 1934.

Mojuyé (J.-B.), *Le droit des produits dérivés financiers (swaps, options, futures....) en France et aux Etats-Unis*, préface Jauffret-Spinosi (C.), LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2005.

Morin (A.), *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, préface Ghazi (A.), Presses universitaires de la Faculté de Droit-Université d'Auvergne-LGDJ, 1998.

Mouly(Ch.), *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse Montpellier, Librairies techniques, 1979.

Mouralis (J.-P.), *La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires*, thèse, Grenoble, 1968.

Mouterde (R.), *Le consensualisme et la détermination des risques garantis dans le contrat d'assurance*, thèse, Lyon III, 1992.

Muller (A.-C.), *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, préface Synvet (H.), Economica, collection Recherches juridiques, Tome XVI, 2007.

de Nayer (M.-C.), *Le Matif*, Editions Dalloz, 1991.

Nicolas (V.), *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, LGDJ, 1996.

Overstake (J.-F.), *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969.

Paillet (P.), *Le contrat financier, un contrat financier à terme*, préface de Daigre (J.-J.), IRJS éd., 2010.

Paris Le Clerc (L.), *La nature juridique du contrat d'assurance*, thèse Paris, édition A. Mechelinck, 1932.

Peltier (F.), *Marchés financiers et droit commun*, Revue Banque Edition, 1997.

Perrot (R.), *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1953.

- Pez (T.), *Le risque dans les contrats administratifs*, LGDJ, 2013.
- Pillet (G.), *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, LGDJ, 2004.
- Planchet (F.), Théron (P.), Julien (J.), *Modèles financiers en assurance : analyses de risque dynamiques*, 2<sup>ème</sup> édition, Economica, 2011.
- Praicheux (S.), *Les sûretés sur les marchés financiers*, préface Ghazi (A.), Revue Banque éd., collection Droit- Fiscalité, 2004.
- Rastit (R.), *De la cause dans les marchés à terme*, thèse Aix-Marseille, 1931.
- Rochfeld (J.), *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999.
- Roisne-Megard (Ch.), *Le régime juridique et fiscal des provisions dans le bilan des sociétés anonymes*, thèse Paris 1, sous la direction de Gavalda (Ch.), 1975.
- Rouaud (A.-C.), *Contribution à l'étude de l'opération de marché étude de droit des marchés financiers*, préface de Daigre (J.-J.), IRJS Editions, 2010.
- Rousille (M.), *La compensation multilatérale*, Dalloz 2006.
- Ruttiens (A.), *Manuel des produits dérivés*, 2<sup>ème</sup> édition, ESKSA, 2000.
- Saieilles (R.), *De la cession de dettes*, Paris, 1890.
- Sauvan (D.), *Jeux et paris en droit privé*, thèse Nice, 1990.
- Séjan (M.), *La bilatéralisation du cautionnement? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, LGDJ, 2011.
- Taisne (J.-J.), *La notion de condition dans les actes juridiques, contribution à l'étude de l'acte conditionnel*, thèse, Lille, 1977.
- Terré (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 2014.
- Thibierge (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011.
- Titulesco (N.), *Essai sur une théorie générale des droits éventuels*, thèse Bucarest, imprimerie Gutenberg, Joseph Gobl, 1907.

Tran (H.-D.), *Les opérations tontinières d'épargne*, Editions Panthéon Assas, 2014.

Vaillier (P.), *Les limites de l'assurance*, édition Trib. assur., 2001.

Verdier (J.-M.), *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, préface Mazeaud (H.), Rousseau, 1955.

Vigier (F.-E.), *Les provisions dans la comptabilité des entreprises, étude commerciale et fiscale*, Sirey, 1941.

Voiday (N.), *Le risque en droit civil*, préface de G. Wiederkehr, PUAM, 2005.

Willett (A.-H.), *The Economic theory of risk and insurance*, The Columbia University Press, 1901.

Zein (Y.), *Les pools bancaires : aspects juridiques*, préface de Larroumet (Ch.), Economica, coll. Etudes et Recherches, 1998.

## **Articles et chroniques**

Ancel (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, page 791.

Agbayissah (S.), « Aspects juridiques des produits dérivés négociés sur les marchés réglementés », *Mélanges AEDBF*, II, Banque édition, 1999, page 15.

Agbayissah (S.) et Lepage (M.-A), « Les caps, floors et collars, à l'épreuve d'une qualification en opération d'assurance », *RDBB* 1996, page 224.

Aglietta (M), « Le risque de système », *Revue d'économie financière* 1991, n°18, page 61.

Aubert (J.-L.), *V° Cession de dettes in : Rép. Civ. Dalloz.*

Aubert (J.-L.), *V° Novation in: Rép. Civ. Dalloz.*

Aubert (J.-L.), « L'aléa et l'assurance vie », *in Responsabilité civile et assurances : étude offertes à Hubert Groutel*, Litec, 2006, page 13.

Aubert De Vincelles (C.), *V° Porte-Fort in : Rép. Civ. Dalloz.*

Auckenthaler (F.), *V° Instruments financiers à terme et de gré à gré in : J.-Cl. Banque, crédit, bourse*, fasc. 2050.

Aulagnier (J.), « L'assurance-vie est-elle un contrat d'assurance? », *Droit et patrimoine*, 1996, page 44.

Barbiéri (J.-J.), « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », *Revue des contrats*, 01 avril 2006 n° 2, page 621.

Barrière (F.), « Commentaire de la loi numéro 2007-211 du 19 février 2007 (première partie) », *Bulletin Joly Sociétés*, 01 avril 2007 n° 4, page 440.

« Commentaire de la loi no 2007-211 du 19 février 2007 (deuxième partie) », *Bulletin Joly Sociétés*, 01 mai 2007 n° 5, page 555.

Barrière (F.), *V° La fiducie in : Rép. Civ. Dalloz*.

