

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

C E N T R E D E D R O I T D E S O B L I G A T I O N S

Obliegenheit, Incombance ?

par
Marcel FONTAINE

Doc. 98/3

Contribution au Liber Amicorum Hubert Claassens (1998)

OBLIEGENHEIT, INCOMBANCE ?

par Marcel FONTAINE

Professeur à la Faculté de droit de l'U.C.L.

I. Des obligations non susceptibles d'exécution forcée ?

A. La notion d'obligation

Une "obligation" est un lien de droit entre deux personnes, qui permet à l'une, le "créancier", d'exiger de l'autre, le "débiteur", l'exécution d'une prestation. L'obligation juridique ainsi définie permet au créancier, en cas de défaillance du débiteur, d'agir en justice contre ce dernier afin d'obtenir les remèdes appropriés; en matière contractuelle, il s'agit principalement de l'exécution forcée en nature, de l'octroi de dommages-intérêts, voire de la résolution du contrat.

L'analyse du régime juridique d'un contrat veille à dégager les obligations respectives des parties. Qu'en est-il ainsi des obligations du preneur et de l'assuré dans un contrat d'assurance ?

B. Les obligations du preneur et de l'assuré

1. Inventaire

L'obligation principale du preneur d'assurance est sans doute celle de payer la prime (art. 13 à 17 de la loi du 25 juin 1992). Mais il en est bien d'autres. A la conclusion du contrat, le preneur a l'obligation de déclarer à l'assureur les caractéristiques du risque (art. 5 à 7). En cours de contrat, il s'oblige à déclarer toute aggravation sensible et durable de ce risque (art. 26). En cas de sinistre, l'assuré doit prendre toutes mesures raisonnables pour en prévenir et atténuer les conséquences (art. 20); dès que possible et en tout cas dans le délai contractuel, il doit donner avis à l'assureur de la survenance du sinistre (art. 19). D'autres obligations pourraient être citées, telles que celle d'alimenter une police globale ou de transmettre les pièces dans les assurances de responsabilités.

2. De véritables obligations ?

Ces différentes "obligations" du preneur ou de l'assuré satisfont-elles toutes à la définition classique de l'obligation juridique telle qu'elle a été rappelée ?

a) Paiement de la prime

Il en est certainement ainsi de l'obligation de payer la prime. Le preneur s'est engagé à effectuer pareille prestation en contrepartie de la prise en charge du risque par l'assureur, et ce dernier dispose d'une action en paiement contre le preneur défaillant¹. La loi modalise certaines des sanctions de la violation l'obligation de payer les primes (suspension de la garantie, résiliation : art. 14 à 16), ainsi que le droit de réclamer le paiement des primes venant ultérieurement à échéance (art. 17).

b) Déclaration du risque

Par contre, la doctrine a relevé depuis longtemps que l'"obligation" de déclarer le risque à la conclusion du contrat n'est pas une véritable obligation, car il s'agit d'un comportement attendu alors que le contrat n'est pas encore formé. Les obligations des parties ne naissent à proprement parler que de la conclusion du contrat. C'est donc par imprécision, ou tout au plus par commodité, qu'il est question de pareille "obligation" de déclaration, comme dans le titre et le corps de l'article 5 de la loi.

Cette dernière critique, à la réflexion, n'est que partiellement fondée. La formation d'un contrat est certes le moment où naissent les obligations qui y trouvent leur source, les obligations "des parties", mais les démarches préalables à la conclusion peuvent faire naître de véritables obligations précontractuelles dans le chef des participants. Ainsi, une rupture abusive des pourparlers, l'usage ou la divulgation d'informations confidentielles obtenues lors des négociations peuvent donner lieu à des actions en dommages-intérêts pour manquement à certaines des obligations qui s'imposent en pareilles circonstances. Dans cette ligne, l'"obligation" de déclarer le risque pourrait être reconnue comme une obligation au sens plein, mais de nature précontractuelle.

Une autre raison de douter de la nature de l'obligation de déclarer le risque retiendra l'attention.

¹ On sait cependant que la solution est différente dans l'assurance sur la vie (loi du 25 juin 1992, art. 104).

