



Y A-T-IL UN RISQUE JURIDIQUE EN ASSURANCE ?

JÉRÔME KULLMANN *

On pourrait être bref : le risque juridique¹ est un danger, créé par le législateur et par le juge, et consistant à modifier les règles de droit sur lesquelles les parties au contrat - ici, d'assurance - se sont appuyées pour conclure leur accord. Sont ainsi désignés les responsables et leur comportement. Quant aux remèdes... on proposera l'interdiction de modifier la loi et la jurisprudence pendant un délai raisonnable - décennal ? - et la prohibition du phénomène de la rétroactivité de la première et surtout de la seconde. La messe étant ainsi dite, le présent article est terminé. Caricature ? À écouter les professionnels de l'assurance, il s'agit plutôt d'un saisissant raccourci de leurs doléances et de leurs souhaits. Or, si l'on veut aller au-delà de telles réactions, certes compréhensibles mais quelque peu épidermiques, la réflexion exige évidemment que la notion de risque juridique, à notre sens impossible à définir de façon scientifique², soit très simplement entendue en fonction de ce que ces personnes connaissent le mieux : le risque au sens du contrat d'assurance, c'est-à-dire un événement incertain, postérieur à la conclusion de ce dernier, dont la réalisation est susceptible de provoquer une chance de gain ou de perte pour l'assureur, le réassureur, l'intermédiaire... et leurs partenaires que sont les souscripteurs, les assurés et les bénéficiaires³. Cet événement doit être de nature juridique, ce que l'on comprendra, pour les besoins de l'étude, comme une modification du sens d'un mot⁴ ou du contenu d'une règle⁵, qui, objectivement, déjoue les prévisions initiales des parties. Cette précision

* Professeur à l'Université Paris Dauphine et directeur de l'Institut des assurances de Paris (Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne).



est essentielle, car on ne saurait sérieusement considérer le Droit lui-même comme un risque, sauf à nier la légitimité de notre système juridique : à un instant donné, des règles législatives ou réglementaires existent, ne peuvent être ignorées et doivent être respectées. Les mécontents ont toujours la possibilité de s'armer de leurs bulletins de vote pour sanctionner le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif⁶.

Ayant ainsi admis, du bout des lèvres avouons-le, la réalité du sentiment selon lequel existe un risque de nature juridique dans le domaine de l'assurance, il devient possible de se livrer à l'exercice assez facile qui consiste à montrer du doigt les manifestations du mal, avant d'aborder le sujet nettement plus complexe des mesures qui permettraient de le prévenir ou de le guérir.

LES MANIFESTATIONS DU MAL

La création

On peut concevoir la création d'une règle juridique de façon étroite, c'est-à-dire en la cantonnant à l'œuvre du législateur et de l'autorité administrative, ou large, en y adjoignant d'autres auteurs tels que les assureurs qui émettent des polices d'assurance et en estimant que l'interprétation d'un texte législatif, réglementaire ou contractuel traduit un tel phénomène créatif quand elle s'éloigne de celle qui était admise la veille. La seconde approche semble préférable car elle permet de discerner des risques juridiques dont la responsabilité peut être imputée à de nombreux acteurs : tout d'abord, le risque de fébrilité et son corollaire, pourrait-on dire, le risque d'inertie ; ensuite, le risque inhérent à la rédaction d'un écrit qui peut paraître ambigu, voire incompréhensible, et le risque qui en découle naturellement, celui de l'interprétation du texte, que celui-ci soit mal rédigé ou parfaitement clair, au demeurant.