Beingnier (B.), « La poule d'eau est-elle de la viande ou l'assurance vie de placement est-elle une libéralité? » *Dalloz* 2005, page 1905.

Bénabent (A.), « Contrats de capitalisation, la vision de la cour de cassation », *RDC* 2005, page 297.

Bénabent (A.), *V° Contrats aléatoires, généralités in J.-CL.civ.*, article 1964.

Bénabent (A.), *V° Contrats aléatoires, jeu et pari in : J.-CL.civ.*

Bénabent (A.), « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux » *in Bicentenaire du code civil (1804-2004)*, Paris, Dalloz, 2004, page 244.

Benton (D.), Devine (P.) et Jarvis (Ph.), « *Credit derivatives are not insurance products* », *IFLR*, novembre 1997, page 29.

Bergel (J.-L.), « Différence de nature égale différence de régime », *RTD civ.* 1984, page 272, cité par Souriou (J.-L.), « Cent ans d'articles de la revue trimestrielle de droit civil », *RTD civ.* 2002, page 681.

Bertolaso (S.), *V° Assurances terrestres, in : Jurisclasseur responsabilité civile et assurances*, fasc. 505-20.

Bertran de Balanda (J.), « À la recherche de la nature juridique des conventions de sous-participation bancaires », *JCP E*, 1996, n° 27, p. 303.

Bienvenu-Perrot (A.), *V°* Marchés de capitaux, *in* : *J.-Cl commercial*, fasc. 313, 314 et 1655.

Bigot (J.), « Assurances de responsabilité : les limites du risque assurable », *RGAT*, 1978, p. 169.

Bigot (J.), « Clair-obscur sur l'assurance-vie. De l'arrêt Pelletier à l'arrêt Praslicka », *JCP G*, 1993, numéro 16, page 481.

Billiau (M.), *V°* La délégation *in* : *Rép. Civ. Dalloz*.

Bonneau(T.), « Commentaire de l'ordonnance 2009-15 du 8 janvier 2009, relative aux instruments financiers », *JCP E* 2009, 1105.

Bossin (J.-M.) et Lefranc (D.), « La maîtrise des risques juridiques des instruments financiers à terme de gré à gré », *Banque et Droit*, numéro 54, juillet-août 1997, page 3.

Bouretz (E.), « La syndication indirecte », *RD bancaire et financier*, numéro 5, sept.-oct. 2002, p. 293.

Bouretz (E.), *V°* Crédits syndiqués *in* : *J.-Cl Banque Crédit Bourse*, fasc. 505 et 506.

Bout (R.), « Vices du consentement et droit du contrat d'assurance », *in propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz 2005, page 45.

Boyer (L.), *V°* Contrats et conventions *in* : *Rép. Civ. Dalloz*.

Briys (E.), De Varenne (F.) « Assurances et marchés financiers: concurrence ou complémentarité ? », *in Encyclopédie de l'assurance* sous la direction de Ewald (F.) et Lorenzi (J.-H.), Economica, 1998, page 1663.

Buffelan-Lanore (Y.), *V°* Condition *in*: *Rép. Civ. Dalloz*.

Cabrillac (M.), « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, page 235.

Caillé (C.), *V° Échange in : Rép. Civ. Dalloz.*

Caillé (C.), *V° Assurance de dommages in : Rép. Civ. Dalloz.*

Caillemer du Ferrage (A.), « Les dérivés climatiques ou l'alchimie des temps modernes : comment faire de l'or avec de l'eau », *Banque et Droit* n°72, juillet-août 2000, page 3.

Calais -Auloy (J.)

-L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, *RTD civ.*, 1994, page 239.

-L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats, *RTD com.*, 1998, page 115.

Caron (A.) et Tanguy(E.), « Dérivés de crédit et titrisation : un mariage prometteur », *Banque magazine* numéro 625, mai 2001, page 30.

Catala (P.), « L'immatériel et la propriété », in *Archives de philosophie du droit, tome 43 Le droit et l'immatériel* », page 61.

Chabert (P.-Y.), « Heurs et malheurs de la qualification des opérations juridiques de swap », *RDAI*, 1989, page 19.

Chabert (P.-Y.), « Les aspects juridiques des opérations financières de gré à gré », *IVème rencontres juridiques de la BNP, la couverture des risques par les opérations de marché, 1994.*

Chapuisat (F.), « Les contrats types », in *Encyclopédie de l'assurance*, Economica 1997, page 1017.

Cohen (J.), « Peut-on assurer les crédits à long terme contre les fluctuations du change? », *RGAT*, 1931, page 715.

Collard (C.), « Le risque juridique existe-t-il ? Contribution à la définition du risque juridique », *Cahiers de droit de l'entreprise*, numéro 1, janvier 2008, dossier 3.

Collart-Dutilleul (F.), « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », *Revue des contrats*, 01 avril 2006 numéro 2, page 604.

Comte-Sponville (A.), « Philosophie de l'assurance », *Risques*, décembre 1997, page 19.

Contamine-Raynaud (M.), « Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français », in *Mélanges Roblot*, LGDJ 1984, page 413.

Couret (A.), « Le cadre juridique de couverture des risques des opérations de marché », *Banque et Droit*, décembre 1994, numéro 38 page 11.

Courtieu (G.), « Les colonnes du temple auraient-elles été ébranlées? », *RCA* 2000, numéro 12, page 6.

Courtieu (G.), *V° Assurances terrestres in : J.-Cl responsabilité civile et assurance*, fasc. 515-10 et 515-20

Crocq (P.), *V° Gage in : Rép. Civ. Dalloz*.

Cruvelier (E.), *V° Impôts indirects in : Rép. Com. Dalloz*.

Daigne (J.-J) et de Vauplane (H.), « Règles de fonctionnement de Clearnet-Analyse juridique du rôle de la chambre de compensation-décision du CMF du 24 janvier 2001 », *Banque et droit*, numéro 77, mai/juin 2001, page 37.

