

COUR DE CASSATION

Audience publique du **11 septembre 2014**

Rejet

Mme FLISE, président

Arrêt n° 1377 F-D

Pourvoi n° M 13-19.497

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

A U N O M D U P E U P L E F R A N Ç A I S

LA COUR DE CASSATION, DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE,
a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la société Aviva vie, société anonyme, dont le siège est 13 rue du Moulin Bailly, 92270 Bois-Colombes, contre l'arrêt rendu le 9 avril 2013 par la cour d'appel de Paris (pôle 2, chambre 5), dans le litige l'opposant :

1^o/ à M. Hervé George, domicilié rue Robert de Traz 2, 1206 Genève (Suisse),

2^o/ à Mme Isabelle Theobald divorcée George, domiciliée 116 rue d'Alsace, 57160 Moulins-lès-Metz,

3^o/ à M. Max-Hervé George, domicilié 37 rue de la Cheneau, 57160 Scy-Chazelles,

4^o/ à M. Julien George, domicilié 130 rue de Reims, 57160 Moulin-lès-Metz,

5^o/ à Mme Claire George, domiciliée 2 rue du Stade, 57050 Longeville-lès-Metz,

défendeurs à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 25 juin 2014, où étaient présents : Mme Flise, président, M. Kriegk, conseiller rapporteur, Mme Aldigé, conseiller, Mme Genevey, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Kriegk, conseiller, les observations de Me Spinosi, avocat de la société Aviva vie, de la SCP Ghestin, avocat des consorts George, l'avis de M. Girard, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 9 avril 2013), que le 24 février 1997, M. Hervé George et son épouse, Mme Isabelle Theobald, (M. et Mme George) ont souscrit auprès de la société Abeille vie, aux droits de laquelle vient la société Aviva vie (l'assureur) quatre contrats d'assurance sur la vie multisupports intitulés "Sélection international", l'un au nom de Mme Isabelle George et les trois autres au nom de chacun de leurs enfants mineurs, Julien, Claire et Max-Hervé, dont les conditions générales permettaient au souscripteur d'arbitrer à cours connu les sommes investies sur divers supports financiers à caractère spéculatif, la valeur liquidative retenue étant celle de la dernière bourse de la semaine précédant l'échange ; que les contrats comportaient une clause permettant de différer des demandes d'arbitrage jusqu'à six mois en cas de demande d'arbitrage supérieure à 5 % du support considéré ; qu'à compter du 1^{er} janvier 1998, l'assureur a progressivement restreint la liste des supports éligibles à ces contrats en supprimant les supports composés d'actions, pour les remplacer par des supports obligataires ou monétaires ; que par la suite, Mme George a procédé à des souscriptions pour un montant global de plus de 29 millions d'euros, tandis que M. Julien George a souscrit pour plus de 7 millions d'euros ; que l'assureur a refusé les abondements souscrits entre septembre 2005 et mai 2006 par les consorts George ; qu'estimant illicite la suppression par l'assureur des supports en actions, M. et Mme George, agissant tant pour eux-mêmes que pour le compte de leurs enfants mineurs, l'ont assigné en rétablissement des supports et en responsabilité sous réserve d'une mesure d'expertise préalable permettant de déterminer leur préjudice depuis le 1^{er} janvier 1998, date de la suppression des supports ; que M. Julien George et Mme Claire George, devenus majeurs, sont intervenus volontairement à l'instance ;

Sur le premier moyen, tel que reproduit en annexe :

Attendu que l'assureur fait grief à l'arrêt de dire n'y avoir lieu à renvoi de l'affaire ;

Mais attendu qu'ayant relevé que l'action introduite devant la juridiction civile par les consorts George n'était pas fondée sur les infractions pour lesquelles une instruction a été ouverte contre Mme Isabelle George, mais sur le litige concernant les manquements contractuels de l'assureur, indépendant de la mise en mouvement de l'action publique, c'est dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire que la cour d'appel a décidé qu'il n'apparaissait pas d'une bonne administration de la justice de surseoir à statuer au jugement de l'action ;

D'où il suit que le moyen, qui s'attaque en sa seconde branche à un motif erroné, mais surabondant, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur les deuxième et troisième moyens réunis :

Attendu que l'assureur fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande tendant au prononcé de la résolution judiciaire des contrats d'assurance à compter du 5 juillet 2004 et de lui ordonner de créditer le contrat n° 0000976350A souscrit par Mme Isabelle George et le contrat n° 0000976348X souscrit par M. Julien George des versements complémentaires qui seront effectués par ces derniers, et ce sous astreinte de 5 000 euros par semaine de retard à compter de leur réception, alors, selon le moyen :

1°/ que constitue un usage abusif de la clause d'arbitrage à cours le fait pour un assuré de recourir de manière régulière à des emprunts pour financer des opérations strictement spéculatives, en ce qu'une telle activité, constitutive d'une opération de banque, est contraire à la finalité d'épargne du contrat d'assurance-vie qui lui permet d'effectuer à tout moment de nouveaux versements sur les supports financiers ; qu'en retenant que les consorts George, en recourant à l'emprunt pour abonder leurs contrats, n'avaient contrevenu à aucune disposition légale ou contractuelle, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, ensemble l'article L. 110.1-7 du code de commerce ;

