

# LA RESPONSABILITÉ CIVILE EST-ELLE ENCORE ASSURABLE ?

JÉRÔME KULLMANN\*

**S**i l'on s'interroge sur l'assurabilité actuelle du risque de responsabilité, c'est que l'on assiste à une évolution de cette dernière, et bien entendu dans le sens de son développement et non de sa décroissance. En d'autres termes, les assureurs sont confrontés à des sinistres qu'ils n'avaient pas envisagés en concluant leurs contrats d'assurance, essentiellement en raison de la diversification des préjudices réparables (première partie). Si de la sorte, le nombre de sinistres augmente, les montants des dommages-intérêts alloués par les juridictions suivent la même tendance. Parmi les techniques utilisées par les assureurs pour encadrer le montant de leurs propres engagements, la plus intéressante est certainement celle de la globalisation des sinistres (seconde partie).

183

## *LES NOUVEAUX RISQUES DE RESPONSABILITÉ*

On ne peut évidemment établir une liste des nouveaux risques de responsabilité, sauf à tomber dans des lieux communs : les objets connectés, les atteintes aux droits fondamentaux des personnes juridiques, les actes des robots (futurs personnes juridiques<sup>1</sup>), etc. En revanche, il est intéressant de retracer l'évolution de la nature des préjudices déclarés réparables par la Cour de cassation dans le domaine des atteintes corporelles, physiques et surtout mentales, pourrait-on dire. En effet, c'est à ce propos que l'on rencontre les extensions les plus surprenantes et la prise en charge des dettes de responsabilité de l'assuré heurte souvent les assureurs qui ne peuvent que difficilement l'écarter.

---

\* Professeur, Université Paris-Dauphine ; directeur, Institut des assurances de Paris-Dauphine ; président, AIDA World. Contact : jerome.kullmann@wanadoo.fr.

*L'évolution des préjudices réparables*

On rappellera brièvement que l'on devrait toujours distinguer le dommage et le préjudice. Le premier est une atteinte à un bien (dommage matériel), à une personne physique (dommage corporel) ou à un sentiment (dommage moral). Le second se situe dans la conséquence qu'a le premier sur le patrimoine ou sur l'être. Et si le dommage peut être objectivement constaté (telle maladie, tel accident corporel), le préjudice diffère selon la personne qui s'en prévaut pour demander réparation au responsable<sup>2</sup> et à l'assureur de ce dernier. Certes on a toujours admis que sont réparables les préjudices qui résultent d'une atteinte corporelle. Toutefois l'histoire montre que certains d'entre eux ont pu être considérés comme non réparables pendant de longues années, puis ont changé de statut : d'irréparables, ils sont devenus réparables. On ne peut manquer de faire état du préjudice sexuel : une lésion d'un organe peut provoquer divers préjudices. De l'impossibilité de procréer, par exemple, préjudice toujours admis comme réparable, on est passé notamment au droit au plaisir. Dans les années 1960-1970, cette nouveauté faisait subtilement sourire les étudiants, mais les assureurs, beaucoup moins, lorsqu'ils ont pris conscience des sommes que pouvait leur coûter la « perte du plaisir lié à l'accomplissement de l'acte sexuel », selon l'expression de la Cour de cassation<sup>3</sup>. Une réaction similaire de ces professionnels peut être observée depuis une dizaine d'années en présence de préjudices dont on n'imaginait pas qu'ils puissent donner lieu à réparation. Du plus dramatique au plus délirant, quelques exemples suffisent à en tracer l'expansion.

184

*L'angoisse et ses dérivés*

L'exemple le plus connu, notamment pour avoir suscité une abondante jurisprudence, est celui du préjudice d'anxiété, dit aussi préjudice d'angoisse. Il faut bien cerner la question. Un tel préjudice est depuis longtemps reconnu lorsqu'il fait suite à une atteinte corporelle. Ce qui est nouveau, c'est la possible réparation d'un préjudice tenant à la crainte de subir prochainement un tel dommage. Les illustrations ne manquent pas<sup>4</sup>. En premier lieu, l'exposition à l'amiante a conduit la Cour de cassation à rendre plusieurs dizaines d'arrêts, en retenant la responsabilité civile de l'employeur : les salariés se trouvent « dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante » et sont « amenés à subir des contrôles et examens réguliers propres à réactiver cette angoisse »<sup>5</sup>. Ce préjudice recouvre « l'ensemble des troubles psychologiques, y compris ceux liés au bouleversement dans les conditions d'existence, résultant du risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante »<sup>6</sup>. En second lieu, il se retrouve en substance

chez les personnes qui ont une sonde cardiaque, lorsqu'elles apprennent que celle-ci est défectueuse – sans aucun dommage pour l'instant – et qu'une explantation doit être pratiquée<sup>7</sup>, ou chez celles qui ont reçu le virus de l'hépatite C à l'occasion d'une transfusion sanguine, l'angoisse résidant dans la perspective de développer cette maladie<sup>8</sup>. Il reste à évoquer une situation purement mentale, en quelque sorte, la peur n'étant assortie d'aucune atteinte directe ou indirecte à l'intégrité physique : une personne mise en détention provisoire car accusée d'un viol a vécu quelques mois dans l'angoisse d'être malmenée par ses codétenus ; ayant été innocentée, elle a réclamé, et obtenu, des dommages-intérêts à raison de cette angoisse, alors qu'aucun acte de violence n'avait été perpétré à son encontre pendant sa détention<sup>9</sup>.