Daunizeau (J.-M.), « Banques et partage du risque de crédit », *Banque et droit* n° 61, sept.-oct. 1998, page 3.

Delfosse (A.) et Peniguel (J.-F.), « Premières vues sur la fiducie », *Défrenois* 2007, page 581.

Demogue (R.),

- « Des droits éventuels et des hypothèses ou ils prennent naissance », *RTD civ.*, 1905, page 723.

-«De la nature et des effets du droit éventuel », *RTD civ.*, 1906, page 236.

Didier (Ph.), « Les contrats de transfert de risque », *in Au-delà des codes : mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, 2011, page 154.

Dillies (B.), "Dérivés : la frugalité des assureurs ", *MTF* n°51, juin 1993, page 52.

Drummond (F.), « Le contrat comme instrument financier », *in L'avenir du droit, mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, 1999, page 66.

Dubertret (M.) et Mangenet (D.), « Réforme du droit des titres : commentaire de l'ordonnance de 2009 », *D.* 2009, page 448.

Edinger (P.) et Ardouin (C.), « La responsabilité du chef de file d'un pool bancaire : devoir d'information – obligation de loyauté », *Gaz. Pal.* 8-9 août 2003, page 3.

Eisenmann (Ch.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en sciences juridique », *in La logique du droit, Archives de philosophie du droit*, 1966, page 32, numéro 11.

Encinas de Munagorri (R.), « Les théories du risque en droit civil (responsabilité, propriété, contrat) », *Mélanges Larroumet*, Economica 2009, page 125.

Favero (M.),

-« De la notion de spéculation à la réforme de l'exception de jeu », *JCP E et Aff.*, numéro 10, 10 mars 2005, page 405.

-« Pour un nouveau contrat nommé: le contrat d'échange de risques », *JCP E et Aff.* Numéro 42, 21 octobre 2010, page 1899.

- « De l'intérêt d'un nouveau contrat nommé : le contrat de transfert de risque », *JCP G*, n° 49, 6 décembre 2010, page 1222.

-« La standardisation contractuelle, enjeu de pouvoir entre les parties et de compétition entre systèmes juridiques, L'exemple du contrat du Loan Market Association », *RTD com.*, numéro 3-2003, septembre 2003.

Fagnart (J.-L.), « La condition ou l'aléa ou les deux faces de l'incertitude », *in Mélanges Ph. Gérard*, Burylant 2002, page 15.

Favre-Rochex (A.), *V° Assurances terrestres in : Jurisclasseur responsabilité civile et assurances*, fasc.505-10.

Fournier (A.), *V° Hypothèque in Rép.Civ. Dalloz*.

François (G.), « La nature de l'aléa dans une convention de réassurance », *RGAT*, 1994, page 413.

François (J.), « Les créances sont-elles des biens ? », in *Liber Amoricum Christian Larroumet*, Economica, 2010, page 149.

Galloux (J.-C.), « Qu'est-ce que la propriété intellectuelle », page 199 in *Droits de propriété intellectuelle, Liber amicorum Georges Bonet*, Litec, 2010.

Gautier (P.-Y.), « Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux », *RDC*, 01 avril 2006 n° 2, page 610.

Gauvin (A.), « La question récurrente de la qualification des dérivés de crédit », *Rev. dr. bancaire et financier*, mai-juin 2004, page 211.

Gauvin (A.) et Goldstein (O.), « Observations juridiques et fiscales sur la titrisation synthétique », *Banque magazine* 2003, numéro 638, page 37.

Gebler (M.-J.), « Les obligations alternatives », *RTD civ.*, 1969 page 1.

Ghestin (J.), « L'utile et le juste dans les contrats », in *Archives de philosophie du droit*, Tome 26, Sirey 1981, page 35.

Ghestin (J.), « La cour de cassation s'est prononcée contre la qualification des contrats d'assurance en contrat de capitalisation », *JCP* 2005.I.111.

Ghuedre (R.), « Le nouveau cadre réglementaire et prudentiel de la réassurance : entre évolution et révolution », *Mélanges en l'honneur du professeur Bigot*, LGDJ, 2010, page 135.

Gissingier (P.), « Les instruments dérivés de crédit auto référencés », *RTDF* 1-2007, page 93.

Gissingier (P.), « La qualification juridique des dérivés de crédit », revue *Banque*, numéro 631, décembre 2001, page 54.

Gollier (C.), « L'interaction entre le risque et le temps », *Risques*, numéro 49, mars 2002, page 64.

Gorge (G.), « Titrification et réassurance », *Risques*, mars 2007 page 125.

Gorge (G.), « La fin des titrisations d'assurance », *Risques*, numéros 73-74, juin 2008, page 313.

Grégoir (O.), « Les marchés des produits dérivés », *Banque*, n° 548, mai 1994, page 28.

Grillet-Ponton (D.), « Nouveaux regards sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle », *D.* 2000, chronique 331.

Grimaldi (M.), « La qualification et le régime juridique des assurances-vie placement », *RTD civ.* 2005, page 434.

Grimaldi (M.), « Réflexion sur l'assurance vie et le droit patrimonial de la famille », *Defrénois*, 15 juin 1994 n° 11, page. 737.

Grua (F.), « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTD civ.* 1983 page 263.

Gutmann (D.), « Du matériel et de l'immatériel dans le droit des biens », in *Archives de philosophie du droit, tome 43, Le droit et l'immatériel*, page 65.

Guyon (Y.), « Rapport de synthèse du colloque : Droit des marchés et droit des obligations », *RTD com.* 1998, page 119.

Haas (F.), « *Credit derivatives* : de nouveaux instruments financiers », *Banque* n° 568, mars 1996, page 48.

Hagopian (M.), *V° Réassurance*, in : *Jurisclasseur responsabilité civile et assurances*, Fasc.620.

Hagopian (M.), « La nature juridique de la réassurance », *Mélanges en l'honneur du professeur Bigot*, page 165.