2°/ que constitue un usage abusif de la clause d'arbitrage à cours le fait pour un assuré de recourir de manière régulière à des emprunts pour financer des opérations strictement spéculatives, en ce qu'une telle activité, constitutive d'une opération de banque, est contraire à la finalité d'épargne du contrat d'assurance-vie qui lui permet d'effectuer à tout moment de nouveaux versements sur les supports financiers ; qu'en retenant que les consorts George, en recourant à l'emprunt pour abonder leurs

contrats, n'avaient contrevenu à aucune disposition légale ou contractuelle, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, ensemble l'article L. 110.1-7 du code de commerce ;

Mais attendu que l'arrêt retient que le contrat d'assurance sur la vie, en ce qu'il tend à satisfaire les besoins d'épargne et de prévoyance des souscripteurs/assurés, dans un cadre fiscal particulièrement favorable, n'exclut nullement la recherche par ceux-ci de l'optimisation de leur épargne et donc la réalisation des meilleures plus-values dans les conditions offertes par leur contrat, en fonction du profil de gestion librement choisi par chacun ; qu'il ressort des dispositions générales valant note d'information des contrats signés par les consorts George que "Sélection international est un contrat d'assurance sur la vie à versements libres" qui permet au souscripteur/assuré "de constituer une épargne, de valoriser ou de transmettre en cas de décès un capital investi en parts et actions de supports financiers acquis" par l'assureur ; qu'il est "conclu sans limitation de durée" et que le souscripteur/assuré peut "effectuer à tout moment de nouveaux versements sur les supports financiers" de son choix et, s'il souhaite "adapter" ses "choix d'investissement" à ses "objectifs et à l'évolution de l'environnement économique et financier", "effectuer des arbitrages entre les différents supports proposés", "la date de valeur retenue pour l'achat des parts ou actions ou leur vente, dépendant de la nature de celles-ci" et "pour les supports dont la valeur liquidative est calculée au moins une fois par semaine... celle de la dernière Bourse de la semaine précédant" la réception des fonds par l'assureur ou la demande de mouvement pour les arbitrages, retraits partiels ou avances (clause d'arbitrage à cours connu) ; que les documents publicitaires et de présentation du contrat "Sélection international" mettent en exergue le fait qu'il s'agit d'un "contrat résolument novateur conçu pour satisfaire les investisseurs les plus exigeants désireux de mettre en oeuvre une véritable politique personnelle d'investissement", présentant "un avantage décisif" en ce qu'il permet "de bénéficier du cadre juridique et fiscal de l'assurance sur la vie", que ce contrat s'adresse à une clientèle recherchant la performance de son épargne au travers d'une gestion personnalisée, dynamique et réactive, et présente un caractère spéculatif évident, voulu par l'assureur, qui en a fait un argument de promotion pour la commercialisation de son produit ; que l'assureur a lui-même proposé le recours à l'emprunt dans ses documents publicitaires et qu'il l'a accepté à de nombreuses reprises par le passé tant pour le contrat souscrit par Mme Isabelle George que pour d'autres contrats de même nature souscrits par M. Hervé George et a accepté pour ces contrats les abondements sollicités, financés pour la plupart par emprunts, et ce quel qu'en soit le montant ;

Que de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a pu déduire que les consorts George, en recourant à l'emprunt pour abonder

leurs contrats, qui présentaient un caractère spéculatif, n'ont contrevenu à aucune disposition légale ou contractuelle ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le quatrième moyen :

Attendu que l'assureur fait grief à l'arrêt de dire qu'il a commis une faute en dénaturant les contrats souscrits par les demandeurs le 24 février 1997 et d'ordonner en conséquence une expertise pour évaluer le préjudice subi, alors, selon le moyen :

1°/ que si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties et que le seul usage d'une prérogative contractuelle par un contractant ne saurait être qualifié d'abusif ; qu'en énonçant péremptoirement que l'assureur ne saurait sans abus se prévaloir de la clause lui permettant de modifier les supports éligibles pour modifier la liste et le nombre de supports dans des conditions telles que le contrat s'en trouve dénaturé, l'exécution de bonne foi du contrat lui imposant au contraire de maintenir une diversité de supports équivalente à celle existant au jour de la conclusion du contrat, sans caractériser l'abus commis par l'assureur dans l'usage de la prérogative contractuelle lui donnant la faculté de modifier les supports éligibles en cas d'arbitrage, la cour d'appel a violé le texte l'article 1134 du code civil ;

2°/ que l'usage par un contractant d'une prérogative contractuelle dans son seul intérêt n'est pas en soi abusif ; qu'en énonçant, pour justifier que l'assureur avait dénaturé le contrat, qu'il avait procédé à la modification des supports éligibles dans son seul intérêt, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

3°/ que compte tenu de la finalité d'épargne du contrat d'assurance-vie, l'assureur agit dans l'intérêt des assurés, en exerçant la faculté contractuellement prévue de modifier les supports éligibles, dès lors qu'une telle modification survient à la suite d'une crise financière majeure qui a rendu volatils les supports initialement éligibles ; qu'en estimant que l'assureur avait procédé à la modification des supports éligibles dans son seul intérêt, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