Un nouveau préjudice d'ordre moral a fait son apparition, sans pouvoir être confondu avec l'angoisse, quoique les juristes en discutent de façon un peu byzantine<sup>10</sup>. Il s'agit du préjudice dit « de mort imminente », qui donne naissance à une créance de réparation contre le responsable, créance qui est transmise aux héritiers<sup>11</sup> : la victime a conscience, ce qui est indispensable, qu'elle vit ses derniers instants. Tel est le cas de la personne qui acquiert une embarcation défectueuse, chavire et se débat avant de se noyer en quelques minutes<sup>12</sup>, ou de celle qui subit un accident de voiture et outre ses souffrances physiques, entrevoit son décès qui survient effectivement très rapidement<sup>13</sup>, ou enfin, mais la liste n'est pas close, des passagers dont l'avion va s'écraser<sup>14</sup> (à cet égard, la plupart des États des États-Unis admettant la réparation du préjudice d'angoisse, il s'agit alors des *damages for pre-impact fear*).

185

Enfin c'est assez récemment qu'un préjudice encore plus original a fait son apparition, consistant, pour la victime, en une insupportable attente des secours et, pour ses proches, des nouvelles sur sa situation. Celle-ci prend généralement place dans le cadre d'un accident et certaines juridictions du fond en ont admis le caractère réparable<sup>15</sup>.

Au fond, tous les préjudices qui viennent d'être présentés sont mis en lumière lorsque survient un attentat, mais on ne peut pas dire que juridiquement, une telle situation dramatique soit parfaitement claire du point de vue des réparations qui seront accordées. On s'éloignera de cette sombre atmosphère en évoquant rapidement d'autres préjudices dont la réalité peut sembler douteuse et la réparation plutôt éloignée d'une morale élémentaire.

### *Les préjudices relevant du délire*

Deux illustrations permettent de mesurer l'imagination des plaideurs qui cherchent à percevoir une somme d'argent au prétexte qu'ils ont subi un préjudice à leurs yeux réparable.

La première voit un juge d'instance<sup>16</sup> accorder 1 euro de dommages-intérêts à une association des amis de feu Michael Jackson, le responsable condamné étant le médecin de ce dernier, du reste emprisonné quelque part aux États-Unis. Le préjudice ainsi réparé est celui du chagrin ressenti à la suite du décès du chanteur...

La seconde met en scène un couple qui divorce<sup>17</sup>. Madame reproche à son époux de ne pas lui avoir fait suffisamment connaître le « plaisir lié à l'accomplissement de l'acte sexuel » et lui réclame 10 000 euros de dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil<sup>18</sup> au titre de ce préjudice. Et la cour d'appel d'Aix-en-Provence<sup>19</sup> lui donne raison, en dépit des protestations du mari qui fait état de sa grande fatigue. L'histoire ne mentionne pas la mise en jeu d'une assurance, mais on imagine la tête de l'assureur multirisques habitation auquel le responsable demanderait de prendre en charge une telle dette de responsabilité. Comment pourrait-il opposer un refus de garantie ?

C'est effectivement maintenant qu'il faut envisager la mise en œuvre des contrats d'assurance de responsabilité susceptibles de couvrir tous ces nouveaux préjudices, auxquels l'assureur n'avait probablement pas pensé lorsqu'il a donné son consentement.

### *L'assurance des nouveaux préjudices*

186

Bien entendu, il faut qu'une responsabilité puisse être engagée, ce que l'on supposera ici acquis. On notera à cet égard que même dans le cadre d'une acte de terrorisme, il peut être possible de trouver un responsable autre que le terroriste lui-même : on sait que l'une des craintes des dirigeants de sociétés ou des organisateurs de manifestations sportives ou autres réside précisément dans le grief qui leur serait adressé de ne pas voir pris les mesures propres à éviter la survenance d'un tel événement.

Comment l'assureur peut-il agir pour écarter un risque de responsabilité qu'il ne veut pas garantir ?

Deux évidences doivent être rappelées. Tout d'abord, couvrir avec une prime correcte, ou refuser de garantir, suppose la connaissance du risque. Ensuite la modification de ce dernier par le juge dispose par définition d'une incidence rétroactive.

#### *Sur quel élément agir ?*

En dehors du pur et simple refus de conclure le contrat d'assurance, peu évident pour des raisons commerciales ou légales<sup>20</sup>, les outils dont dispose l'assureur sont peu nombreux et se trouvent essentiellement dans le mécanisme de l'exclusion. S'agissant de la responsabilité de l'assuré, il est possible d'exclure soit l'événement, soit le dommage, soit le préjudice, le cumul étant évidemment possible.

Le raisonnement peut alors être ainsi déroulé. Toute exclusion doit être formelle (c'est-à-dire dépourvue d'ambiguïté) et limitée (la substance de la garantie ne doit pas être vidée)<sup>21</sup>. Or on ne peut définir de façon précise que ce que l'on connaît bien. Pour reprendre l'exemple du préjudice d'anxiété, pourquoi l'écarter à une époque où ce n'était pas un préjudice réparable, selon la jurisprudence ? Et une fois devenu réparable, comment l'exclure de façon formelle ? La notion est-elle vraiment si claire, alors qu'elle est l'objet de sérieuses discussions au sein de la doctrine ? Il faut ici rappeler que la Cour de cassation a déclaré nulles, car non formelles, les clauses d'exclusion des « maladies sexuellement transmissibles », des « maux de dos » ou encore des « états dépressifs ».