Fébrilité et inertie

La précipitation des créateurs

Il est bien connu que l'on ne doit pas confondre vitesse et précipitation. La première est admirable et peut parfois être admirée quand le législateur intervient pour corriger un excès auquel peut conduire la loi en vigueur : la Cour de cassation ayant fait bénéficier le complice du voleur d'une automobile des dispositions de la Loi du 5 juillet 1985⁷, c'est un mois plus tard qu'a été votée une loi excluant de l'assurance les auteurs du vol, coauteurs ou complices⁸. En revanche, comment ne pas voir une précipitation blâmable dans la pression qu'ont exercée les assureurs sur les parlementaires, et dans l'élaboration hâtive, par ces

derniers, de deux lois fondamentales en matière d'assurance de responsabilité : d'une part, celles du 31 décembre 2002 pour les professionnels du monde médical, et d'autre part, celle, plus générale, du 1^{er} août 2003, qui a réformé les dispositions du Code des assurances relatives, notamment, à la durée de la garantie. Acquisées par voie d'amendements, ces réformes ne correspondent finalement pas aux attentes de leurs promoteurs. On peut, en effet, raisonnablement penser pour la première, que le jeu des assurances cumulatives se poursuivra en dépit du nouvel article L.251-2 du Code des assurances, et pour la seconde, que la jurisprudence de 1990 n'a pas été éteinte par le IV de son article 80. La raison en est simple : une rédaction défectueuse, notamment en ce qui a trait aux articles consacrés à l'application de la loi dans le temps, dont les termes n'ont pas été soigneusement pesés.

L'inertie des créatifs

À l'opposé, se situent les risques juridiques dus à un immobilisme surprenant. Du côté du législateur, on peut songer à l'absence de traitement préventif de deux problèmes qui vont marquer l'avenir : les sinistres sériels, qui n'ont été envisagés que par le biais de l'assurance de responsabilité dans la mesure où la validité de la globalisation a été reconnue le 1^{er} août 2003... mais on ignore la date à laquelle ce mécanisme peut ou doit prendre place⁹, et les assurances collectives pour lesquelles les Lois du 31 décembre 1989 s'avèrent aujourd'hui notoirement insuffisantes. Il faudrait aussi mentionner l'urgence de la réforme des règles de la prescription applicable à l'action de l'assuré contre l'assureur, édictées par les articles L.114-1 et L.114-2 du Code des assurances, dont les termes plus que vagues permettent à la Cour de cassation de rendre à leur propos plus d'une centaine de décisions par an... et d'inventer de nouvelles règles en plaçant, par exemple, le point de départ du délai biennal au refus de garantie opposé par l'assureur. En parlant d'inertie, il faut aussi admettre que les assureurs ne sont pas non plus exempts de tout reproche. Le contentieux des assurances emprunteurs est foisonnant dès lors que les garanties sont manifestement inadaptées aux besoins de l'assuré, et que les définitions des risques couverts sont trop disparates, d'un contrat de groupe à l'autre, pour éviter l'intervention du juge. Et il est alors trop facile d'accuser celui-ci de prendre parti pour l'emprunteur assuré, et de stigmatiser l'attitude de la Cour de cassation qui a rappelé au juge du fond qu'il ne doit certes pas dénaturer les clauses du contrat, mais qu'il est libre d'apprécier les faits... quitte à les torturer pour faire correspondre l'état de santé de l'intéressé à celui requis par le contrat pour que joue la garantie¹⁰. Pourquoi les assureurs ne prennent-ils aucune initiative pour que cesse ce facteur permanent d'insécurité : que dira le juge si lors



du sinistre, l'assuré décide de la saisir ? Il interprétera les faits, à défaut de réécrire le contrat.

Le risque d'interprétation

Il ne faut pas se méprendre : un texte obscur doit nécessairement être interprété par la personne ou l'institution qui a reçu cette charge. Or, le texte est le plus souvent obscur en raison d'une rédaction défectueuse, et la pensée de son interprète peut elle-même évoluer.

La rédaction malencontreuse

« L'assurance en cas de décès doit couvrir dès la souscription, dans la limite d'un plafond qui sera défini par décret, les contrats mentionnés à l'article L. 140-1 souscrits par les organismes mentionnés à la dernière phrase du dernier alinéa de l'article L. 140-6, pour garantir le remboursement d'un prêt contracté pour financer l'acquisition du logement principal de l'assuré » : on connaissait l'assurance qui couvre un risque, on dispose, avec la Loi du 3 décembre 2001, de l'assurance du risque de décès d'un contrat d'assurance de groupe¹¹. L'expression est certes calamiteuse, mais elle ne semble pas de nature à receler un réel risque juridique car le sens de cette disposition ne peut échapper au lecteur.