4°/ que l'exercice par l'assuré de la clause d'arbitrage à cours connu repose sur l'évolution des marchés financiers ; qu'en énonçant que les caractéristiques contractuelles des supports dépendent essentiellement d'éléments intrinsèques (nature, orientation, modalités de fonctionnement...),

et non de l'évolution des marchés les caractéristiques contractuelles des supports dépendent, par nature fluctuante, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu que l'arrêt retient qu'il ressort des dispositions générales du contrat "Sélection international" ainsi que des documents publicitaires et de présentation dont il a fait l'objet, que ce contrat a pour caractéristique essentielle d'offrir la possibilité d'optimiser la valorisation de l'épargne par le biais d'une gestion dynamique, réactive et sans risque des sommes investies au travers de la clause d'arbitrage à cours connu, qui permet de changer librement de support en toute connaissance du résultat financier de l'opération ; que cette clause n'a de sens et d'intérêt que si les souscripteurs/assurés peuvent effectivement arbitrer parmi des supports suffisamment nombreux et diversifiés comprenant des supports à dominante actions, seuls susceptibles de présenter une volatilité telle qu'elle permette de dégager des plus-values significatives au regard des frais prélevés à chaque arbitrage ; que le contrat au 1^{er} semestre 1997, époque de la souscription des contrats en litige, comportait plus de 20 supports éligibles majoritairement composés d'actions françaises et étrangères pour constater ensuite qu'au 1^{er} janvier 1998, l'assureur a retiré de ce contrat la quasi-totalité des supports composés d'actions pour ne plus proposer à l'arbitrage au 1^{er} juillet 1998 que huit supports essentiellement obligataires, monétaires ou immobiliers ; que si les conditions générales du contrat stipulent que le souscripteur/assuré trouvera sur la "fiche des mouvements sur contrat" les supports disponibles et que "la liste et le nombre des supports sont susceptibles d'évoluer", l'assureur ne saurait sans abus se prévaloir de cette clause pour modifier la liste et le nombre des supports dans des conditions telles que le contrat s'en trouve dénaturé, l'exécution de bonne foi du contrat lui imposant au contraire de maintenir une diversité de supports équivalente à celle existant au jour de la conclusion du contrat ; que le contrat a subi une réduction drastique du nombre de supports disponibles et la suppression de ceux dont la volatilité permettaient un usage effectif de la clause d'arbitrage à cours connu ;

Qu'en l'état de ces constatations et énonciations, d'où il résultait que la modification de la liste des supports éligibles avait pour seul but de neutraliser le jeu de la clause d'arbitrage à cours connu, la cour d'appel a pu déduire que l'assureur avait commis un abus dans l'exercice de la faculté que lui conférait la clause du contrat de modifier unilatéralement la liste des supports ;

D'où il suit que le moyen, qui s'attaque en ses deuxième, troisième et quatrième branches à des motifs inopérants, n'est pas fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Aviva vie aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de la société Aviva vie, la condamne à payer aux consorts George la somme globale de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, deuxième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du onze septembre deux mille quatorze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt***Moyens produits par Me Spinosi, avocat aux Conseils, pour la société Aviva vie*****PREMIER MOYEN DE CASSATION**

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit n'y avoir lieu à renvoi de l'affaire ;

Aux motifs que « la société AVIVA VIE fait valoir que l'expert ayant déposé son rapport, le tribunal de grande instance de Paris est saisi par les consorts GEORGE de demandes faisant double emploi avec celles présentées devant la cour et qu'il est donc de bonne justice de renvoyer la cause jusqu'à ce que le tribunal ait statué en ouverture de rapport ; qu'elle excipe également de l'information pénale ouverte au TOI de Metz pour escroquerie, abus de biens sociaux, recel et complicité d'abus de biens sociaux, blanchiment et organisation d'insolvabilité, dans laquelle Madame GEORGE est mise en examen pour recel d'abus de biens sociaux, faisant état de fortes suspicions sur la régularité des souscriptions des consorts GEORGE, qui n'ont pas justifié de leurs revenus en dépit d'une sommation de communiquer du 3 novembre 2011 ;

Mais considérant qu'au regard de l'ancienneté du litige, initié il y a plus de dix ans, il n'apparaît pas d'une bonne administration de la justice de retarder encore son examen, alors que les consorts GEORGE s'étant désistés de leur demande aux fins d'évocation de l'affaire en ouverture de rapport, la décision de la cour est au contraire de nature à permettre au tribunal de statuer en meilleure connaissance de cause sur les demandes dont il est saisi, et que la société AVIVA VIE ne fait état d'aucune évolution de la procédure pénale pendante devant le tribunal de Metz depuis l'ordonnance d'incident du 30 janvier 2011, cette procédure ne visant du reste pas Julien, Claire et Max-Hervé GEORGE ;

Qu'en outre, Madame Isabelle GEORGE renonce à invoquer le bénéfice des arbitrages objets de la plainte pour faux déposée à son encontre par la société AVIVA VIE le 10 septembre 2008 et jointe à la procédure pénale susvisée ;

Considérant qu'il n'y a donc pas lieu de renvoyer l'affaire » ;

Alors d'une part qu'il est sursis au jugement de l'action civile tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement ; qu'en retenant qu'il n'y avait pas lieu de surseoir à statuer en ce que la société AVIVA VIE ne faisait état d'aucune évolution de la procédure pénale pendante devant le tribunal de Metz depuis l'ordonnance d'incident du 30 janvier 2011, lorsque seule une décision définitive sur

l'action publique était de nature à permettre au juge civil de statuer, la Cour d'appel a violé l'article 4 du code de procédure pénale ;

Alors d'autre part que la règle selon laquelle le criminel tient le civil en état ne suppose pas l'identité des parties dans le procès pénal et dans le procès civil ; qu'en retenant qu'il n'y avait pas lieu de surseoir à statuer, en ce que la procédure pénale en cours ne visait pas Julien, Claire et Max-Hervé GEORGE, la Cour d'appel a violé l'article 4 du code de procédure pénale ;