Si le preneur est vraiment débiteur d'une "obligation" de déclarer le risque à la conclusion du contrat, il doit se trouver confronté à un "créancier" qui peut le contraindre à s'exécuter. Or que peut l'assureur en cas de manquement à cette "obligation", à savoir en cas d'omission ou d'inexactitude ?

L'assureur, dans le passé (loi du 11 juin 1874, art. 9), pouvait invoquer la nullité du contrat. A présent, cette sanction n'est ouverte qu'en cas de manquement intentionnel (loi du 25 juin 1992, art. 6). Dans les autres cas, l'assureur peut proposer la modification du contrat (art. 7 § 1er); si un sinistre survient entre-temps, l'indemnité est tantôt intégralement due, tantôt réduite voire même écartée, selon les distinctions légales (art. 7 § 2).

La plupart de ces conséquences constituent autant de désagréments pour le preneur. On remarquera cependant qu'il n'y est pas question d'une action en exécution forcée de la part du créancier. L'assureur ne peut agir contre le preneur en vue de le contraindre à déclarer le risque conformément aux exigences de l'article 5. Certes, l'assureur l'y invite en mettant au point le questionnaire généralement contenu dans la proposition d'assurance, mais la prétendue "obligation" de déclarer le risque n'est pas accompagnée d'une action en exécution forcée dans le chef du "créancier". Les conséquences juridiques de la défaillance du preneur sont sensibles, puisqu'il s'expose aux sanctions prévus aux articles 6 et 7 de la loi, mais il ne peut être contraint à s'exécuter. Une caractéristique essentielle de l'"obligation" juridique fait défaut.

c) Autres obligations

La même remarque peut être faite à propos d'autres "obligations" du preneur ou de l'assuré. L'assureur ne peut contraindre le preneur à déclarer une aggravation du risque; mais si le preneur fait défaut, il subira en cas de sinistre les conséquences prévues à l'article 26 § 3 de la loi du 25 juin 1992. L'assureur n'a pas d'action en exécution forcée des "obligations" mises à charge de l'assuré en cas de sinistre par les articles 19 (prompte déclaration) et 20 (prévention et atténuation des conséquences), mais il pourra réduire sa prestation si la défaillance de l'assuré lui a été préjudiciable, la refuser en cas de manquement frauduleux (art. 21)².

² En assurance sur la vie, le défaut de payer la prime entraîne seulement la résiliation du contrat ou la réduction de la prestation de l'assureur (art. 104 précité).

II. La notion d'*Obliegenheit* en droit allemand

A. Définition du concept

Ces situations, où de prétendues "obligations" se trouvent dépourvues d'un attribut essentiel de la notion, l'action en exécution forcée de la part du créancier, mais où l'inexécution expose néanmoins le débiteur à subir divers désagréments, voire même des sanctions spécifiques, ne sont pas identifiées dans notre droit par référence à un concept spécifique. Elles le sont par contre dans certains droits étrangers. Ainsi, le droit allemand recourt-il à cet égard à la notion d'"*Obliegenheit*".

Une *Obliegenheit* est à distinguer d'une pleine obligation juridique (*Rechtspflicht*) en ce qu'elle se réfère à une exigence de comportement (*Verhaltensanforderung*) dont la méconnaissance ne permet à l'autre partie de demander ni exécution forcée (*Erfüllungszwang*), ni indemnisation du dommage subi (*Schadenersatzpflicht*). La partie défaillante s'expose seulement à des sanctions plus faibles, qui consistent le plus souvent dans la perte d'une situation juridique favorable ou dans un désavantage juridique particulier. Le système juridique n'exige pas le respect d'une *Obliegenheit* de manière catégorique, mais seulement hypothétique³ ("Si vous n'adoptez pas tel comportement, vous subirez tels désagréments"). Celui qui est tenu d'une *Obliegenheit* doit s'y soumettre s'il souhaite éviter certains désavantages; s'il ne s'y conforme pas, il subira ces désavantages sans qu'on puisse lui reprocher d'avoir manqué à une obligation. L'*Obliegenheit* a été qualifiée d'"obligation de moindre intensité contraignante" (*Pflicht minderer Zwangsintensität*)⁴.