En revanche, certaines dispositions sont rédigées de façon telle qu'elles donnent lieu, de la part de la Cour de cassation, à une lecture si stricte que l'esprit qui a présidé à leur édicton se trouve quelque peu malmené. Ainsi en est-il de la garantie dite « tempête » : la Loi du 25 juin 1990 a, en son article 1^{er}, devenu l'article L. 122-7 du Code des assurances, décidé que les contrats garantissant les dommages d'incendie ouvrent droit à la garantie de l'assuré contre les effets du vent dus aux tempêtes, ouragans et cyclones sur les biens faisant l'objet de ces contrats ; et par son article 4, que les conditions de la garantie tempête seraient alignées sur la garantie incendie dans le cas où les contrats ne contiendraient, au 1^{er} août 1990, aucune clause relative à cette extension de garantie. Les questions sont alors simples : *quid* des contrats qui contiennent une clause relative à cette extension de garantie ? Et surtout, en quoi consiste une telle clause, ou quel doit en être l'objet ? La réponse de la Cour de cassation s'est développée en trois temps. En juin 2003, elle a affirmé que les biens garantis au titre du risque incendie sont nécessairement garantis au titre du risque tempête en application de la Loi du 25 juin 1990¹² ; début 2004, elle a estimé que les contrats qui couvrent des biens contre le risque d'incendie peuvent valablement limiter le montant de la garantie du risque de tempête pesant sur ces mêmes biens¹³ : le principe d'ouverture du droit à garantie était encore présent, mais l'alignement n'était plus nécessaire... le montant de la garantie tempête pouvait donc licitement représenter 1 % de celui de la



garantie incendie ! Et fin 2004¹⁴, la Cour a réduit le principe à néant : l'alignement n'étant exigé que pour les contrats qui ne contenaient aucune clause relative à la tempête au 1^{er} août 1990, le principe n'est pas applicable quand y figure une clause... même si celle-ci stipule une pure et simple exclusion de la tempête ! La règle d'ouverture du droit à garantie peut donc valablement être aménagée contractuellement dans le sens d'une pure et simple fermeture.

On peut encore justement parler de produit législatif défectueux quand on observe les trous de garantie que peut subir un adhérent à un contrat d'assurance de groupe régi par les articles L.140 et suivants du Code des assurances. En effet, la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989, en créant l'article L.140-4 du Code des assurances, a formellement envisagé la modification d'un tel contrat, mais non sa résiliation (le souscripteur doit informer par écrit les adhérents des modifications qu'il est prévu, le cas échéant, d'apporter à leurs droits et obligations). Or, au sens de ce texte, la notion de modification du contrat suppose que celui-ci reste en vigueur, selon la doctrine et la Cour de cassation¹⁵. Cette disposition ne concerne donc pas la résiliation du contrat de groupe. En conséquence, il n'est pas nécessaire d'informer l'adhérent de la résiliation, événement pourtant plus grave qu'une modification des garanties ou de la prime. Si cette personne subit un sinistre après la cessation de sa garantie, et, restée dans l'ignorance de cette cessation, n'a pas été conduite à prendre une autre assurance, c'est vers le droit de la responsabilité civile qu'elle doit se tourner en attaquant, dit la Cour de cassation, non l'assureur¹⁶, mais le souscripteur du contrat pour manquement à son devoir d'information et de conseil¹⁷.

Au fond, la scorie rédactionnelle a toujours existé. Elle est véritablement choquante lorsqu'elle est remarquée et commentée par la doctrine et les praticiens, mais ne donne lieu à aucune correction. Tel est le cas des lois qui viennent d'être exposées, car les problèmes finalement réglés judiciairement en 2004 sont connus depuis plusieurs années. Et rien ne dit qu'une nouvelle interprétation ne surgira pas dans les temps qui viennent.