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté la société AVIVA VIE de sa demande tendant au prononcé la résolution judiciaire des contrats d'assurance à compter du 5 juillet 2004 ;

Aux motifs propres que « la société AVIVA VIE prétend qu'en empruntant des sommes considérables hors de proportion avec leur patrimoine et sans justifier de l'origine des fonds pour les placer sur leurs contrats d'assurance vie, à la faveur de la procédure, les consorts GEORGE, ont tenté de réaliser des opérations, spéculatives à caractère commercial incompatibles avec la cause et l'objet d'un Contrat d'assurance vie, d'essence civile, cette dénaturation justifiant que la résiliation des contrats soit prononcée au 5 juillet 2004, date de début du dévoiement ;

Considérant que les consorts GEORGE soutiennent que le produit financier qu'est le contrat d'assurance-vie n'interdit pas la spéculation et que la demande de résiliation judiciaire ne peut prospérer, Madame Isabelle GEORGE et Monsieur Julien GEORGE n'ayant pas dévoyé leurs contrats tandis que la mauvaise foi de la société AVIVA VIE l'empêche d'invoquer les dispositions des articles 1134 et 1184 du Code civil ;

Considérant que le contrat d'assurance vie, en ce qu'il tend à satisfaire les besoins d'épargne et de prévoyance des souscripteurs/assurés, dans un cadre fiscal particulièrement favorable, n'exclut nullement la recherche par ceux-ci de l'optimisation de leur épargne et donc la réalisation des meilleures plus-values dans les conditions offertes par leur contrat, en fonction du profil de gestion librement choisi par chacun ;

Considérant qu'il ressort des dispositions générales valant note d'information des contrats signés par les consorts GEORGE que "Sélection International est un contrat d'assurance vie à versements libres" qui permet au souscripteur/assuré "de constituer une épargne, de valoriser ou de transmettre en cas de décès un capital investi en parts et actions de supports financiers acquis" par l'assureur ; qu'il est "conclu sans limitation de durée" et que le souscripteur/assuré peut "effectuer à tout moment de nouveaux versements sur les supports financiers" de son choix et, s'il souhaite

"adapter" ses "choix d'investissement" à ses "objectifs et à l'évolution de l'environnement économique et financier", "effectuer des arbitrages entre les différents supports proposés ", "la date de valeur retenue pour l'achat des parts ou actions ou leur vente, dépendant de la nature de celles-ci" et "pour les supports dont la valeur liquidative est calculée au moins une fois par semaine... celle de la dernière Bourse de la semaine précédant" la réception des fonds par l'assureur ou la demande de mouvement pour les arbitrages, retraits partiels ou avances (clause d'arbitrage à cours connu) ;

Que les documents publicitaires et de présentation du contrat "SELECTION INTERNATIONAL" mettent en exergue le fait qu'il s'agit d'un "contrat résolument novateur conçu pour satisfaire les investisseurs les plus exigeants désireux de mettre en oeuvre une véritable politique personnelle d'investissement", présentant "un avantage décisif" en ce qu'il permet "de bénéficier du cadre juridique et fiscal de l'assurance vie", et qui propose au souscripteur "une possibilité d'option permanente entre les supports financiers les plus diversifiés et les plus performants", permettant à celui-ci de "modifier à tout moment la répartition de ces investissements" et "de changer de supports à chaque instant et au moindre frais" avec une totale "liberté des versements" et la possibilité de "bénéficier à tout moment, de la part d'une banque du Groupe, d'un prêt à un taux et à des conditions particulièrement avantageuses" ;

Considérant que ce contrat s'adresse ainsi à une clientèle recherchant la performance de son épargne au travers d'une gestion personnalisée, dynamique et réactive, et présente un caractère spéculatif évident, voulu par l'assureur, qui en a fait un argument de promotion pour la commercialisation de son produit ;

Considérant que les consorts GEORGE, en recourant à l'emprunt pour abonder leurs contrats, pratique admise par la loi, proposée par la société AVIVA VIE elle-même dans ses documents publicitaires et qu'elle a accepté à de nombreuses reprises par le passé tant pour le contrat souscrit par Madame Isabelle GEORGE en litige (N° 0000976350A) que pour d'autres contrats de même nature souscrits par Monsieur Hervé GEORGE, n'ont contrevenu à aucune disposition légale ou contractuelle ;

Que si les abondements querellés ont pour objectif assumé d'optimiser les gains dans le cadre de la mise en oeuvre de la clause d'arbitrage à cours connu, aucun abus dans l'exécution de leurs contrats n'est toutefois imputable aux consorts GEORGE, qui n'ont fait qu'user dans leur intérêt des possibilités de spéculation offertes par un contrat d'adhésion dont l'assureur est l'instigateur, et qui en constituent l'une des spécificités essentielles ;

Qu'il n'en est résulté non plus aucune dénaturation puisque, ainsi qu'il l'a été dit, son caractère spéculatif est inhérent au contrat "SELECTION

INTERNATIONAL" et que le recours à emprunt pour l'abonder, et ainsi accroître les possibilités de gains, non seulement n'est pas contractuellement prohibé mais bien au contraire a été encouragé par l'assureur ;

Considérant qu'aucun manquement à leurs engagements ni dévoiement de leurs contrats n'étant en conséquence imputables aux consorts GEORGE, c'est à juste titre que les premiers juges ont débouté la société AVIVA VIE de sa demande de résiliation ;