³ Cf. K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Munich, 7ème éd., 1989, p. 205.

⁴ Cf. R. SCHMIDT, *Die Obliegenheiten*, Karlsruhe, 1953, pp. 314-315.

B. Les Obliegenheiten en droit allemand des assurances

C'est en droit des assurances que la notion est apparue en droit allemand⁵.

En droit des assurances, sont notamment qualifiées d'*Obliegenheiten* les "obligations" de déclaration du risque à la conclusion du contrat (VVG §§ 16-22), de déclaration des modifications du risque (VVG §§ 23-29a), de déclaration du sinistre et de fourniture de renseignements (VVG §§ 33-34), le devoir de faire connaître l'existence d'autres assurances (VVG § 58) et celui de prévenir et d'atténuer le dommage (VVG § 62). A côté de ces applications tirées de la loi, la doctrine reconnaît la possibilité de prévoir des *Obliegenheiten* conventionnelles⁶.

L'opinion dominante voit dans ces devoirs incombant au preneur ou à l'assuré non des obligations susceptibles d'actions en exécution forcée, mais de simples conditions (*Voraussetzungen*) mises à l'obtention de la prestation de l'assureur. Les intérêts en cause, essentiellement ceux de l'assureur et de la mutualité des assurés qu'il réunit, de disposer d'une information adéquate quant aux caractéristiques du risque et de veiller à ce que le dommage soit minimisé, sont suffisamment servis par un tel régime. Il n'est pas nécessaire de conférer des recours à l'assureur⁷.

⁵ Cf. notamment E. KLINGMÜLLER, Einfluß des Verhaltens des Versicherten auf die vertraglich zugesagte Gefahrtragung, dans AIDA, 2. Weltkongress für Versicherungsrecht, vol. IV, Karlsruhe, 1967, pp. 77-80; H. SCHIRMER, Zur Vereinbarung von Obliegenheiten zu Lasten Dritter insbesondere in Verträgen zu ihren Gunsten, dans *Festschrift für Reimer Schmidt*, Karlsruhe, 1976, pp. 821-843; G. KÜHBORTH, *Die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers in der Rechtsschutzversicherung beim und nach eines Versicherungsfalles*, Francfort, 1988; U. SCHÜTTE, *Verhüllte Obliegenheiten im Versicherungsrecht*, Francfort, 1991; K. SIEG, Auskunftspflichten und -obliegenheiten des Versicherungsnehmers, *Zeitschr. für die ges. Versicherungswissenschaft*, 1993, pp. 325-337.

⁶ Cf. E. KLINGMÜLLER, *op. cit.*, p. 78.

⁷ Un auteur s'oppose cependant à cette *Voraussetzungstheorie* majoritaire. E. PRÖLSS (*Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar*, Munich, 15ème éd., § 6 Anm. 4) conteste la spécificité du concept d'*Obliegenheit* et voit dans ces différents devoirs de l'assuré des obligations au sens plein (*Verbindlichkeitstheorie*).

C. Obliegenheiten en droit civil général

En droit allemand, la notion d'*Obliegenheit* est également reçue dans le droit civil général, avec les mêmes caractéristiques⁸.

Ainsi évoque-t-on par exemple l'exigence pour l'acheteur, dans une vente commerciale, de procéder sans retard à l'inspection de la marchandise reçue et de dénoncer immédiatement toute défectuosité au vendeur (HGB § 377). Le vendeur ne peut contraindre l'acheteur à procéder à cette inspection, à le faire avec diligence et à se hâter de lui faire connaître les problèmes éventuels. Mais l'acheteur perdra ses recours s'il ne se conforme pas au comportement indiqué⁹.

Une autre illustration est fournie par l'incidence de la faute concurrente de la victime en matière de responsabilité. Lorsque le dommage subi par une personne est dû à l'action conjuguée de la faute d'un tiers et de sa propre faute, le tiers ne dispose d'aucune action contre la victime en raison de la faute que celle-ci a commise, mais il pourra prétendre à une réduction de sa dette de responsabilité. Le grief fait à la victime ayant manqué de précaution envers elle-même n'est pas d'avoir manqué à une obligation, mais à une *Obliegenheit* ¹⁰.