Le législateur ayant reçu sa volée de bois vert, il faut tout de même se montrer équitable, et ne pas occulter les rédactions franchement hasardeuses de certaines polices d'assurance, qui suscitent un contentieux extraordinairement fourni : notre collègue M-H. Maleville a observé que le contrat qui donne lieu au plus grand nombre de litiges relatifs à l'interprétation de ses clauses est bel et bien le contrat d'assurance¹⁸. Il est vrai que critiquer les auteurs des polices est chose aisée alors qu'il s'agit souvent d'un art difficile, mais la jurisprudence met en évidence de trop nombreuses incohérences, qui entachent notamment les clauses qui délimitent le risque garanti. À ce propos, il ne faut jamais oublier que



stipuler une exclusion signifie que sans elle, le risque serait effectivement couvert : on n'exclut que ce qui est initialement présent¹⁹. De plus, l'ambiguïté d'une clause d'exclusion entraîne une sanction radicale : la nullité, car n'est pas respecté le caractère formel et limité exigé par l'article L.113-1 du Code des assurances. Le risque exclu, mais mal exclu, se trouve donc garanti.

En outre, convient-il de mettre au rang des rédactions malencontreuses les arrêts de la Cour de cassation qui, par leur concision, placent le juriste dans un préoccupant embarras ? L'universitaire qui accueille des étudiants dits Erasmus remarque souvent la surprise, voire l'effroi, des jeunes Allemands qui découvrent qu'en France, l'un des exercices obligés, mais non favorisés, de leurs coreligionnaires consiste à se livrer au « commentaire d'arrêt ». La première partie de ce dernier²⁰ est souvent consacrée au sens de la décision, qui doit être discuté. Dans la mesure où la discussion suppose la présence d'au moins deux sens, il est indispensable que l'arrêt soit empreint d'une certaine ambiguïté, puisque seule cette dernière légitime l'interprétation. De là à conclure que l'œuvre de la Cour de cassation est par essence source d'incertitude, et constitue donc un risque juridique majeur, il y a un pas que l'on ne s'autorisera pas à franchir, eu égard à l'extraordinaire labeur de cette juridiction²¹. On se bornera donc à parler d'inconvénient du système judiciaire français, mais chacun reste libre de la qualification la mieux appropriée.

6

L'interprétation changeante et divergente

À notre sens, il n'est pas meilleur (ou pire) exemple de risque juridique que celui qui réside dans un phénomène courant : tel mot a tel sens aujourd'hui ; il en aura un autre, demain ; ou telle règle signifie ceci maintenant, et cela dans quelques jours. En changeant le sens du mot ou de la règle, on crée, en réalité, un nouveau mot ou une nouvelle règle, ou encore, et cela est le plus important, on qualifie une situation juridique au regard du mot ou de la règle. Quelques exemples ? L'aléa, la faute intentionnelle, l'exclusion, la faute inexcusable de l'employeur, les assurances cumulatives, ou encore la lettre recommandée avec accusé de réception, interruptive de prescription, toutes expressions qui relèvent de la catégorie des standards légaux, ont reçu, au fil du temps, des définitions diverses, contrôlées ou non par la Cour de cassation. La règle selon laquelle l'assureur de responsabilité n'est tenu que si la victime formule une réclamation, décidément toujours citée, a connu les sens précédemment rappelés. Celle, propre aux assurances de dommages, qui veut que l'assuré déclare à chaque assureur ses assurances qui couvrent le même risque a été, un beau jour, comprise comme prohibant, de la part des assureurs sur la vie humaine, la traditionnelle question relative aux autres garanties du même type déjà souscrites par l'assuré - mais cette

interprétation a été abandonnée quelques années plus tard²². C'est alors le juge qui encourt les foudres alternatives des cocontractants.