Aux motifs adoptés que « la société AVIVA VIE sollicite la résolution judiciaire des deux contrats précités en soutenant, d'une part, que le contrat d'assurance vie est une opération de prévoyance par la recherche d'une sécurité face à un risque déterminé, le décès, et que toutes les obligations des parties doivent converger vers cet objectif ; qu'elle prétend, d'autre part, que l'exercice de la clause dite « de cours connu » doit être mise en oeuvre de bonne foi et que les consorts GEORGE, en pratiquant de nombreux arbitrages et en augmentant « artificieusement » la valeur des contrats par des prêts bancaires garantis par les contrats eux-mêmes, tenteraient de mettre la mutualité des assurés en difficulté et auraient un comportement dépourvu de bonne foi.

Mais attendu qu'il vient d'être relevé que les consorts GEORGE avaient agi dans le respect des clauses contractuelles et profité des possibilités offertes par le contrat proposé par la société AVIVA VIE qui souligne elle-même dans ses documents de présentation du contrat SELECTION INTERNATIONAL les avantages rappelés ci-dessus ;

que cette société sera donc déboutée de sa demande de résolution.

Alors que constitue un usage abusif de la clause d'arbitrage à cours le fait pour un assuré de recourir de manière régulière à des emprunts pour financer des opérations strictement spéculatives, en ce qu'une telle activité, constitutive d'une opération de banque, est contraire à la finalité d'épargne du contrat d'assurance-vie qui lui permet d'effectuer à tout moment de nouveaux versements sur les supports financiers ; qu'en retenant que les consorts GEORGE, en recourant à l'emprunt pour abonder leurs contrats, n'avaient contrevenu à aucune disposition légale ou contractuelle, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, ensemble l'article L. 110.1-7 du code de commerce ;

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir ordonné à la société AVIVA VIE de créditer le contrat n° 0000976350A souscrit par Madame Isabelle GEORGE et le contrat n° 0000976348X souscrit par Monsieur Julien GEORGE des versements complémentaires qui seront effectués par ces derniers et ce,

sous astreinte de 5 000 euros par semaine de retard à compter de leur réception ;

Aux motifs propres que « la société AVIVA VIE s'estime en tout état de cause fondée à refuser des versements provenant d'opérations bancaires assimilables à des actes de commerce ;

Mais considérant que comme le font à juste titre valoir les consorts GEORGE, le refus opposé par l'assureur aux demandes d'abondements formées par Madame Isabelle GEORGE et Monsieur Julien GEORGE en cours de procédure contrevient aux conditions générales du contrat qui prévoient que le souscripteur/assuré peut effectuer à tout moment de nouveaux versements sur les supports financiers de son choix, sans limitation de montant maximum ;

Qu'ainsi qu'il l'a été dit, la société AVIVA VIE a du reste accepté à de nombreuses reprises par le passé, tant pour le contrat souscrit par Madame Isabelle GEORGE en litige que pour d'autres contrats de même nature souscrits par Monsieur Hervé GEORGE, les abondements sollicités, financés pour la plupart par emprunts, et ce quel qu'en soit le montant ; qu'elle ne peut donc utilement exciper aujourd'hui de la mauvaise foi des intimés dans l'exécution de leurs contrats ;

Considérant, en conséquence, qu'il convient de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a ordonné, sous astreinte, à la société AVIVA VIE de créditer les contrats souscrits par Madame Isabelle GEORGE et Monsieur Julien GEORGE des versements complémentaires effectués et donné mission à l'expert de fournir les éléments permettant de déterminer le préjudice subi du fait du refus par l'assureur des abondements demandés » ;

Aux motifs adoptés que « Madame Isabelle GEORGE et Monsieur Julien GEORGE font grief à la société AVIVA VIE de s'être opposée aux abondements auxquels ils ont procédé en 2005 et 2006 notamment à l'aide de prêts et demandent au tribunal de condamner cette société sous astreinte à créditer leurs contrats des abondements effectués par eux ;

que la société AVIVA VIE s'oppose à cette demande qui aboutirait selon elle à un dévoiement du contrat d'assurance vie dont la finalité est la constitution et la valorisation d'une épargne et non la recherche d'un gain spéculatif.

Mais attendu que les documents publicitaires diffusés par la société AVIVA VIE mettent en exergue le choix offert au souscripteur d'opter pour une « orientation fortement spéculative » ou un « équilibre harmonieux entre sécurité et performance » ;

que la plaquette de présentation du. contrat SELECTION INTERNATIONAL précise que celui-ci se caractérise par la liberté des versements et qu'il appartient au souscripteur, une fois le versement initial effectué, de définir librement le rythme et les montants suivants, étant précisé que. les seuils minima varient en fonction des supports choisis ;

qu'il n'est fait état d'aucun seuil maximal ;

que l'interdiction de recourir à un prêt pour procéder à des versements complémentaires ne figure pas dans les conditions générales ;

que la société AVIVA VIE ne démontrant pas en quoi la demande afférente aux abondements de Madame Isabelle GEORGE et de Monsieur Julien GEORGE serait contraire aux dispositions contractuelles, il y a lieu d'ordonner à la société AVIVA VIE de créditer les deux contrats n° 0000976350A et 0000976348X des sommes qui seront versées sur ces contrats et ce, sous astreinte de 5 000 euros par semaine de retard à compter de la réception à venir de ces sommes ;

que l'expert commis sera chargé de donner au tribunal les éléments lui permettant de déterminer le préjudice subi du fait du refus des versements complémentaires par la société AVIVA VIE » ;