Hagopian (M.), « La réassurance », in *Entreprises et organismes d'assurance*, par J. Bigot et autres, LGDJ, 1992, page 609.

d'Herouville (P.) et Mathieu (P.), « Les dérivés de crédit révolutionnent la gestion du risque de contrepartie », *Banque* n° 577, janvier 1997, page 50.

Heuzé (V.), « Un monstre et son régime : le contrat commutatif d'assurance -vie », *Mélanges en l'honneur du professeur Bigot*, LGDJ, 2010.

Hovasse (H.) et Martial-Braz (N.), *V° La titrisation in : J.-Cl banque crédit et bourse*, fasc. 2260.

Jeager (P.), « L'assurance parmi les instruments de transfert de risque », *Encyclopédie de l'assurance*, LGDJ 1997, page 1623.

Jeantin (M.), « Le droit financier des biens », in *Prospective du droit économique, Dialogue avec Michel Jeantin*, Dalloz 1999, page 5.

Jestaz (Ph.), « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz 1995, page 273.

Jourdain (P.), « Quelques réflexions sur la notion de garantie », *Etudes offertes au Professeur Ph. Malinvaud*, Litec, 2007, page 303.

Kallman (J.), « Risk financing transfer tools », *Risk management New York*, Vol. 56 Num. 5, Juin 2009.

Kanayama (N.), « De l'obligation de "couverture" à la prestation de "garantir"-Donner, faire, ne pas faire...et garantir? », in *Mélanges C. Mouly*, t.2, Litec, 1998, page 375.

Kolifrath (G.), « Les dérivés de crédit : vers une approche juridique », *Banque et droit* n° 63, janvier-février 1999, page 13.

Kullmann (J.), *V° Assurances de personnes in : Rép.Civ. Dalloz*.

Kullmann (J.), « Contrats d'assurance sur la vie : la chance de gain ou de perte », *D.* 1996 chron. 205.

Kullmann (J.), note sous cass. 1ère civile, *RGDA* 2002, page 1012.

Kullmann (J.), « Y a-t-il un risque juridique en assurance ? », *Rev. économique financière*, juillet 2005.

- Kullmann (J.), « Incertitudes sur incertitude dans le contrat d'assurance » *in propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz 2005, page 171.
- Laborde (J.-P.), « La notion de risque en droit des assurances et en droit de la sécurité sociale », *in Responsabilité civile et assurance : études offertes à Hubert Groutel*, Litec, 2006, page 235.
- La Clavière (B.), « Se protéger contre la remontée des taux d'intérêt », *Banque*, n° 492, mars 1989, page 301.
- Lamèthe (D.), « L'innovation contractuelle », *D.* 2008, page 1152.
- Larroumet (C.), « Loi du 19 février 2007, propos critiques », *D.*2007, p.1350.
- Lasserre (V.), « Le risque », *D.* 2011, page 1632.
- Lasserre-Kiesow (V.), « L'aléa », *JCP G*, numéro 31-35, 27 juillet 2009, page 50.
- Lauwick (V.), « De nouvelles solutions pour la gestion des risques », *Banque*, numéro 548, mai 1994, page 32.
- Léauté (J.), « Les contrats-types », *RTD civ.*, 1953, page 429.
- Leblond (N.), « Un rôle nouveau pour le sinistre en droit des assurances », *Resp.civ. et assurances*, Avril 2008 étude 4, page 6.
- Le Cannu (P.), « Les lettres d'intention conquises par le code civil », *RTD com.*, 2006, page 421.
- Lécuyer (H.), « Le contrat, acte de prévision » *in : L'avenir du droit, mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, 1999, page 643.
- Legeais (D.), « La fiducie », *RTD com.*, 2007, page 581.
- Leguidec (R.), *V° Echange in : J.-Cl civil code*, articles 1702 à1707.
- Le Nabasque (H.) et Portier (Ph.), « Les instruments financiers » *in : La modernisation des activités financières*, sous la direction de Bonneau (Th.), GLN-Joly, collection Pratique des affaires, 1996 page 27.

Le Tourneau (P.), Julien (J.), *V° Solidarité in : Rép. Civ. Dalloz.*

Libchaber (R.), *obs. RTD civ. 1998, page 800.*

Libchaber (R.), *V° Les biens in : Rép. Civ. Dalloz.*

Lubochinsky (C.), « Transfert du risque de crédit : de l'ingéniosité bancaire à l'instabilité financière », *Revue d'économie financière*, n° HS, juin 2008, page 101.

Lucas de Leyssac (C.), « Existe-t-il un droit spécial des produits dérivés? », *D. Aff.suppl.* au n° 133, 8 octobre 1998, page 1567.

de Lummen (A.), « Contribution à l'étude des dérivés de crédit », avant-propos Pézard (A.), *Banque et Droit* n° 75 janvier-février 2001, page 14.

Macko (E.), « Les concepts fondamentaux d'un marché à terme d'instruments financiers », *Banque* 1985, n° 455, page 1039.

Mainguy (D.), « Réflexions sur la notion de produits en droit des affaires », *RTD com.*, 1999 page 47.

Mainguy (D.), « Pour une théorie générale des contrats spéciaux », *RDC*, 01 avril 2006 n° 2, page 615.

Marin et de Nayer (M.-C.), « La garantie de bonne fin due par la chambre de compensation sur les marchés à terme », *Droit bancaire et de la bourse*, 1991, page 15.

Marini (Ph.), « Enfin, la fiducie à la française », *D.* 2007, page 71.

« La fiducie, enfin », *JCP E*, 2007, page 2050.

Marly (P.-G.), « Réassurance et titrisation des risques d'assurance », *Banque et droit*, numéro 120, juillet-août 2008, page 36.

Martin (G.-J.), « Les techniques financières de transfert des risques : l'exemple des *cat bonds* », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2006, page 32.

Martin (G.-J.), « Le risque, concept méconnu du droit économique », *Revue internationale de droit économique*, 1990, 2, page 174.