À la vérité, un autre « juge » est parfois critiqué, et l'on ne saurait trop souligner la part croissante qu'il prend dans le contrôle de la conformité des contrats d'assurance aux normes d'ordre public : nous voulons parler, bien entendu, de la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance, en partant d'un cas traité par la doctrine. La modification du contrat, dit l'article L.112-3 du Code des assurances, doit être constatée par un avenant signé des parties. La règle du consensualisme est pourtant régulièrement affirmée par la Cour de cassation : « la modification d'un contrat d'assurance est parfaite dès la rencontre des volontés de l'assureur et de l'assuré », « peu important que l'avenant n'ait pas été signé par l'assuré »²³. En conséquence, le changement sera dépourvu de portée si l'assureur ne parvient pas à prouver que celui qu'il a proposé a été accepté par l'assuré, dont la protection est ainsi établie. Et pourtant, la Commission de contrôle des assurances a ordonné aux assureurs de respecter à la lettre la règle de l'avenant qui doit être retourné signé, à défaut de quoi aucune acceptation ne pourrait être admise, même si l'assuré appliquait de lui-même la modification proposée²⁴. Une telle lecture de la règle légale conduit les assureurs à un choix délicat : méconnaître la jurisprudence de la Cour de cassation ou ignorer l'injonction administrative, mais encourir une sanction quoiqu'ils fassent ! Il faut préciser que l'incertitude, dénoncée comme le risque juridique suprême, n'a pas été levée par la suite, puisqu'une Chambre de la Cour de cassation, la Troisième, a estimé que la modification du contrat d'assurance entraînant une restriction de garantie ne peut « être établie que par la signature de l'assuré, antérieure au sinistre »²⁵. Mais que va dire la Deuxième chambre civile, désormais en charge des pourvois qui concernent le droit général du contrat d'assurance ? On pourrait encore évoquer le problème classique de la qualification de certains contrats au regard de la notion de contrat d'assurance, dont la loi française ne donne aucune définition : suivant l'interprétation des notions d'aléa et de prise en charge d'un risque par un tiers, telle garantie « contractuelle » délivrée par un constructeur, notamment, sera considérée par la CCAMIP comme relevant de l'assurance, mais ne le serait peut-être pas si le dossier parvenait au juge judiciaire.

À cet égard, on ne peut s'empêcher de faire état d'un nouveau risque juridique tenant à la multiplication des institutions chargées d'appliquer ce droit, depuis que la loi MURCEF du 11 décembre 2001 a inventé le concept de contrat d'assurance administratif : si l'on connaît bien le risque de conflit entre juges du fond et Cour de cassation, entre Chambres de celle-ci, et entre juge judiciaire et autorité administrative



de contrôle, il convient d'observer avec curiosité la lecture que le juge administratif, et principalement le Conseil d'État, auront des lois spéciales à l'assurance et du droit commun applicable au contrat d'assurance²⁶. L'expérience montre que tous ces intervenants ne chaussent pas systématiquement les mêmes lunettes.

L'application

Une fois que l'on a déterminé la règle de droit applicable et fixé son contenu, fût-ce au moyen d'une interprétation, encore faut-il l'appliquer aux personnes qui s'en prévalent ou la rejettent. Deux aspects de la mise en œuvre de la règle retiendront particulièrement l'attention, étant entendu qu'en fin de compte, c'est le juge qui tranchera le litige. Or, avant d'aborder le très délicat problème de la rétroactivité de la jurisprudence, risque judiciaire par excellence, il faut dire un mot d'une question trop rarement évoquée : l'excès dans le refus de respecter une règle ou dans l'invocation de celle-ci.