Alors que constitue un usage abusif de la clause d'arbitrage à cours le fait pour un assuré de recourir de manière régulière à des emprunts pour financer des opérations strictement spéculatives, en ce qu'une telle activité, constitutive d'une opération de banque, est contraire à la finalité d'épargne du contrat d'assurance-vie qui lui permet d'effectuer à tout moment de nouveaux versements sur les supports financiers ; qu'en retenant que les conjoints GEORGE, en recourant à l'emprunt pour abonder leurs contrats, n'avaient contrevenu à aucune disposition légale ou contractuelle, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, ensemble l'article L. 110.1- 7 du code de commerce ;

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir dit que la société AVIVA VIE a commis une faute en dénaturant les contrats souscrits par les demandeurs le 24 février 1997 et d'avoir en conséquence ordonné une expertise pour évaluer le préjudice subi ;

Aux motifs propres que « la société AVIVA VIE soutient que l'utilisation abusive de la clause contractuelle autorisant la modification de la liste et du nombre des supports qui lui est imputée n'est pas caractérisée et que la désignation d'un expert pour évaluer un préjudice inexistant doit être annulée ;

Qu'elle développe que le tribunal n'a pas comparé les caractéristiques contractuelles des supports pour la période antérieure à la date de souscription des contrats avec celles des supports restant après les modifications en litige compte tenu de l'évolution des marchés financiers et n'a pas pris en considération le risque d'arbitrages à cours inconnu auquel les assurés étaient exposés en cas de forte volatilité des supports par application mécanique de la clause des 5 %, affirmant que le dérèglement des marchés financiers apparu en 1997 aboutissant à une volatilité inconnue par le passé des supports actions l'a conduit à bon droit à déclarer inéligibles les plus exposés ; qu'elle fait encore grief au tribunal d'avoir remis en cause le contrat sans caractériser son économie et en confiant à un expert le soin de le reconstituer, en violation de l'article 1134 du Code civil ;

Qu'elle ajoute que la restitution des supports pour que la clause d'arbitrage retrouve son efficacité d'origine est impossible dès lorsqu'il n'existe pas de critères Objectifs permettant de déterminer quels sont les supports comparables pouvant être aujourd'hui proposés dans le cadre d'un contrat avec clause d'arbitrage à cours connu, compte tenu de la profonde modification des marchés intervenue depuis 1998, et que l'éligibilité des supports actions ayant été retirée, pour l'ensemble des contrats, les consorts GEORGE se trouveraient seuls à pouvoir arbitrer sur les supports réintégrés, ce qui priverait d'efficacité la clause de sauvegarde des 5 % et l'arbitrage de tout aléa, le contrat se voyant alors conférer une efficacité illimitée qui aurait pour effet de rompre l'équilibre contractuel accepté par les parties et serait contraire à l'ordre public de l'article 1965 du Code civil ;

Considérant que les consorts GEORGE opposent que la suppression progressive des supports de leurs contrats est illégale au regard des articles 1134 du Code civil et R. 131-1 du Code des assurances, l'assureur ayant de mauvaise foi bloqué le fonctionnement de la clause d'arbitrage à cours connu par l'utilisation de la clause de: variabilité des supports, et que la bonne exécution de leurs contrats suppose le maintien d'une liste de supports diversifiés, notamment à caractère international, et majoritairement à dominante actions ; qu'ils s'estiment donc fondés à demander la restitution tant des supports illicitement retirés que des nouveaux supports éligibles au contrat et affirment que le jugement entrepris a clairement caractérisé la dénaturation des contrats opérée par l'assureur ;

Considérant qu'il ressort des dispositions générales du contrat "SELECTION INTERNATIONAL" ainsi que des documents publicitaires et de présentation dont il a fait l'objet, résumés ci-dessus, que ce contrat a pour caractéristique essentielle d'offrir la possibilité d'optimiser la valorisation de l'épargne par le biais d'une gestion dynamique, réactive et sans risque des sommes investies au travers de la clause d'arbitrage à cours connu, qui permet de changer librement de support en toute connaissance du résultat financier de l'opération ; Que cette clause n'a de sens et d'intérêt que si les

souscripteurs/assurés peuvent effectivement arbitrer parmi des supports suffisamment nombreux et diversifiés comprenant des supports à dominante actions, seuls susceptibles de présenter une volatilité telle qu'elle permette de dégager des plus-values significatives au regard des frais prélevés à chaque arbitrage ;

Considérant que la liste des supports éligibles au contrat "SELECTION INTERNATIONAL" du 1^{er} semestre 1997, époque de la souscription des contrats en litige, comportait ainsi plus d'une vingtaine de supports, majoritairement composés d'actions françaises et étrangères ;

Qu'il est constant qu'à partir du 1^{er} janvier 1998, la société AVIVA VIE a retiré de la liste des supports disponibles pour ce contrat la quasi-totalité de ceux composés d'actions, et qu'au 1^{er} juillet 1998 elle ne proposait plus à l'arbitrage que 8 supports essentiellement obligataires, monétaires ou immobiliers ;