À supposer, maintenant, que ces problèmes de connaissance et de clarté soient résolus, la méthode radicale pour ne pas garantir reste probablement l'exclusion de l'événement, source du dommage. On peut aussi garder l'événement dans le cadre du contrat d'assurance, mais n'évincer que certains dommages, ou se focaliser sur les préjudices afin de n'en évacuer que quelques-uns. À la suite des sinistres dus à l'exposition de personnes physiques aux poussières d'amiante, les polices d'assurance ont très généralement exclu toutes les conséquences d'une telle exposition, c'est-à-dire tous les dommages, et donc tous les préjudices, liés à cette matière. De la sorte, même lorsque la Cour de cassation a découvert le préjudice d'anxiété en tant que préjudice réparable, ce sont tous ceux liés à l'amiante qui se sont trouvés en dehors du contrat d'assurance de responsabilité, notamment de l'employeur. Toutefois les polices qui, antérieurement, ne contenaient pas une telle exclusion ont dû être mises en œuvre.

187

### *Le rééquilibrage*

L'assureur, ayant pris connaissance d'un nouveau risque réparable, va lui consacrer une exclusion, si possible formelle et limitée. Il n'empêche qu'avant l'innovation jurisprudentielle, ce risque n'était pas exclu, et se trouvait couvert... sans le savoir, pourrait-on dire. C'est ainsi que les dommages provoqués par l'amiante ont certes été sortis de la garantie par les nouvelles clauses d'exclusion, mais pour l'avenir, et pas pour le passé. Le même phénomène se rencontre lorsqu'une exclusion est un beau jour déclarée nulle car non formelle et limitée. Bref, ce qui n'était pas garanti devient garanti. Tel est l'effet naturel de la jurisprudence : le juge se penche toujours sur une situation du passé et révèle ce qu'était alors l'état du droit, même si à l'époque, personne n'aurait pu s'en douter. La rétroactivité de la décision de justice est une réalité que comprennent fort bien les personnes qui en subissent les conséquences (voir Kullmann, 2006).

Une question vient immédiatement à l'esprit : dans tous ces cas, l'assureur a pensé qu'il ne garantissait pas la dette de responsabilité et n'a pas perçu de prime. Or chacun connaît le principe : pas de garantie sans prime et en corollaire, toute garantie avec une prime. Il s'agit de la simple application du caractère onéreux du contrat d'assurance (l'assurance purement gratuite n'existe pas) et de celle des règles prudentielles. On pourrait donc imaginer que si l'assureur est conduit à garantir une dette de responsabilité, alors même qu'il n'a touché aucune prime à ce titre, il est en droit, voire dans l'obligation, de réclamer à l'assuré une prime dont le montant correspond à la tarification de ce risque désormais couvert. Après tout, il n'est pas responsable de la nouvelle jurisprudence (nouveau préjudice réparable) ou de la nouvelle annulation d'une clause d'exclusion jusqu'alors considérée comme valable.

C'est donc très naturellement qu'il va se tourner vers une disposition classique du Code des assurances, qui tient compte de l'aggravation du risque, l'article L. 113-4<sup>22</sup> : la circonstance nouvelle et aggravante se tient dans la nouvelle jurisprudence. Il serait donc en droit de demander un surcroît de prime. La doctrine s'y oppose et cette opposition est tenue pour si sérieuse que la Cour de cassation n'a jamais eu à en traiter le bien-fondé. La nouveauté jurisprudentielle (ou légale, du reste, mais la jurisprudence, on l'a dit, est toujours rétroactive) n'est pas un facteur d'aggravation du risque au sens de ce texte.

188

Une lueur d'espoir pourrait-elle jaillir de la réforme du Code civil opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, qui a fait entrer la théorie de l'imprévision dans les relations contractuelles de droit privé<sup>23</sup> ? Aux termes du nouvel article 1195<sup>24</sup>, trois conditions sont nécessaires pour parvenir à une révision du contrat par le juge (« adaptation », dit le texte), en cas d'échec des négociations qui ont dû s'ouvrir : un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat, provoquant une exécution du contrat excessivement onéreuse pour une partie, celle-ci n'ayant pas accepté d'en assumer le risque. Si l'on suppose que l'assureur ait démontré que l'exécution du contrat d'assurance est devenue pour ainsi dire insupportable financièrement et qu'il n'avait pas consenti à en accepter l'éventualité, une nouvelle jurisprudence peut-elle être assimilée à un changement de circonstances imprévisible ? Il semble certain que la modification du risque couvert – ce qui était exclu est devenu garanti, par exemple – constitue un tel changement. Toutefois l'évolution de la jurisprudence relève-t-elle d'un phénomène imprévisible ? Il est trop facile de dire que pour un assureur, dont le cœur de métier est le contrat d'assurance, c'est-à-dire un « produit juridique », une modification de la jurisprudence est parfaitement prévisible. À la vérité, ce qui n'est pas systématiquement

prévisible, c'est la modification qui vient bouleverser l'économie du contrat. En l'occurrence, était-il prévisible que le préjudice d'anxiété, ou de mort imminente, etc., soit déclaré réparable ? Ou que telle clause d'exclusion soit réputée non écrite, après avoir été appliquée durant des lustres ? On se souvient que l'annulation, par la Cour de cassation en 1990, des clauses dites « réclamation » dans les contrats d'assurance de responsabilité avait conduit certains assureurs à se retirer du marché<sup>25</sup>. Auraient-ils pu se prévaloir de l'imprévision aujourd'hui introduite dans le Code civil pour réclamer une prime correspondant au surcoût induit par le changement de jurisprudence ? Et sur quelle période le juge aurait-il procédé à une telle adaptation du contrat ?