Refus et demande d'application : les excès

Le refus d'application

Le temps n'est plus, croit-on savoir, où les instructions données aux régleurs de sinistres pouvaient prendre la forme suivante : quand vous recevez une déclaration de sinistre, tâchez de vous placer à l'intersection de la fausse déclaration intentionnelle de risque et de l'exclusion conventionnelle de risque... Les assureurs, dans leur grande majorité, ont abandonné le système du refus de garantie, préalable à toute discussion. Il n'en reste pas moins que l'on peut regretter un certain manque de discipline de leur corps. On prendra pour exemple le respect des conventions conclues au sein des fédérations qui les regroupe. À la suite de la jurisprudence du 19 décembre 1990 (annulation des clauses qui restreignent la durée de la garantie par rapport au délai de prescription de l'action en responsabilité), a été conclue une convention par laquelle les assureurs signataires renoncent à s'opposer cette règle prétorienne. Et pourtant, le milieu professionnel sait que devant le juge, il arrive que l'un d'entre eux s'en prévale contre un autre... On citera aussi un procédé beaucoup plus pernicieux, et dont les conséquences en termes financiers et d'image devraient être convenablement évaluées : aujourd'hui encore, combien de contrats d'assurance sur la vie sont-ils conclus avec des personnes âgées de 80, voire 90 ans, pour une durée de 15, 20 ou 25 ans ? La réponse est claire : beaucoup, beaucoup trop ! Et pourtant, un engagement déontologique a été pris par les assureurs vie : toute proposition ou demande de prise d'assurance par une personne âgée de plus de 82 ans doit être analysée à un niveau élevé de l'entreprise



d'assurance. Il est certain que le risque de contestation de la validité de tels contrats est sensiblement favorisé par leur distribution aux guichets bancaires. La discipline devrait, sur ce point, être partagée avec les « bancassureurs ».

La demande d'application

On connaît les dérives du droit de la responsabilité, notamment en ce qui a trait aux montants des dommages et intérêts. On connaît aussi les prétentions souvent téméraires, et parfois grotesques, émises par des assurés qui font grief à l'assureur ou à l'intermédiaire d'avoir manqué à son devoir d'information et de conseil, ou de mise en garde. On pourrait, au prix d'une certaine caricature, affirmer que toute prise d'assurance fait naître un tel danger. Tout cela est exact, mais une analyse pointue de la jurisprudence fait apparaître un mouvement judiciaire de retour à la raison. Les plus récentes décisions traduisent une prise en compte accrue des qualités personnelles de l'assuré, comme en témoignent les attendus suivants : « au vu des nouvelles conditions particulières, claires et dénuées d'ambiguïté, M^{me} C..., qui les avait régularisées et acceptées en toute connaissance de cause, n'avait pu se méprendre sur l'étendue des garanties stipulées par les nouvelles conditions au contrat, et que compte tenu de la valeur du véhicule, de son acquisition en *leasing* et de ses antécédents de vols non déclarés, M^{me} C... ne pouvait ignorer l'utilité de l'existence de la garantie vol et devait s'en inquiéter lors de la remise en vigueur du contrat »²⁷ ; « même si le contrat d'assurance pouvait apparaître inadapté, il appartenait à l'assuré, en l'état de clauses claires et précises du contrat, soit de refuser de souscrire à la garantie litigieuse, soit de solliciter une couverture complémentaire appropriée, et [qu']en présence de telles clauses il ne pouvait être fait grief à l'assureur d'avoir manqué à son obligation de renseignement ou d'information alors qu'il appartenait à l'assuré de prendre la pleine mesure de la portée de la garantie réellement offerte au regard du prêt relais souscrit »²⁸ ; « il n'apparaît pas que le calcul du taux d'invalidité tel qu'il est présenté puisse apparaître comme ambigu et nécessitant une interprétation même pour un non-juriste, au point que M. F... ait pu se méprendre sur la proposition d'assurance qui lui était faite »²⁹ ; « l'obligation de conseil incombant à l'assureur ne lui impose pas de proposer une assurance contre les risques particuliers résultant de la défectuosité des produits livrés aux industriels réputés capables de discerner les événements contre lesquels ils entendent s'assurer »³⁰.