Un troisième exemple est celui de l'obligation de minimiser le dommage mis à charge du créancier d'un débiteur défaillant. Le débiteur n'a évidemment aucune action en exécution forcée ni en dommages-intérêts contre son créancier, mais ce dernier ne pourra réclamer au débiteur l'indemnisation de la partie du dommage qu'il aurait pu éviter¹¹.

La notion d'*Obliegenheit* est à présent bien établie en droit allemand, aussi bien dans le domaine spécial du droit des assurances où elle est apparue qu'en droit civil en général. Toute discussion sur la notion d'"obligation" conduit à établir la distinction.

⁸ C'est l'étude fondamentale de R. SCHMIDT, *op. cit.*, qui y a le plus contribué. Cf. également J. ESSER- E. SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, *Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 6ème éd., 1984, pp. 92-95; W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 7ème éd., 1985, pp. 29 et 49; K. LARENZ, *op. cit.*, pp. 205-206.

⁹ Cf. K. LARENZ, *op. cit.*, pp. 205-206.

¹⁰ Cf. W. FIKENTSCHER, *op. cit.*, p. 49.

¹¹ Cf. J. ESSER- E. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 578.

III. Pour une réception du concept d'"incombance"

A. Droit comparé

L'exemple allemand a-t-il inspiré d'autres systèmes juridiques ? Sans avoir procédé, dans le cadre de la présente contribution, à un inventaire exhaustif de la doctrine de nombreux pays, nous avons trouvé des réponses en droit suisse et en droit néerlandais. La doctrine française et belge, par contre, ne semble pas avoir pris conscience du phénomène, à de rares exceptions.

1. Suisse

La doctrine allemande a inspiré les auteurs suisses.

Le Professeur Peter souligne l'impropriété de parler d'obligations (*Pflichten*) lorsque la loi fait d'un comportement la condition de l'acquisition ou de la perte d'un droit. Il cite les devoirs de l'acheteur quant à l'inspection des marchandises et à la dénonciation des défauts, ainsi que l'obligation pour la personne lésée de minimiser le dommage. Il évoque encore les nombreux devoirs d'information prévus par le droit des assurances. *Obliegenheiten* et obligations ont en commun de concerner des comportements dont la méconnaissance entraîne des effets juridiques. Mais ces effets ne sont pas identiques. Se conformer aux *Obliegenheiten*, ce n'est pas exécuter des obligations, mais agir dans son intérêt bien compris en vue d'éviter une perte de droit¹². Engel relève l'imprécision du Code des obligations dans la disposition imposant à l'acheteur l'"obligation" de vérifier rapidement l'état de la chose reçue (art. 201) : "*il ne s'agit pas d'une dette, d'un devoir, mais d'une formalité incombant à l'acheteur comme condition d'exercice de la garantie pour les défauts de la chose vendue*"¹³. Les traités plus récents de Merz et de Koller consacrent également d'intéressants développements à la distinction entre "*Obligation*" et "*Obliegenheit*"¹⁴.

La langue juridique suisse a traduit *Obliegenheit* en français par le terme "incombance"¹⁵.

¹² Cf. A. VON THUR, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 3ème éd. par H. PETER, 1979, pp. 12-13.

¹³ Cf. P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 1973, p. 15.

¹⁴ Cf. H. MERZ, trad. P. GIOVANONNI, *Droit des obligations, Partie générale*, I, Fribourg, 1993, pp. 50-51; A. KOLLER, *Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil*, I, Berne, 1996, pp. 23-25.

¹⁵ Cf. R. PICCARD, E. THILO et E. STEINER, *Dictionnaire juridique français allemand et allemand-français*, 1950, I, p. 283.