Maslet de Barbarin (M.), « Bénéfices industriels et commerciaux, provisions, conditions de fond et de forme », fasc. 241-10, *Jurisclasseur fiscal impôts directs traité*.

Mattout (J.-P.), « Opérations d'échange de taux d'intérêt et de devises: qualification et régime juridique en droit français, défaillance de l'une des parties », *Banque* n° 468, janvier 1987, page 24.

Mattout (J.-P.), Dirani (G.), « Swaps: les nouvelles conditions générales de L'AFB (octobre 1988) : analyse et portée juridique », *Revue Banque* n° 492, mars 1989, page 291.

Mayaux (L.), *V° Assurances terrestres (1° généralités) in : Rép. Civ. Dalloz*.

Mayaux (L.), *V° Assurances terrestres (2° le contrat d'assurance) in : Rép. Civ. Dalloz*.

Mayaux (L.), « Réflexions sur le principe de précaution et le droit des assurances », *RGDA* 2003, page 269.

Mayaux (L.), « Assurance-vie : Faut-il distinguer là où la loi ne distingue pas? », *Mélanges en l'honneur du professeur Bigot*, page 281.

Medjaoui (K.), « De quelques risques juridiques liés à l'utilisation des dérivés de crédit », *Mélanges AEDBF IV, Revue Banque Edition*, 2004, page 207.

Meyrier (F.), « Les contrats d'échange de devises et de taux d'intérêt (swaps) », *DPCI* 1986, T.XII, page 9.

Mouralis (J.-L.), *V° Jeu et pari in : Rép. Civ. Dalloz*.

Moury (J.), « Le droit confronté à l'omniprésence du risque », *Dalloz*, page 1020.

Mousseron (J.-M.), « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1988, page 481.

Mousseron (P.), Praicheux (S.), « ...Et le risque devint produit », *in Mélanges AEBDF-France V, Banque*, 2009.

Mouy (S.), « Normes documentaires pour produits dérivés: la nouveauté 1994 », *Banque* n° 548, mai 1994.

Najjar (I.), « L'éventuel », *D.*, 2012, page 758.

Najjar (I.), « La couverture » du marché à terme », *D.*1993, page 45.

- Nicolas (V.), « Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance », *RGDA* 1998, page 629.
- Nicolas (V.), *V° Assurance-crédit interne et à l'exportation in : J.-Cl Banque Crédit Bourse*, fasc. 800.
- Nicolas (V.), *V° Assurance-crédit emprunteur in : J.-Cl Banque Crédit Bourse*, fasc. 820.
- Nussenbaum (M.), « Les sources de risque et de sécurité sur les marchés financiers de produits dérivés », *PA*, 8 mai 1996, page 5.
- Paget (B.) et Taufflieb (Ch.-H.), « La gestion de taux d'intérêt: technique de couverture et utilisation par les entreprises », *Revue Banque*, n° 458, février 1986, page 156.
- Pardoel (D.), « Les obligations d'information de la caution portant sur l'évolution de la dette principale », *Petites affiches*, 3 juillet 2001, numéro 131, page 13.
- Peltier (F.), « Droit boursier et droit commun des contrats », in : *Colloque de Chantilly* des 14 et 15 juin 2003, *RJ com.* 2003, numéro spécial, page 195.
- Percerou (R.), « La nature juridique de l'assurance-crédit », *Rev. gen. ass. terr.* 1970, page 350.
- Picard (P.), « Risques d'assurance et risques financiers », *Rev. éco.fin.*, 2005, page 16.
- Picard (M.) et Besson (A.), « Nature et caractères de la réassurance », *RGAT*, 1965, page 145.
- Piedelièvre (S.), *V° Gage immobilier in : Rép. Civ. Dalloz*.
- Piette (G.), *V° Cautionnement in : Rép. Civ. Dalloz*.
- Pignarre (G.), « A la redécouverte de l'obligation de *praestare* », *RTD civ* 2001, page 41.
- Pincott (A.), Mitchell (E.), « Risk Transfer: The New Shibboleth », *Monday Business Briefing*, numéro 2008, mars 2008.
- Planiol (M.), « Classification synthétique des contrats », *Rev. crit. législ. et jur.* 1904, page 470.
- Ponton-Grillet (D.), « La spéculation en droit privé », *D.*1990 Chron XXVIII, page 157.

- Praicheux (S.), *V° Instruments financiers à terme in : Rép. Sociétés.*
- Radjabou (M.), « L'incitation au transfert de risque », *Banque Magazine*, 2007, numéro 688, page 41.
- Raynard (J.), « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC*, 01 avril 2006 numéro 2, page 597.
- Rochfeld (J.), *V° La cause in : Rép. Civ. Dalloz.*
- Rochfeld (J.), « Modes temporels d'exécution des contrats », *RDC* 2004, page 62.
- Rodière (R.), « La couverture dans les opérations de bourse », *Rev. crit.* 1935, page 38.
- Rotondi (M.), « Marchés différentiels et marchés à terme dans les bourses de valeurs », *RTD com.* 1959, page 19.
- Ruet (L.), « La couverture, condition (essentielle) de formation des ordres de bourse à terme », *Bull. Joly Bourse* 2000, page 521.
- Savaux(E.), *V° Subrogation personnelle », Rép. Civ. Dalloz.*
- Sayous (A.-E.), « Les origines du marché à terme sur marchandises. Les origines de la bourse », *Rev. économique internationale*, août 1936, page 219.
- Serlooten (P.), *V° Impôts sur les sociétés in : Rép. Sociétés.*
- Stoufflet (J.), *V° Bourse et opérations de bourse in : J.-Cl. Banque, crédit, bourse*, fasc. 1740.
- Sousi (G.), « La spécificité de l'obligation de somme d'argent », *RTD civ.*, 1982, page 514.
- Stoufflet (J.), « La reconnaissance par l'ordonnance du 23 mars 2006 de deux types de garanties issues de la pratique : la garantie autonome et la lettre d'intention », *Rev. sociétés*, 2006, page 473.
- Simler (Ph.), *V° Garanties autonomes in : J.-Cl Banque Crédit Bourse*, fasc. 742 et 743.
- Taisne (J.), *Articles 1164-1170 in : Jurisclasseur civil code.*
- Tassel (Y.), *V° Assurance maritime in : J.-Cl. responsabilité civile et assurance*, fasc. 610 et 611.