L'avenir dira si l'imprévision au sens de l'article 1195 du Code civil procure aux assureurs un moyen de lutter contre l'inassurabilité, à leurs yeux, d'un risque de responsabilité substantiellement modifié par une intervention judiciaire.

L'incertitude est d'autant plus sensible qu'un outil contractuel, et même légal depuis 2003, connu depuis des dizaines d'années et destiné à rendre assurable des risques de responsabilité s'étendant sur de longues périodes, s'avère constituer une arme à double tranchant : la technique de la globalisation des sinistres sériels n'est pas toujours un garde-fou parfaitement fiable.

189

### *LA GLOBALISATION DES SINISTRES SÉRIELS*

Au fond, disent parfois certains, peu importe l'évolution des éléments de la responsabilité de l'assuré, dès lors que l'engagement maximal de l'assureur peut être établi par une clause du contrat et que c'est au regard de ce montant qu'il a fixé la prime. Bien plus, il est même possible de mentir à propos de ce qui, aux yeux des entreprises d'assurance, constitue l'un des principaux obstacles à l'assurabilité des certains risques de responsabilité : les sinistres dits « sériels », en ce qu'une même cause technique, ou un même fait générateur ou dommageable, provoque de multiples dommages et partant, de multiples réclamations de la part de victimes qui se manifestent pendant un plus ou moins grand nombre d'années. Bref, dix mille sinistres sont considérés comme un seul sinistre, dix mille réclamations comme une seule réclamation, et même si ces événements s'étendent sur dix ans, ils seront considérés comme un seul sinistre, prenant date, habituellement, au jour de la première réclamation. Chacun peut aisément comprendre qu'en l'absence de globalisation, l'assureur aura à utiliser l'enveloppe de garantie annuelle pendant plusieurs exercices. En revanche, grâce à la globalisation, il n'utilisera qu'une enveloppe de garantie, celle en vigueur l'année de la première réclamation.

L'actualité jurisprudentielle récente montre que deux problèmes, au moins, méritent d'être abordés ici, dans la mesure où ils peuvent démentir l'affirmation selon laquelle la globalisation rend toujours assurable ce qui ne le serait pas sans elle. D'une part, comment définir ce qu'est un sinistre sériel ? D'autre part, le jeu des plafonds et des franchises peut conduire à rendre la globalisation favorable soit à l'assureur, soit à l'assuré.

### *L'origine des réclamations*

On connaît l'une des raisons les plus courantes du contentieux (généralement arbitral) qui imprègne souvent les relations de réassurance : l'utilisation par le marché anglais, à coup de copier-coller, de notions pourtant très contestées, tenant à des vocables et des expressions dont le sens est particulièrement ambigu : « *event* », « *occurrence* », « *each and every loss* », « *every loss and/or occurrence* », « *series of losses or occurrences* », « *arising out of one event* », etc. Eh bien, l'article L. 124-1-1 du Code des assurances, issu de la loi du 1<sup>er</sup> août 2003, pourrait tomber dans un travers comparable : « 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. » Fait dommageable, cause génératrice, cause technique, autant de notions légales dont la signification est discutable. À en croire le législateur, si l'on constate une pluralité de dommages, même différents, et une pluralité de faits dommageables, même différents, la globalisation pourra<sup>26</sup> avoir lieu, dès lors que ces faits dommageables présentent une « même cause technique ». Trois exemples permettent de mieux comprendre ce qu'est celle-ci.

Le premier exemple est fort clair et concerne des prothèses de hanche. Le dommage observé chez plusieurs patients est la rupture de la prothèse. Le juge est allé directement chercher la « cause technique ». Il a constaté que toutes les prothèses étaient marquées, pour leur traçabilité, au moyen d'une gravure au laser. Pour certaines, le gravage avait été trop profond et avait causé la rupture. Et pour d'autres, le gravage n'était pour rien dans la rupture, car il s'agissait plus simplement d'une fatigue du matériel. Il y avait donc deux causes techniques distinctes. Il n'y a donc pas eu une seule globalisation, mais deux, en fonction de chaque cause technique ainsi définie. On observe que la notion de fait dommageable n'a pas été évoquée. Cela peut signifier que la cause technique et le fait dommageable sont en réalité deux notions qui ne sont pas vraiment différentes, selon les circonstances de l'affaire.



Le deuxième exemple peut être trouvé dans les sinistres sériels constatés à l'occasion des maladies dues à une exposition des victimes à l'amiante. Certains assureurs ont cherché à affiner la cause technique : les réclamations auraient dû être regroupées en fonction de la durée et du lieu de l'exposition, et de l'intensité de celle-ci. Le juge ne les a pas suivis et a décidé que toutes les réclamations devaient fusionner en un sinistre sériel, et non en « sous-sinistres sériels ». À ses yeux, la cause technique commune était l'exposition des salariés victimes aux fibres d'amiante.