2. Pays-Bas

Le Professeur van Opstall se réfère à la notion allemande d'*Obliegenheit*, qu'il propose d'appeler "*rechtsdrang*" en néerlandais. Il s'agit d'une exigence de comportement dont la méconnaissance ne donne pas lieu à exécution forcée, mais entraîne certaines conséquences juridiques défavorables. Il cite l'exemple du devoir pour l'acheteur de réagir dans un bref délai en cas de livraison d'une chose défectueuse¹⁶. Le Professeur A. Hartkamp évoque également la notion d'*Obliegenheit*. A l'exemple précédent, il ajoute celui du devoir pour le créancier de minimiser le dommage. De telles *Obliegenheiten* peuvent naître de la loi ou d'un contrat, mais aussi, ajoute ce dernier auteur, du principe de *redelijkheid en billijkheid*, dont on connaît l'importance en droit civil néerlandais¹⁷.

3. France

La doctrine française, par contre, ne paraît pas avoir dégagé de concept correspondant à l'*Obliegenheit* du droit allemand. Les développements consacrés par les auteurs à la notion d'obligation ne font aucune allusion au phénomène¹⁸.

La particularité de certaines situations a cependant été aperçue par le Professeur Carbonnier, toujours si pénétrant dans ses analyses. Il écrit qu'"*Il convient de se prémunir contre un emploi vague du mot obligation. Certains devoirs peuvent être regardés comme des devoirs juridiques, parce que leur inobservation est sanctionnée par l'Etat et ses tribunaux, mais ils ne constituent pas des obligations au sens technique, des rapports de débiteur à créancier, faute d'un créancier qui ait le droit d'en exiger l'exécution*". Et Carbonnier d'évoquer les cas où la loi impose d'accomplir un acte ou une formalité, ou de l'accomplir dans un certain délai, sous peine de ne pas acquérir un droit, ou d'encourir une déchéance : ainsi, l'exercice dans un bref délai de l'action en garantie pour vices cachés, ou les conditions d'exercice des offres réelles¹⁹. En conclusion, le savant auteur ne dégage cependant aucun concept précis (il parle d'"obligation *lato*

¹⁶ Cf. S.N. VON OPSTALL, dans L.C. HOFMANN, *Her Nederlands verbintenissenrecht*, I, 9ème éd., Groningen, 1976, pp. 49-52.

¹⁷ Cf. A. HARTKAMP, dans ASSER's *Handleiding tot de beoefening van het nederlands burgerlik recht, Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen*, Zwolle, 1996, p. 8.

¹⁸ Cf. par exemple A. WEILL et F. TERRE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 4ème éd., 1986, pp. 1-8.

¹⁹ Cf. J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 7ème éd., 1972, pp. 10-11.

sensu", au contraire d'un "rapport d'obligation") et les exemples cités ne concernent que l'une des manifestations du phénomène.

4. Belgique

Le droit belge, dans son ensemble, n'a pas pris conscience de l'existence de ces "obligations" amoindries que sont les *Obliegenheiten*. M. De Page, dans ses développements relatifs à la notion d'obligation, n'y fait aucune allusion²⁰.

Le Professeur M. Storme, toutefois, s'est récemment employé à introduire le concept dans notre droit, en particulier dans ses écrits sur la bonne foi. A côté des actes illicites et des manquements aux obligations contractuelles, l'auteur dégage une troisième catégorie dans le droit des obligations, celle des *Obliegenheiten*, qu'il propose d'appeler "*lasten*" en néerlandais et "*charges*" en français. L'inobservation d'une *last* n'est pas sanctionnée par une action en exécution forcée, mais par la perte du droit de se prévaloir d'une position juridique déterminée. Une première série d'exemples donnés ont leur source dans la loi ou dans le contrat, comme les délais accordés pour introduire des réclamations contre le transporteur ou le vendeur, ou pour déclarer un sinistre à l'assureur. D'autres applications résultent du principe de la bonne foi. Celle-ci impose des comportements dont la méconnaissance entraîne des pertes de droits : refus d'indemniser le créancier des dommages qu'il aurait pu éviter, rejet d'une prétention en conséquence d'un comportement contradictoire avec son exercice (On reconnaît au passage la *rechtsverwerking*)²¹.

L'auteur évoque également l'incidence de la faute de la victime sur la dette d'indemnité : "*L'obligation de prudence est à l'égard des autres une obligation, à l'égard de soi-même une charge ou incombance : l'on n'est pas obligé, mais qui ne la respecte pas, perd une partie de ses droits*"²².