Taufflieb (Ch.-H), « Les options de *swaps* de taux d'intérêt : technique de couverture par les entreprises », *Banque*, numéro 468, janvier 1987, page 60.

Terray (J.), « Les aspects juridiques des opérations sur les marchés organisés », *Banque et droit* numéro 39, janvier/février 1995, page 17.

Thivauld (J.-M.), « Le risque et son prix, genèse d'un concept et de son évaluation juridico-financière (XIV<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècles) », in *Le prix du risque, Rev. éco.fin.* 1996, numéro 37, page 253.

Toledo-Wolfsohm (A.-M.), « Transfert de participation et crédit syndiqué », *RD bancaire et financier*, numéro 5, sept.-oct. 2003, page. 320.

Van Eeckhout (A.), « Renouveau du troc dans la vie des affaires », *RDC 2006*, page 917.

Van Gallebaert (Ch.), « Les principales évolutions entre le FCC d'hier et le FCT d'aujourd'hui, Titrisation du risque d'assurance », *RTDF* numéro 3-2008, page 91.

De Varenne (F.), « Techniques alternatives de couverture », *Risques*, avril/juin 1998, numéro 34 page 51.

de Vauplane (H.) et Daigre (J.-J.), obs. sous Paris, 19 mars 2002, *Banque et droit* n° 84, juillet-août 2002, page 24.

de Vauplane (H.), « Définition des instruments financiers : une avancée conceptuelle majeure », *Revue Banque*, février 2009, page 84.

Veltcheff (C.), « Le risque : un écueil étymologique, une aventure sémantique », *RF Aff. Sociales*, 1996, page 69.

Witz (C.), La fiducie *in* : *J.-Cl civil code* articles 2011 à 2030.

Zénati (F.), « L'immatériel et les choses », in *Archives de philosophie du droit, tome 43* « *Le droit et l'immatériel*, page 79.

## **Conclusions et rapports**

Paris Europlace, comité de droit financier, commission de transfert des risques, note de synthèse pour réunion du 18.09.2009

Rapport annuel 2011 de la cour de cassation, "Le risque", la documentation française, 2011.

## **Sources professionnelles**

Association nationale des sociétés par actions, « Les provisions pour fluctuation des cours », France 1961.

Association nationale des sociétés par actions, « Les provisions pour hausse des prix », France 1961.

Cahiers techniques de l'AFTE, les contrats modèles de l'AFTE: La convention ISDA 1992, savoir la négocier, définir son Schedule, octobre 2011.

Chambre de compensation-LCH. Clearnet, règles de la compensation, 3 octobre 2014.

Colloque académique de l'AMF et de l'ACP du 11 mai 2012 - La crise, le risque et l'épargnant, présentation de Luc Arrondel, du 11 Mai 2012.

Fédération bancaire française, convention-cadre relative aux opérations sur instruments financiers à terme, juin 2013.

*International swaps and derivatives association, Master agreement 2002.*

*International swaps and derivatives association, Inc, «Comments on the draft white paper entitled: Weather Financial Instruments: Insurance or capital markets products? », 23février 2004, www.isda.org.*

Kiff (J.), Michaud (F.-L.) et Mitchell (J.), « Une revue analytique des instruments de transfert du risque de crédit », *Revue de stabilité financière*, juin 2003, page 110.

*National Association of Insurance Commissioners, Property and Casualty Insurance Committee, «Weather Financial Instruments: Insurance or Capital Markets Products? », 2 septembre 2003. (Retiré de la publication)*

Olléon-Assouan (E.), « Technique de marché des dérivés de crédit: les *swaps* de défaut (*credit default swaps*) », *Revue de stabilité financière*, juin 2004, page 100.

Potts (R.), «*Legal opinion on credit derivatives*», [www.isda.org](http://www.isda.org)

Prato (O.), « Les dérivés de crédit, nouvelle source d'instabilité financière », *Revue de stabilité financière*, novembre 2002, page 69.

Résultats de l'enquête de la place française sur les instruments de transfert de risque de crédit, *Revue de stabilité financière*, numéro 4, juin 2004.



Université Panthéon-Assas

HAGE CHAHINE Joséphine | Les contrats de transfert de risque : essai d'une nouvelle catégorie | 26 janvier 2016

## Index

---

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

<b>A</b>	<b>G</b>
Arbitrage..... 359	Gage ..... 105, 106
Assurance..... 118 à 129	Garantie autonome ..... 92 à 94
	<b>H</b>
<b>C</b>	Hypothèque..... 107, 108
Caducité..... 308 à 317, 364	
Capacité..... 268	<b>I</b>
Catégorie..... 5, 8 à 13, 190, 224	Instruments financiers..... 215 à 216
Cautionnement ..... 85 à 87	
Cession de contrat..... 195	<b>L</b>
Cession de créance ..... 193	Lettre d'intention..... 197 à 200
Cession de dette ..... 194	Loi applicable ..... 354 à 357
Charge finale du risque..... 294 à 306	
Contrats financiers ..... 56 à 75	<b>M</b>
contrats à terme ferme..... 63 à 65	Médiation ..... 358
contrats optionnels ..... 66 à 69	
Contrepartie ..... 178 à 181	<b>N</b>
	Novation ..... 182, 382
<b>D</b>	Nullité..... 232, 241 à 243, 253, 258, 259, 263
Délégation imparfaite..... 95 à 100	
	<b>O</b>
<b>E</b>	Objet du contrat ..... 30, 40, 162
Effets à l'égard des tiers ..... 366 à 393	Obligation de couverture ..... 166 à 189
action directe..... 376	fonction de couverture..... 43 à 59
action indirecte..... 371	
action paulienne ..... 370	<b>P</b>
stipulation pour autrui..... 373	Pari..... 213, 214
subrogation réelle..... 374	