Le troisième exemple est celui d'une cause technique qui peut revêtir un caractère juridique. Dans une autre affaire d'amiante, ce n'est pas l'exposition aux poussières qui a été retenue. La cause technique a été discernée dans la violation, par l'employeur responsable, de son obligation tenant à ne pas exposer ses salariés à l'amiante. Cette affaire montre que les professionnels qui ne se livrent qu'à des prestations de services (experts comptables, avocats, notaires, banques, assureurs, etc.) peuvent engager leur responsabilité à raison d'une même cause technique envers de multiples clients. On a évoqué l'inobservation d'une règle légale de calcul du taux d'intérêt dans les crédits délivrés aux emprunteurs. Il s'agirait là d'une même cause technique du fait dommageable ayant provoqué le dommage subi par les clients : l'ensemble serait ainsi globalisé en une seule dette de responsabilité de la banque, prenant date à celle de la première réclamation d'un client.

191

Finalement, que la globalisation soit prévue par la loi, comme en France, ou par le contrat d'assurance, c'est le juge qui dira en quoi consiste la cause commune aux dommages qui ont suscité les réclamations. Il n'est pas certain qu'il s'aventure à distinguer systématiquement la cause technique et le fait dommageable, la confusion des deux notions étant fréquente (voir Bigot, 2013). Et comme il doit respecter le contrat, les parties ont intérêt à définir elles-mêmes, de la façon la plus claire possible, le facteur propre (où les facteurs propres) à provoquer une globalisation<sup>27</sup>.

### *Plafonds et franchises*

L'intérêt essentiel de la globalisation se trouve en principe dans l'application d'un seul plafond, et non d'autant de plafonds que d'années au cours desquelles les sinistres surviennent. Il en est de même des franchises : une seule franchise, et non autant de franchises que d'années de survenance des sinistres. Ces opérations de calcul arithmétique peuvent être moins simples qu'elles ne paraissent. Et la complexité est accrue lorsqu'il faut déterminer quelles sont les années qui,

suivant celle de la première réclamation, par exemple, seront prises en considération, notamment lorsque le contrat d'assurance a lui-même pris fin (résiliation, etc.).

### *Les plafonds*

Bien entendu, le plafond de garantie, c'est-à-dire le montant maximal de l'engagement de l'assureur pour une année déterminée<sup>28</sup>, est l'objet fondamental de la globalisation. Un seul plafond, celui de l'année de la première réclamation<sup>29</sup>, sera appliqué à l'ensemble des sinistres qui tombent sous le râteau de la globalisation, quelle que soit leur année de survenance. Chaque sinistre ainsi fondu dans le creuset de la globalisation amputera d'autant le montant disponible, suivant le principe de l'épuisement de la garantie au fil des sinistres. Il est cependant aussi possible de disposer d'un plafond par sinistre, qui est logiquement inférieur au plafond par année. Le même mécanisme d'imputation est alors mis en œuvre.

### *Les franchises*

Il faut cependant aussi tenir compte des franchises, et l'on doit alors distinguer trois notions.

#### Franchise absolue

En France, la plus connue des franchises est appelée « franchise absolue » : elle joue à propos d'un sinistre qui est garanti par la police d'assurance. L'assureur doit payer une indemnité et la franchise est déduite de ce montant. Si un sinistre est inférieur à la franchise absolue, il a certes vocation à être garanti, mais c'est l'indemnité d'assurance qui est réduite à zéro. Les sinistres supérieurs à ce montant sont, quant à eux, indemnisés seulement pour leur part excédant la franchise.

Sans globalisation des sinistres, chacun d'entre eux se voit appliquer, d'une part, le plafond et, d'autre part, la franchise. Avec la globalisation, on considère que tous les sinistres n'en constituent qu'un seul et la franchise n'est appliquée qu'une fois (de même que le plafond n'est appliqué qu'une fois).

#### Franchise simple

La franchise est dite « simple » lorsque la garantie ne couvre pas le sinistre d'un montant inférieur à son montant : aucune indemnité d'assurance n'est due au titre d'un tel sinistre. Celui-ci demeure en dehors du contrat d'assurance<sup>30</sup>. La franchise simple est donc neutre à l'égard des sinistres dont le montant lui est supérieur. Ceux-ci entrent dans le domaine du contrat d'assurance. Pour eux, l'indemnité est due au premier franc, mais sous réserve d'une éventuelle franchise absolue stipulée au contrat.

Sans globalisation, une multitude de « petits sinistres », c'est-à-dire inférieurs à la franchise simple, demeurent placés en dehors du contrat d'assurance : l'assureur ne doit rien. Avec la globalisation, ces « petits sinistres », non garantis lorsqu'ils sont considérés individuellement en raison de leur montant, deviennent-ils un seul sinistre, dont le montant est alors peut-être supérieur à la franchise simple ? Si la réponse est positive, la situation de ces sinistres est totalement modifiée : pris un à un, ils n'étaient pas garantis, mais pris dans leur ensemble, ils sont devenus un seul sinistre qui, lui, est entré dans le champ d'application du contrat d'assurance, en raison de son montant. Il n'en reste pas moins qu'il n'est pas évident d'appliquer la globalisation à des sinistres individuellement placés en dehors de ce champ d'application : comment faire jouer un mécanisme, qui n'est applicable qu'aux contrats d'assurance considérés, à des événements externes à ce contrat ?