Considérant que si les conditions générales du contrat "SELECTION INTERNATIONAL" stipulent que le souscripteur/assuré trouvera sur la "Fiche des mouvements sur contrat" les supports disponibles et que " la liste et le nombre des supports sont susceptibles d'évoluer", l'assureur ne saurait sans abus se prévaloir de cette clause pour modifier la liste et le nombre des supports dans des conditions telles que le contrat s'en trouve dénaturé, l'exécution de bonne foi du contrat lui imposant au contraire de maintenir une diversité de supports équivalente à celle existant au jour de la conclusion du contrat ;

Or considérant que la réduction drastique du nombre de supports disponibles et la suppression de ceux dont la volatilité permettaient un usage effectif de la clause d'arbitrage à cours connu a neutralisé le fonctionnement de cette clause et vidé le contrat d'une partie de sa substance ;

Considérant que contrairement à ce qu'avance la société AVIVA VIE pour justifier la modification, les caractéristiques contractuelles des supports dépendent essentiellement d'éléments intrinsèques (nature, orientation, modalités de fonctionnement...) et non de l'évolution des marchés financiers, par nature fluctuante ;

Qu'elle a procédé à cette modification dans son seul intérêt, pour échapper aux conséquences financières des arbitrages à cours connu devenues plus lourdes à partir de 1997, et non dans un souci de protection des assurés puisque le mécanisme de la clause d'arbitrage à cours connu excluait précisément tout risque pour le souscripteur/assuré normalement avisé qui pouvait gérer ses investissements à court terme en parfaite connaissance de

l'évolution des cours, et que l'application de la clause des 5 % était aux termes des conditions générales justifiée par la préservation des intérêts des assurés, lesquels pouvaient en tout état de cause renoncer à leur arbitrage s'ils ne souhaitaient pas en voir différer la date ;

Considérant que contrairement encore à ce que prétend la société AVIVA VIE, le tribunal a clairement caractérisé la dénaturation des contrats résultant de la suppression des supports à dominante actions disponibles à l'arbitrage, consistant dans le blocage du fonctionnement de la clause d'arbitrage à cours connu qui constituait un élément essentiel et déterminant de la convention des parties, et n'a demandé à l'expert qu'un avis technique lui permettant de déterminer le nombre et la liste des supports devant être rétablis afin que cette clause retrouve son efficacité d'origine ;

Que cette restitution n'est nullement impossible, l'expert proposant d'ailleurs dans son rapport une liste de supports susceptibles d'être rétablis ;

Qu'en réalité, l'impossibilité alléguée par l'assureur, tenant à une prétendue rupture de l'équilibre contractuel d'origine, n'est que la conséquence de ses agissements fautifs, la neutralisation de la clause de sauvegarde des 5 % dont il fait état résultant du retrait abusif des supports auquel il a procédé, empêchant les souscripteurs/adhérents au contrat "SELECTION INTERNATIONAL" qui ont refusé de signer l'avenant proposé d'arbitrer sur ces supports et donc le déclenchement éventuel de cette clause ; qu'il ne peut dès lors s'en prévaloir ;

Que par ailleurs, l'exécution d'un contrat d'assurance vie dont les clauses sont licites n'est pas assimilable à un jeu, de sorte que l'assureur ne peut invoquer l'exception prévue par l'article 1965 du Code civil ;

Considérant qu'il s'ensuit que le jugement entrepris doit être également confirmé en ce qu'il a dit que la société AVIVA VIE a commis une faute en dénaturant les contrats souscrits par les consorts GEORGE le 24 février 1997 et désigné un expert avec mission, notamment, de lui fournir les éléments permettant de déterminer le nombre minimum et la liste des supports devant être rétablis par l'assureur ainsi que la perte de chance subie par les consorts GEORGE depuis le 1^{er} janvier 1998 de n'avoir pu arbitrer en tenant compte de leur pratique antérieure ;

Considérant que les consorts GEORGE ayant renoncé à leur demande d'évocation et la cour n'entendant pas user de la faculté d'évoquer prévue par l'article 568 du Code de procédure civile, il n'y a en revanche pas lieu pour elle de condamner la société AVIVA VIE à rétablir les supports visés

dans le dispositif des dernières écritures des intimés, demande sur laquelle le tribunal n'a pas encore statué en ouverture de rapport » ;

Aux motifs adoptés que « les conjoints GEORGE font grief à la société AVIVA VIE d'avoir, en violation de l'article 1134 du Code civil et de l'article R. 132-1 du Code des assurances, supprimé treize des vingt et un supports existant à la date de la souscription de leurs contrats et plus précisément les supports composés d'actions, seul restant parmi ces derniers la SICAV « VICTOIRE » qui ne contenait plus que 25 % d'actions en 1999, et sans restituer de supports équivalents et alors également que les conditions générales du contrat n'autorisaient pas la suppression d'un support pour une autre raison que la force majeure.

Attendu qu'il y a lieu de relever tout d'abord que la force majeure n'est pas invoquée par la société AVIVA VIE comme motif de la suppression des supports ;

que, par ailleurs, l'alinéa 3 de l'article R. 131-1 précité qui dispose que le contrat doit prévoir les modalités selon lesquelles, en cas de disparition d'une unité de compte, une autre unité de compte de même nature lui est substituée par un avenant au contrat, n'est pas applicable en l'espèce, en l'absence de disparition d'unités de compte.

Attendu qu'il n'est pas contesté que les conditions générales des contrats SELECTION INTERNATIONAL souscrits en 1997 par les demandeurs prévoyaient que la liste et le nombre des supports étaient susceptibles d'évoluer ;

que la mise en oeuvre d'une telle clause peut néanmoins revêtir un caractère abusif si la modification du contrat entraîne une dénaturation de celui-ci.