**Phase d'attente..... 201**  
**Phase d'attente**  
 cas de la condition suspensive ..... 280, 281  
 cas du terme .....282  
**Pool bancaire..... 88 à 91**  
**Preuve ..... 346**  
**Promesse de porte fort..... 201 à 203**

**R**

**Réassurance ..... 383 à 386**  
**Résiliation ..... 361 à 363**  
**Résolution ..... 361 à 263**  
**Risque**  
 absence de risque ..... 240 à 243  
 aggravation et diminution..... 318 à 330  
 classification ..... 150 à 157  
 composite..... 238  
 définition ..... 135  
 déterminé..... 253 à 255  
 disparition ..... 308 à 317  
 distinction avec les notions voisines... 141 à 149  
 imposé..... 248  
 incertitude..... 139, 140  
 interdit ..... 246, 247, 249  
 nouveau..... 331 à 332

perte ..... 137, 138  
 potestatif..... 239  
 putatif ..... 237  
 révélé .....256 à 265

**S**

**Sûretés personnelles ..... 79 à 100**  
**Sûretés réelles ..... 101 à 108**

**T**

**Titrisation ..... 17**  
**Tontine ..... 109 à 117**  
**Transfert au second degré**  
 conditions..... 380  
 définition..... 379  
 distinction des notions voisines..... 381, 382  
 illustrations..... 383 à 389  
 régime ..... 390 à 393  
**Transfert de risque..... 43 à 49**  
**Tribunal compétent**  
 en matière internationale ..... 353  
 en matière interne ..... 348 à 351

## TABLES DES MATIERES

---

<b>Remerciements.....</b>	<b>I</b>
<b>Résumé.....</b>	<b>II</b>
<b>Sommaire.....</b>	<b>III</b>
<b>Principales abréviations.....</b>	<b>IV</b>
<b><i>Introduction</i> .....</b>	<b>11</b>
<b><i>Première partie : La notion de contrat de transfert de risque</i> .....</b>	<b>19</b>
<b>Titre 1 : L'identification des contrats de transfert de risque.....</b>	<b>20</b>
Chapitre 1 : L'approche formelle des contrats de transfert de risque : les dérivés de crédit .....	23
Section 1 : La description des dérivés de crédit.....	25
§1- Le contenu d'un dérivé de crédit .....	29
A. La naissance d'une obligation principale.....	29
B. La naissance d'une obligation accessoire .....	32
§2-Les caractères d'un dérivé de crédit.....	32
Section 2 : L'analyse de l'opération de transfert de risque .....	36
§1-La signification juridique du transfert de risque : l'obligation de couverture .....	36
§2- La traduction économique du transfert de risque : un mouvement comptable.....	42
Conclusion du chapitre 1 .....	45
Chapitre 2 : L'approche substantielle des contrats de transfert de risque .....	46
Section 1 : Les contrats de transfert d'un risque particulier.....	47
§1-Les contrats de transfert du risque de marché : les autres contrats financiers .....	47
A. La présentation des contrats financiers.....	47
B. La qualification de contrat de transfert de risque .....	54
§2-Les contrats de transfert du risque de crédit .....	56
A. Les sûretés personnelles.....	59
1. Le cautionnement .....	59
a. La figure simple.....	62
b. La figure complexe : <i>le pool</i> occulte en risque uniquement .....	64
2. La garantie autonome.....	66
3. La délégation imparfaite .....	68
B. Les sûretés réelles .....	71
1. Le gage .....	73
2. L'hypothèque .....	75
§3-Les contrats de transfert du risque viager : la tontine en cas de décès.....	76
Section 2 : Les contrats de transfert d'un risque quelconque : les contrats d'assurance .....	81

§1-La présentation du contrat d'assurance .....	82
§2-La qualification de contrat de transfert de risque.....	84
Conclusion du chapitre 2 .....	91
<b>Conclusion du titre 1 .....</b>	<b>92</b>
<b>Titre 2 : La systématisation des contrats de transfert de risque .....</b>	<b>93</b>
Chapitre 1 : Les éléments constitutifs du contrat de transfert de risque.....	93
Section 1 : Le risque.....	94
§1-La définition du risque.....	94
A. Les composantes du risque .....	95
1. La perte.....	95
2. L'incertitude .....	97
B. Les contours du risque.....	99
1. Le risque et les autres notions renfermant l'élément « incertitude ».....	99
a. Le risque et l'aléa .....	99
b. Le risque et le terme .....	100
c. Le risque et la condition.....	100
2. Le risque et les autres notions renfermant la composante « perte ».....	102
a. Le risque et la force majeure .....	102
b. Le risque et le sinistre.....	102
C. La typologie des risques .....	102
1. Les risques prévus par le législateur .....	102
2. La classification des risques .....	107
§2-La fonction du risque.....	109
A. La réfutation de la qualification du risque comme bien susceptible d'être transféré.....	109
B. Le risque comme élément catégorique de qualification .....	111
Section 2 : La prestation caractéristique : l'obligation de couverture.....	115
§1-L'analyse technique de l'obligation de couverture.....	116
A. La description de l'obligation de couverture.....	116
1. La nature de l'obligation de couverture.....	116
2. Les modalités de l'obligation de couverture .....	118
a. La condition suspensive .....	119
b. Le terme suspensif.....	121
c. Le rejet de la qualification de droit éventuel.....	123
3. La cause de l'obligation de couverture.....	124
B. La signification du terme « transfert ».....	127
§2-L'analyse comptable.....	130
Conclusion du chapitre 1 .....	133
Chapitre 2 : L'autonomie du contrat de transfert de risque.....	134
Section 1 : La distinction avec les contrats voisins.....	134
§1-L'autonomie par rapport à la cession d'obligations .....	134