Encore un problème : en faisant usage de la globalisation à l'égard de sinistres dont le montant est inférieur à la franchise simple, ne risque-t-on pas de faire disparaître l'intérêt d'assurance, élément nécessaire à la validité de l'assurance dans de nombreuses législations<sup>31</sup> ? La question mérite d'être posée car pour illustrer cette situation, il suffit d'imaginer ce qui peut se produire à la fin de la période d'assurance. Si la franchise simple est de 1 000 et si 9 sinistres d'un montant unitaire de 100 sont survenus, aucun n'est garanti. L'assuré va peut-être se mettre à prier le ciel pour que survienne un sinistre de 110 : si cela arrive, la globalisation conduira à un seul sinistre de 1 010 ... qui sera donc supérieur à la franchise simple, et l'ensemble entrera dans le champ d'application du contrat d'assurance. L'assuré n'a-t-il pas alors intérêt à ce que le risque se réalise ? L'intérêt d'assurance est neutralisé et la frontière de l'assurance et du pari peut être franchie en direction de ce dernier ! Les spécialistes de la réassurance, notamment dans le domaine maritime ou aérien, connaissent cette influence de la globalisation sur la couverture des petits sinistres en présence d'une franchise simple. Effectivement l'assuré et son assureur, ou cet assureur et son réassureur, ont alors des intérêts opposés : le premier, que le dernier sinistre se produise, et le second, qu'il ne survienne surtout pas.

### Le découvert obligatoire

Il faut enfin évoquer la franchise qui correspond à un « découvert obligatoire ». Fondamentalement l'assuré a le droit de chercher une autre garantie d'assurance, auprès d'un autre assureur, pour couvrir la part de sinistre non couverte du fait de la franchise simple ou de la franchise absolue. Toutefois soit la loi, soit le contrat d'assurance peuvent interdire la souscription d'une telle couverture d'assurance. Tel est le cas lorsque la loi ou l'assureur tiennent à ce que l'assuré soit

intéressé à la prévention du risque, puisqu'il subira la charge de cette franchise imposée : celle-ci est alors un découvert obligatoire. Le non-respect de l'obligation de non-souscription d'une autre assurance est le plus souvent sanctionné par une déchéance formellement prévue par la police d'assurance.

On observe aisément que si les sinistres sont globalisés, une question sera rapidement posée : appliquera-t-on une seule fois le découvert obligatoire, mais l'esprit de cette franchise spéciale sera fortement altéré ? Ou conservera-t-on chaque découvert obligatoire, pour les cumuler et les déduire de l'indemnité finalement due par l'assureur ?

### *Quel gagnant et quel perdant ?*

#### *Assureurs ou assurés ?*

Le procédé de la globalisation a été imaginé par les assureurs voici de nombreuses années. Il était destiné à jouer en leur faveur, comme cela a déjà été dit, en soumettant les sinistres sériels à un seul plafond de garantie. Or l'expérience montre que cette approche peut s'avérer inexacte. Le débat change alors de physionomie, car c'est l'assureur qui soutient que la globalisation doit être écartée, tandis que l'assuré (et les tiers victimes) demande qu'elle soit mise en œuvre. L'alternative (bénéfice pour l'assureur ou pour l'assuré) se rencontre notamment en cas de modification des termes du contrat d'assurance.

194

Dans une première hypothèse, et l'on prendra pour exemple à nouveau les sinistres sériels dus à l'amiante, on sait que dans les années 1990-2000, on est passé de la garantie du risque de responsabilité à son exclusion. Une même police d'assurance, en vigueur pendant plusieurs années, a ainsi connu une modification, celle tenant à l'exclusion. Bien entendu, toutes les réclamations émises pendant le cours de la police initiale vont être globalisées. En revanche, qu'en est-il de celles qui sont formulées sous l'empire de la police modifiée ? Va-t-on les regrouper avec les précédentes, au motif qu'il y a une cause technique commune ? Ou au contraire, doit-on estimer que survenues pendant la police modifiée, elles ne doivent pas être globalisées avec les précédentes, mais être appréciées au regard des clauses de celle-ci, et donc tomber dans l'exclusion ? En France, la Cour de cassation a choisi la première solution.

Dans un arrêt de 2013, les sinistres ont été regroupés à la date de la première réclamation, date à laquelle les dettes de responsabilité étaient garanties par le contrat non modifié<sup>32</sup> : assuré content, assureur mécontent ! Dans un autre arrêt de 2016<sup>33</sup>, la modification du contrat d'assurance avait suivi un cheminement inverse : d'un risque de responsabilité non garanti, on était passé à un risque couvert. Pour les

sinistres postérieurs à la modification, l'assuré prétendait naturellement que la globalisation ne devait pas être opérée avec les sinistres antérieurs. La Cour de cassation n'a pas suivi son raisonnement et la globalisation a été prononcée. Toutes les réclamations ont été fondues au jour de la première d'entre elles, lorsque le risque n'était pas garanti : assureur heureux, assuré malheureux...

### *Tiers lésés*

La globalisation soumet à un seul plafond de garantie tous les sinistres qui présentent un caractère sériel, défini de façon plus ou moins précise selon les législations nationales. Toujours est-il qu'une évidence saute aux yeux : plus le nombre des sinistres est élevé, plus il y a de chances que l'enveloppe d'indemnité disponible s'avère insuffisante. Insuffisante, d'une part, pour que chaque victime soit indemnisée au moyen du contrat d'assurance (assurance de responsabilité avec action directe contre l'assureur), insuffisance, d'autre part, pour que l'assuré reçoive une somme qui couvre entièrement son propre dommage (perte d'un bien ou dette de responsabilité en l'absence d'action directe).