²⁰ Cf. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, 3ème éd., 1964, n° 437-438; cf. aussi, très récemment, S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, *Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995)*, *Journ. Trib.*, 1996, pp. 689-690.

²¹ Cf. M. STORME, *De invloed van de goede trouw op de contractuele schuldvorderingen*, *Rechtsk. Weekbl.*, 1989-1990, pp. 139-140; M. STORME, *Quelques aspects de la causalité en droit des obligations et en droit des assurances*, *Bull. Ass.*, 1990, p. 456; M. STORME, *De goede trouw in het geding ?*, *Tijdschr. voor Privaatr.*, 1990, pp. 374-389.

²² Cf. M. STORME, *Quelques aspects de la causalité en droit des obligations et en droit des assurances*, *loc. cit.*

B. Reconnaissance du concept d'"incombance"

1. Opportunité

Le concept d'*Obliegenheit* pourrait être accueilli dans notre droit, pourquoi pas sous le nom d'"incombance", adopté par les juristes suisses romands²³. L'intérêt est de regrouper sous un concept fédérateur de nombreuses situations issues de différentes branches du droit, et d'écarter l'évidente impropriété de l'application du concept d'"obligation" à des hypothèses qui n'en présentent pas toutes les caractéristiques.

2. Obligations civiles, incombances, obligations naturelles

Un parallèle s'impose avec les obligations naturelles.

Celles-ci sont justement décrites comme des obligations dont la portée juridique est affaiblie. Les obligations naturelles ne donnent pas lieu à exécution forcée. Mais leur exécution spontanée ne donne pas lieu à répétition, tandis que l'engagement de les exécuter les transforme en obligations civiles (ou les rétablit dans ce statut)²⁴.

L'absence d'action en exécution dans le chef du bénéficiaire est un trait commun aux incombances et aux obligations naturelles. L'exécution d'une incombance ne donne pas lieu non plus à répétition. L'engagement qui serait pris d'exécuter une incombance pourrait sans doute aussi la muter en obligation au sens plein, susceptible d'exécution forcée. Mais la différence majeure entre incombances et obligations naturelles est que l'inexécution des premières entraîne des sanctions juridiques. Dans une échelle décroissante quant au caractère contraignant, l'incombance se situe entre l'obligation civile et l'obligation naturelle.

²³ Rappelons les deux termes proposés en néerlandais, "*rechtsdrang*" et "*last*".

²⁴ Cf. notamment H. DE PAGE, *op. cit.*, III, pp. 68-83; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, *op. cit.*, p. 690.

3. Importance du phénomène

L'accueil du concept d'incombance révèle d'emblée l'importance du phénomène. La catégorie des actes ou formalités à accomplir dans un certain délai, sous peine de déchéance, mise en évidence par Carbonnier, connaît de multiples applications dans les différentes branches du droit. L'institution même de la prescription extinctive mériterait d'être située dans ce contexte (le créancier n'est en rien obligé d'agir dans un certain délai, mais il perd son action s'il laisse le délai s'écouler). En droit des contrats, on a notamment relevé le bref délai pour agir en garantie des vices cachés. D'autres exemples significatifs ont été évoqués, tels que l'"obligation" de minimiser le dommage ou le cas de la faute de la victime. La "*rechtsverwerking*" a échoué dans son ambition d'être reconnue comme un principe général du droit²⁵, mais l'exercice d'une prétention venant en contradiction avec un comportement antérieur peut apparaître comme un abus de droit susceptible d'entraîner la déchéance²⁶; il "incombe" donc à celui qui entend exercer un recours de ne pas se comporter de façon incompatible avec son intention.

Pareil inventaire donne un certain vertige. Cette catégorie méconnue de devoirs juridiques que sont les incombances semble revêtir une portée vraiment considérable, au point qu'il est surprenant que le concept ait tant tardé à se dégager²⁷.