A. La cession de créance.....	134
B. La cession de dette.....	135
C. La cession de contrat.....	137
§2-L'autonomie par rapport aux garanties indemnitaires .....	137
A. La lettre d'intention .....	137
B. La promesse de porte fort .....	140
Section 2 : L'intérêt de cette autonomie.....	142
§1-La sécurisation du régime juridique des contrats de transfert de risque nommés .....	142
A. Le cas des dérivés de crédit.....	142
1. La qualification de contrat d'assurance.....	143
2. La qualification d'opération de crédit .....	146
3. La qualification de pari.....	148
4. La qualification d'instruments financiers .....	150
5. La qualification de contrat <i>sui generis</i> .....	153
B. Le cas des autres contrats financiers .....	154
§2-L'émancipation des contrats de transfert de risque : le recours à l'innommé.....	157
Conclusion du chapitre 2 .....	161
<b>Conclusion du titre 2 .....</b>	<b>162</b>
<b><i>Conclusion de la première partie.....</i></b>	<b><i>163</i></b>
<b><i>Deuxième partie : Le régime du contrat de transfert de risque .....</i></b>	<b><i>165</i></b>
<b>Titre 1 : La Formation du contrat de transfert de risque .....</b>	<b>166</b>
Chapitre 1 : La condition commune tenant au risque .....	168
Section 1 : L'existence du risque.....	168
§1-Les différentes hypothèses d'existence du risque .....	168
A. Le risque putatif .....	168
B. Le risque composite .....	170
C. Le risque potestatif .....	171
§2-Les sanctions de l'absence de risque.....	172
A. En présence d'un texte .....	172
B. En l'absence d'un texte .....	173
Section 2 : Les caractères du risque.....	175
§1-Un risque transférable.....	176
A. Le respect des limites légales .....	176
B. Le respect des limites techniques .....	179
§2-Un risque déterminé ou déterminable .....	181
§3-Un risque révélé .....	183
Conclusion du chapitre 1 .....	194
Chapitre 2 : Les conditions spécifiques tenant aux parties .....	195

Section 1 : La condition relative au cédant du risque.....	195
Section 2 : La condition relative au cessionnaire du risque .....	197
Conclusion du chapitre 2 .....	200
<b>Conclusion du titre 1 .....</b>	<b>200</b>
<b>Titre 2 : Les effets du contrat de transfert de risque .....</b>	<b>201</b>
Chapitre 1 : Les effets du contrat de transfert de risque entre les parties.....	201
Section 1 : L'exécution de l'obligation de couverture.....	201
§1-L'exécution pure et simple de l'obligation de couverture.....	201
A. La phase d'attente .....	201
1. Le cas de la condition suspensive .....	202
2. Le cas du terme .....	204
B. L'appel de la couverture.....	204
1. La déclaration du sinistre .....	204
2. La fixation du montant de la couverture.....	209
C. La charge finale du risque .....	212
§2-L'altération de l'obligation de couverture .....	221
A. La disparition du risque.....	221
B. La diminution et l'aggravation du risque .....	228
C. L'apparition d'un risque nouveau .....	235
Section 2 : Les incidents d'exécution .....	236
§1-Les remèdes à l'inexécution de l'obligation de couverture.....	237
A. Les remèdes de droit commun .....	237
B. Les remèdes spéciaux.....	239
§2-Les litiges relatifs aux contrats de transfert de risque .....	244
A. La voie classique .....	245
1. Dans l'ordre interne.....	245
2. Dans l'ordre international .....	247
a. Le tribunal compétent en matière internationale .....	247
b. La loi applicable.....	248
B. Les modes alternatifs de règlement des litiges : la médiation et l'arbitrage .....	252
§3-L'extinction des contrats de transfert de risque .....	255
A. La résolution et la résiliation .....	255
B. La caducité .....	258
Conclusion du chapitre 1 .....	259
Chapitre 2 : Les effets du contrat de transfert de risque à l'égard des tiers .....	260
Section 1 : Les tiers <i>penitus extranei</i> .....	260
Section 2 : Les tiers créanciers de l'un des contractants.....	261
§1-Avant la réalisation du risque.....	261
A. L'action paulienne .....	261
B. L'action indirecte ou oblique.....	262

§2-Après la réalisation du risque .....	262
A. Les bénéficiaires d'une stipulation pour autrui .....	263
B. Les créanciers hypothécaires et privilégiés .....	264
C. Les titulaires d'une action directe .....	265
Section 3 : Les tiers parties à un contrat de transfert de risque au second degré .....	267
§1. La définition du transfert de risque au second degré .....	268
§2. Les conditions du transfert de risque au second degré .....	268
§3. La distinction avec les notions voisines .....	269
§4. Illustrations .....	270
§5. Le régime du transfert au second degré .....	274
Conclusion du chapitre 2 .....	277
<b>Conclusion du titre 2 .....</b>	<b>278</b>
<b><i>Conclusion de la deuxième partie.....</i></b>	<b>279</b>
<b><i>Conclusion générale.....</i></b>	<b>281</b>
<b><i>Bibliographie.....</i></b>	<b>290</b>
<b><i>Index.....</i></b>	<b>321</b>
<b><i>TABLES DES MATIERES.....</i></b>	<b>323</b>



Université Panthéon-Assas

HAGE CHAHINE Joséphine | Les contrats de transfert de risque : essai d'une nouvelle catégorie | 26 janvier 2016



Université Panthéon-Assas

HAGE CHAHINE Joséphine | Les contrats de transfert de risque : essai d'une nouvelle catégorie | 26 janvier 2016



Université Panthéon-Assas

HAGE CHAHINE Joséphine | Les contrats de transfert de risque : essai d'une nouvelle catégorie | 26 janvier 2016