C'est à la première hypothèse, celle des tiers lésés, que l'on voudrait ici s'attacher. Chaque victime dispose d'un droit sur l'indemnité d'assurance due par l'assureur et peut agir en justice directement contre lui pour lui en demander le paiement (dans les régimes nationaux qui admettent une action directe de la victime contre l'assureur du responsable). Le sinistre étant supposé sériel, l'enveloppe de garantie va s'épuiser plus ou moins rapidement. Que doit faire l'assureur vis-à-vis des multiples victimes ? Il faut immédiatement rappeler que le plafond et les franchises sont en principe opposables à ces dernières<sup>34</sup>. Le problème est bien connu : faut-il payer à chaque demande ou attendre que toutes les demandes soient formulées ?

La première méthode correspond au système dit du « prix de la course » : la victime qui va le plus vite est entièrement payée et à l'instant du paiement, l'assureur ne tient aucun compte des autres. Fréquemment l'enveloppe de garantie s'épuise au fil des paiements et après un certain temps (mois, années, décennies), les victimes se verront opposer un refus de garantie par l'assureur, celui-ci ayant déjà payé le plein de son engagement contractuel (ou légal dans les assurances obligatoires).

La seconde méthode consiste, pour l'assureur, à refuser de payer les sommes dues aux tiers victimes, alors même que celles-ci disposent de créances exigibles. Le motif de ce refus réside dans la volonté de faire participer toutes les victimes au paiement des indemnités dans la limite du seul plafond annuel applicable. C'est alors un paiement au *prorata*

du montant de chaque créance qui sera mis en œuvre. Parfois, et même souvent dans les grands sinistres sériels, chaque victime ne recevra qu'un petit pourcentage du montant de sa créance, et au bout de combien de temps ? Souvent, plusieurs années !

En France, aucune loi ne vient régler le problème. L'assureur ignore s'il doit opter pour la première ou pour la seconde solution. Il semble que la Cour de cassation ait décidé que l'on ne peut pas lui reprocher d'avoir préféré la première, celle du prix de la course<sup>35</sup>.

### CONCLUSION

Conclusion en forme de constat optimiste : les assureurs, surtout dans le domaine de la responsabilité, ont une fâcheuse tendance à déplorer les incertitudes, réelles, qui imprègnent les risques dont la garantie leur est demandée. Toutefois ils ont l'heureuse habitude de toujours trouver les moyens, notamment juridiques et techniques, qui leur permettent d'octroyer les couvertures nécessaires, tout en respectant les normes qui gouvernent leur solvabilité. En contemplant une quarantaine d'années de pratique de l'assurance de responsabilité, on ne peut nier l'existence de cahots, mais il est tout aussi évident que dans ce domaine, la liste des risques effectivement garantis ne cesse de s'allonger.

196

### NOTES

1. Parl. Europ., Comm. Jur., Projet de rapport 2015/21 03 (INL).
2. Illustration de l'individualisation du préjudice sexuel, au regard du dommage proprement dit, donnée par André Toulemon, spécialiste de la matière, voici une cinquantaine d'années : « L'impuissance est une catastrophe moindre pour un intellectuel, qui peut goûter les plaisirs de l'esprit, la littérature, l'art, la poésie, la musique, que pour un brave garçon qui ne peut connaître que les joies de la nature. » (Toulemon et Moore, 1968).
3. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 juin 2010, n° 09-15842.
4. Voir le rapport du groupe de travail dirigé par Stéphanie Porchy-Simon, 6 mars 2016, [http://www.ajdommagecorporel.fr/sites/www.ajdommagecorporel.fr/files/fichier\\_cv/Rapport%20sur%201%27indemnisation%20des%20préjudices%20situationnels%20d%27angoisse%20des%20victimes%20directes%20et%20de%20leurs%20proches.pdf](http://www.ajdommagecorporel.fr/sites/www.ajdommagecorporel.fr/files/fichier_cv/Rapport%20sur%201%27indemnisation%20des%20préjudices%20situationnels%20d%27angoisse%20des%20victimes%20directes%20et%20de%20leurs%20proches.pdf).
5. Voir notamment Cass. soc. 11 mai 2010, n° 09-42241, JCP 2010, 568, obs. S. Miara, doct. 1015, C. Bloch ; RTD civ. 2010, 564, obs. P. Jourdain ; D. 2011, 35, obs. O. Gout.
6. Cass. soc. 25 septembre 2013, n° 12-20912, RTD civ. 2013, 844, obs. P. Jourdain, D. 2013, 2658, obs. S. Porchy-Simon, 2954, note A. Guégan-Lécuyer, D. 2014, 47, obs. P. Brun, JCP 2014, 568, obs. C. Bloch ; Soc. 2 avril 2014, nos 12-28616 et 12-29825.
7. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 décembre 2006, JCP 2006. II. 10052, note S. Hocquet-Berg, RTD civ. 2007, 352, obs. P. Jourdain, D. 2007, pan. 2897, obs. P. Brun : préjudice « lié à l'annonce de la défectuosité du type de sonde posée et à la crainte de subir d'autres atteintes graves jusqu'à l'explantation de sa propre sonde ».
8. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 juillet 2007, n° 06-14180.