4. Les incombances en droit des assurances

a) Applications

La notion d'incombance trouve des applications particulièrement importantes en droit des assurances. C'est dans ce secteur, on l'a dit, que la notion d'*Obliegenheit* a connu ses premiers développements en droit allemand. Les "obligations" du preneur ou de l'assuré de décrire le risque à la conclusion du contrat, de notifier les aggravations du risque, de prévenir et d'atténuer les conséquences du sinistre et de notifier rapidement à l'assureur la survenance de l'événement relèvent toutes de cette catégorie. On évoquera encore, dans les assurances de responsabilités, les "obligations" souvent mises à charge de l'assuré dans ses rapports avec la personne lésée (ne pas reconnaître sa responsabilité, ne pas

²⁵ Cass., 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, 1061.

²⁶ Cf. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, *op. cit.*, pp. 705-706.

²⁷ De multiples autres exemples sont évoqués dans l'ouvrage de base de R. SCHMIDT, *op. cit.*, notamment en droit des biens et en droit des successions.

indemniser ni promettre de le faire)²⁸. En aucun de ces cas, l'assureur ne dispose d'action en exécution forcée, mais la loi prévoit d'autres sanctions²⁹.

b) Intérêt de l'introduction du concept

L'intérêt d'introduire pareille distinction parmi ce que l'on appelle traditionnellement les obligations du preneur et de l'assuré est en premier lieu d'ordre scientifique. Comme vient de l'écrire sur un plan plus général, il s'agit d'écarter l'application impropre du concept d'"obligation" à des situations qui n'en présentent pas toutes les caractéristiques.

Il est en effet surprenant que dans notre droit des assurances, la plupart de ces incombances soient généralement présentées comme des "obligations" du preneur ou de l'assuré. Or ce n'est pas le cas de bon nombre d'incombances relevées dans d'autres branches du droit. La comparaison s'impose entre le devoir de l'acheteur d'intenter dans un bref délai l'action en garantie pour vices cachés, faute d'être déchu de son recours (art. 1648 C. civ.), et le devoir de l'assuré de notifier au plus tôt la survenance d'un sinistre, sous peine de déchéance (régime conventionnel sous la loi ancienne) ou de réduction éventuelle de l'indemnité (art. 21 de la loi du 25 juin 1992). En droit des contrats, ce devoir de l'acheteur ne figure pas parmi ses obligations (où l'on traite du retraitement de la chose et du paiement du prix), mais parmi les conditions de mise en œuvre du droit à la garantie, dont il est question à propos des obligations du vendeur³⁰. Une présentation comparable en droit des assurances voudrait par exemple que les devoirs de l'assuré en cas de sinistre soient présentés non comme des obligations de ce dernier, mais comme des conditions mises à l'exécution par l'assureur de son obligation d'effectuer sa prestation en cas de sinistre.

Le régime applicable aux différentes situations en cause n'en est pas modifié, puisque la loi du 25 juin 1992 organise dans chaque cas, de manière précise et impérative, les conséquences du défaut de se conformer à ces incombances.

²⁸ Comp. à ce sujet l'article 85 de la loi du 25 juin 1992.

²⁹ Bien qu'il ne s'agisse plus de devoirs relevant de relations contractuelles, on évoquera également le cas des assurances dites "obligatoires" qui ne le sont que pour qui veut bénéficier d'un avantage particulier, comme l'obtention d'un subside (cf. H. DE RODE et M. FONTAINE, *Mandatory Insurance in OECD Countries*, dans *Insurance Regulation and Supervision in Economies in Transition*, Paris, OECD Proceedings, 1997, pp. 128-129).

³⁰ Cf. J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, Bruxelles et Paris, 1960, pp. 174-177 (bref délai), 182-199 (obligations du vendeur); L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.A. FORIERS, *Examen de jurisprudence (1976-1980). Les contrats spéciaux*, *Rev. Crit. Jur. B.*, 1985, pp. 160-161 (bref délai), 167-171 (obligations du vendeur).