Attendu que les 1^{er} janvier et 2 juillet 1998, la société AVIVA VIE a supprimé ou déclaré inéligibles plusieurs supports composés essentiellement d'actions et qui présentaient donc une volatilité suffisante pour rendre attractif l'arbitrage à cours connu qui constituait une des spécificités essentielles du contrat.

Attendu que cette société justifie la modification de la liste des supports par l'exigence de protection de l'intérêt de l'ensemble des assurés et par l'évolution des supports à la suite de la crise du marché asiatique survenue en 1997 qui accrut leur volatilité.

Mais attendu que la clause d'arbitrage à cours connu excluait tout risque pour le souscripteur normalement avisé dès lors qu'elle lui permettait de modifier les orientations de la gestion à court terme de ses placements en connaissance de l'évolution des cours ;

que le risque encouru par l'ensemble des assurés n'est pas davantage démontré par la société AVIVA VIE alors que le jeu de la clause à cours connu a eu pour principale conséquence de lui faire supporter la charge financière des plus-values réalisées par ses co-contractants et qu'elle reconnaît avoir continué de proposer aux adhérents du contrat intitulé « Vie universelle », dénué de la possibilité d'arbitrer à cours connu, des supports déclarés inéligibles dans le cadre du contrat vie entière auquel ont souscrit les conjoints GEORGE.

Attendu que la société AVIVA VIE ne peut pas plus invoquer valablement la dénaturation du contrat qui résulterait de l'utilisation à des fins spéculatives de tels supports en lien avec la clause d'arbitrage à cours connu alors qu'elle ne dénie pas avoir elle-même mis en relief les avantages de ses contrats d'assurance-vie multisupports dans les documents qu'elle a diffusés auprès de sa clientèle et que les conditions générales insistent sur la liberté de versements, de placements et de modification à tout moment de la répartition des capitaux de l'assuré.

Attendu qu'en remplaçant les supports spéculatifs par des supports obligataires ou à forte dominante obligataire, la société AVIVA VIE a fait une application abusive de la clause du contrat prévoyant que la liste et le nombre des supports étaient susceptibles d'évoluer et partant, a dénaturé les contrats souscrits par les demandeurs et causé un préjudice à ces derniers ;

que le tribunal n'étant pas en mesure d'apprécier à partir de combien de supports comportant les principales caractéristiques des unités de comptes choisies à l'origine par les conjoints GEORGE l'économie du contrat sera rétablie, il ne sera pas fait droit en l'état à la demande de rétablissement des supports initiaux.

Attendu que le préjudice subi par les conjoints GEORGE consiste dans la perte d'une chance, eu égard à leur pratique d'arbitrage antérieure à la suppression des supports spéculatifs, de réaliser des plus-values supérieures à celles qu'ils ont enregistrées après cette suppression ; qu'il ne peut être déterminé en l'état.

Attendu, en conséquence, qu'il convient, pour ces motifs, d'ordonner une mesure d'expertise dans les termes du dispositif ci-après aux fins d'obtenir les éléments permettant d'établir l'étendue du préjudice et ce, aux frais avancés des demandeurs ; de surseoir à statuer sur ce point et de rejeter les demandes de provision formées au profit de Madame Isabelle GEORGE à hauteur de 90 000 000 euros, au profit de Monsieur Julien GEORGE pour un montant de 21 000 000 euros et au profit de Claire et Max-Hervé GEORGE à hauteur de 40 413 euros chacun ».

Alors d'une part que si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties et que le seul usage d'une prérogative contractuelle par un contractant ne saurait être qualifié d'abusif ; qu'en énonçant péremptoirement que l'assureur ne saurait sans abus se prévaloir de la clause lui permettant de modifier les supports éligibles pour modifier la liste et le nombre de supports dans des conditions telles que le contrat s'en trouve dénaturé, l'exécution de bonne foi du contrat lui imposant au contraire de maintenir une diversité de supports équivalente à celle existant au jour de la conclusion du contrat, sans caractériser l'abus commis par l'assureur dans l'usage de la prérogative contractuelle lui donnant la faculté de modifier les supports éligibles en cas d'arbitrage, la Cour d'appel a violé le texte l'article 1134 du code civil ;

Alors d'autre part que l'usage par un contractant d'une prérogative contractuelle dans son seul intérêt n'est pas en soi abusif ; qu'en énonçant, pour justifier que l'assureur avait dénaturé le contrat, qu'il avait procédé à la modification des supports éligibles dans son seul intérêt, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

Alors de troisième part que compte tenu de la finalité d'épargne du contrat d'assurance-vie, l'assureur agit dans l'intérêt des assurés, en exerçant la faculté contractuellement prévue de modifier les supports éligibles, dès lors qu'une telle modification survient à la suite d'une crise financière majeure qui a rendu volatils les supports initialement éligibles ; qu'en estimant que l'assureur avait procédé à la modification des supports éligibles dans son seul intérêt, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

Alors enfin que l'exercice par l'assuré de la clause d'arbitrage à cours connu repose sur l'évolution des marchés financiers ; qu'en énonçant que les caractéristiques contractuelles des supports dépendent essentiellement d'éléments intrinsèques (nature, orientation, modalités de fonctionnement...), et non de l'évolution des marchés les caractéristiques contractuelles des supports dépendent, par nature fluctuante, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;