9. Paris, 4 mars 2013.
10. Discussions portant sur l'autonomie de ces préjudices qui peuvent être compris dans un cadre plus large (souffrances endurées, etc. ; voir, par exemple, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 février 2017, n<sup>o</sup> 16-11.411). Toujours est-il qu'ils sont bel et bien évalués.
11. Crim. 27 septembre 2016, n<sup>o</sup> 15-84238.
12. Crim., 29 avril 2014, Bull. Crim. 2014, n<sup>o</sup> 114, n<sup>o</sup> 13-80.693.
13. Crim. 27 septembre 2016, n<sup>o</sup> 15-84238.
14. CA, Aix-en-Provence, 30 juin 2016, n<sup>o</sup> 2016/290 (Crash Yemenia Airways ; voir aussi l'affaire Flash Airlines).
15. Voir, par exemple, TGI Saint Nazaire 11 février 2008 n<sup>o</sup> 377/2008, confirmé par CA Rennes 2 juillet 2009 n<sup>o</sup> 1166/2009, à propos de l'effondrement de la passerelle du Queen Mary II : le préjudice spécifique d'angoisse regroupe « en premier lieu, l'état de panique qui s'est emparé de chacun d'entre eux lorsqu'ils ont senti la passerelle vaciller... avec pour chacun d'eux cette certitude de vivre ses derniers instants... et l'effroi intense qui en est résulté, effroi partagé par les parents, amis, collègues et proches présents avec eux ; en second lieu, la détresse de ceux qui se sont retrouvés corps et ferrailles mêlés dans le froid et sous la pluie et qui ont attendu, ce qui ne peut être vécu que comme de longues heures, l'organisation des secours des premiers soins et des transferts vers les structures hospitalières, les personnes semblant les moins atteintes physiquement étant logiquement prises en charge et évacuées les dernières, souffrant et assistant impuissantes à la mort et à la souffrance des leurs et d'autrui, spectacle qualifié d'indicible par le docteur O., médecin psychiatre qui s'était rendu sur place ; en troisième lieu, l'angoisse et l'inquiétude extrême quant au sort de leurs parents, amis, collègues de travail... ».
16. Tribunal d'instance d'Orléans, 11 février 2014, Responsabilité civile et assurances n<sup>o</sup> 5, mai 2014, comm. 140, note S. Hocquet-Berg.
17. Mais le divorce n'est pas une condition de la suite juridique des événements.
18. Responsabilité civile extra-contractuelle (article 1240 depuis la réforme du 10 février 2016).
19. Aix-en-Provence, 6<sup>e</sup> ch. B, 3 mai 2011, n<sup>o</sup> 2011/292, rôle n<sup>o</sup> 09/0572.
20. Assurances obligatoires pour l'assureur après intervention du BCT.
21. Article L. 113-1 du Code des assurances.
22. 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 ayant la faculté soit de dénoncer le contrat, soit de proposer un nouveau montant de prime.
23. Théorie admise en droit administratif, mais écartée en droit privé par la Cour de cassation depuis l'arrêt « Canal de Craponne » du 6 mars 1876.
24. « 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 convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».
25. Dans le cadre de l'assurance de responsabilité des médecins, notamment (ce mouvement n'ayant pas été circonscrit à la France, du reste, puisqu'il avait été aussi observé en Belgique, en Espagne, etc., où la jurisprudence avait connu des revirements similaires).
26. Et même « devra » avoir lieu, car le texte est impératif.
27. Sous réserve de l'hypothèse dans laquelle c'est le législateur qui, comme en France, laisse au juge le pouvoir de déterminer la réelle cause technique des faits dommageables.
28. Ou pour la période d'assurance fixée par le contrat d'assurance, plus brève ou plus longue qu'une année.
29. Ou du premier fait dommageable, ou du premier dommage, ou plus généralement de l'événement pris pour déterminer l'année de globalisation lorsque cela est permis par la loi.

30. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 30 juin 2005, n° 04-11.168.
31. Le contrat d'assurance n'est valable que si l'assuré a intérêt à ce que le risque ne se réalise pas, intérêt partagé avec l'assureur. En revanche, dans le pari ou le jeu, les intérêts respectifs des parties sont opposés : il faut qu'à la fin du contrat, il y ait un gagnant et un perdant, chaque partie ayant l'intention de tuer l'autre, pourrait-on dire.
32. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 février 2013, n° 11-24154, RGDA 2013, p. 692, note J. Kullmann.
33. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 3 mars 2016, n° 15-11001, RGDA juin 2016, note J. Kullmann.
34. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 17 février 2015, n° 14-13.703 ; sauf si la loi contient une règle contraire (voir Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 déc. 2003, n° 00-11.845, RGDA 2004, p. 176, note M. Bruschi).
35. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 décembre 2014, n<sup>os</sup> 13-19.262 et 13-26.653, RGDA 2015, p. 156, note J. Kullmann.

### BIBLIOGRAPHIE

- BIGOT J. (2013), *Problématique de la globalisation des sinistres*, JCP G, p. 783.
- KULLMANN J. (2006), *Le contrat d'assurance à l'épreuve du revirement de jurisprudence*, Mélanges H. Grou-tel, Litec, p. 203.
- TOULEMON A. et MOORE J. (1968), *Le préjudice corporel et moral en droit commun, étude pratique et théorique, jurisprudence et méthodes d'évaluation*, Sirey, p. 159.