c) Incombances, exclusions et déchéances

Qu'en est-il cependant des incombances de source non légale, mais conventionnelle, c'est-à-dire des exigences de ce type qui seraient mises à charge du preneur ou de l'assuré par les conditions contractuelles ? Le droit allemand, on l'a dit, reconnaît qu'une *Obliegenheit* puisse naître de la convention des parties. Le phénomène est en effet répandu dans la pratique. Ainsi, alors que la loi organise la déclaration de la survenance d'un sinistre (art. 19), les polices de certaines branches (par exemple en assurance-crédit) imposent à l'assuré de notifier à l'assureur les simples menaces de sinistre dont il aurait connaissance (ainsi, une dégradation avant l'échéance de la solvabilité du débiteur). En pareil cas, il n'est pas non plus question d'une action de l'assureur pour contraindre l'assuré à effectuer une telle déclaration; mais si ce dernier manque à cette incombance, il s'expose à certaines conséquences défavorables généralement prévues dans la police.

Cette observation conduit à s'interroger sur la place qui pourrait revenir au concept d'incombance dans les discussions actuellement en cours sur les notions respectives d'exclusion et de déchéance³¹. La stipulation mettant à charge du preneur ou de l'assuré une incombance autre que celles que la loi organise déjà relève sans doute de la liberté des conventions, comme l'est en principe la délimitation du risque couvert par la voie d'exclusions. Toutefois, si l'assureur y attache une sanction consistant dans la privation totale ou partielle du droit à sa prestation, il nous paraît que le régime des déchéances prévu à l'article 11 de la loi du 25 juin 1992 est d'application, avec ses conditions limitatives bien connues. Le législateur ignorant toute distinction entre "obligation" et "incombance", il est douteux que l'on puisse argumenter en sens contraire du fait que l'article 11 se réfère à l'inexécution d'une "obligation" déterminée. En ce qui concerne la charge de la preuve, il nous semble que le manquement à une incombance est analogue - sur ce plan - à la violation d'une obligation : il appartient à l'assureur d'établir le manquement allégué; cette solution est cohérente avec l'application du régime des déchéances.

IV. Conclusion

Le droit ne doit pas gaspiller ses forces. Il est des cas où dans les rapports entre les justiciables, les objectifs poursuivis n'imposent pas de conférer à l'un des intéressés une

³¹ Sur ces discussions, cf. notamment H. DE RODE, Les clauses d'exclusion des contrats d'assurance : charge de la preuve et validité, *Bull. Ass.*, 1996, pp. 575-593; H. DE RODE, La notion de déchéance et la faute intentionnelle, dans le présent *Liber Amicorum*.

action en exécution forcée. Il suffit de placer l'autre partie devant ses responsabilités : libre d'adopter ou non un certain comportement, elle doit seulement savoir qu'en cas d'abstention, elle subira des conséquences juridiques préjudiciables, portant une atteinte plus ou moins étendue à ses droits. Telle est la philosophie de la notion d'incombance, susceptible de prendre une place en vue à côté du concept d'obligation. D'autres systèmes juridiques sont entrés dans cette voie³².

Manifestement, des études systématiques seront nécessaires afin de définir de manière plus approfondie les caractéristiques de ces incombances, dont les commentateurs évoquent des applications tellement nombreuses et diversifiées. Un très beau sujet de thèse !

³² Un rapprochement s'impose avec la conception souvent défendue en droit américain selon laquelle un contrat laisserait à chaque partie le choix de s'exécuter ou de payer des dommages-intérêts. La formule de HOLMES est célèbre : "*The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it - and nothing else*" (O. HOLMES, *The Path of Law*, 10 *Harv. Law Rev.*, 462 (1897). Cf. à ce sujet notamment P. LINZER, *On the Amoralité of Contract Remedies - Efficiency, Equity, and the Second Restatement*, 81 *Col. Law Review*, 111-139 (1981); B. RUDDEN et P. JUILHARD, *La théorie de la violation efficace*, *Rev. int. dr. comp.*, 1986, pp. 1015-1041. On sait par ailleurs que l'exécution forcée en nature (*specific performance*) n'est qu'un remède d'*equity*. Dans ce contexte, que reste-t-il de la notion d'"obligation" des *civil lawyers* ? Une partie à un contrat ne peut être contrainte à s'exécuter; elle doit seulement savoir que si elle se dérobe, elle devra indemniser son partenaire. Le contrat ne serait plus source que d'*Obliegenheiten*.