Plus inquiétante est, à nos yeux, la tendance de certains assurés, parfois fortement attisée par un avocat, à faire preuve d'une parfaite mauvaise foi en se prévalant d'une bévue de l'assureur qui a, certes, fourni l'intégralité des informations imposées par la loi, mais en ne



remettant qu'un seul document écrit et non les deux prévus par celle-ci : on songe évidemment ici aux instances actuellement en cours, dans lesquelles l'assuré se prévaut de son droit de rétraction sur le fondement de l'article L.132-5-1 du Code des assurances, des années après avoir pris une assurance sur la vie en unités de comptes, avoir procédé à plusieurs arbitrages et démontré qu'il avait eu connaissance des stipulations du contrat... le motif se situant, bien sûr, dans la baisse de valeur de ces unités³¹. On pense également aux actions en responsabilité intentées aux assureurs qui n'ont pas clairement informé leurs partenaires du problème posé par l'acceptation du bénéficiaire dont certains estiment qu'elle bloque le droit au rachat alors que celui-ci est un droit d'ordre public. Tout cela a parfois un relent d'actions « concertées », et pour les deux questions exposées, le risque juridique va se maintenir jusqu'à ce que la Cour de cassation se prononce sur les pourvois dont elle est, et va être, saisie. Ce risque serait, en outre, sensiblement intensifié si le législateur décidait d'accueillir dans notre droit le mécanisme de la *class action*.

Le risque judiciaire par excellence : la rétroactivité

Il a été dit qu'une nouvelle interprétation de la loi par le juge équivaut pratiquement à la création d'une nouvelle règle de droit, même si les subtilités des juristes voudraient que l'on apporte de sérieuses nuances à cette approche. Toujours est-il que si la loi peut être soit rétroactive, à condition de le dire clairement, soit d'application immédiate aux situations en cours pour leurs effets à venir, soit applicable seulement aux situations qui vont être constituées après son entrée en vigueur, la décision de justice, elle, tranche un litige qui est apparu dans le passé. Et c'est au moment de cette décision que les parties au contrat, si tels sont les protagonistes, vont apprendre qu'en réalité, d'un point de vue juridique, l'une était dans son bon droit, et l'autre non, au moment où s'est noué le différend. Cela n'a évidemment rien de choquant puisque le juge doit nécessairement se pencher sur une situation juridique antérieure à sa saisine. Maintenant, sa lecture d'une loi, d'un règlement ou d'un contrat peut changer au fil du temps, et l'interprétation peut changer du tout au tout. Si le récent exemple de l'obligation d'information qui pèse sur le médecin a soulevé les passions³², un autre³³, spécial au droit de l'assurance, permet de parfaitement comprendre le problème.

Un emprunteur adhère au contrat d'assurance de groupe souscrit par le banquier. Il se trouve par la suite en état d'incapacité en 1993 ; l'assureur oppose un refus de garantie, en 1994 ; il est assigné par le premier en 1999 ; un jugement est rendu en 2000 ; et un arrêt d'appel en 2003. Il faut savoir que jusqu'en 2001, la prescription biennale



de l'action de l'assuré contre l'assureur trouvait son point de départ, selon la Cour de cassation, dans la demande de remboursement de l'emprunt formulée par le banquier à l'emprunteur-assuré (règle jurisprudentielle datant de 1992, par interprétation de l'article L.114-1 du Code des assurances). Sans pareille demande, la prescription ne courait pas : en l'occurrence, l'action lancée par l'assuré en 1999 n'était pas prescrite puisqu'il n'avait pas alors reçu de demande de remboursement de la part de l'établissement de crédit. Effectivement, le jugement, en 2000, déclare son action non prescrite. Oui, mais entre ce jugement et l'arrêt d'appel, la règle jurisprudentielle est modifiée par la Cour de cassation dans le sens d'une adjonction : la prescription prend son cours au premier des deux événements suivants : la demande de paiement émise par le banquier, toujours, ou, nouveauté, le refus de garantie opposé par l'assureur... Or, les magistrats de la Cour d'appel ont attentivement suivi cette nouvelle norme : s'il n'y a pas eu demande de l'établissement de crédit, on trouve bien, en revanche, l'autre point de départ, le refus de garantie de 1994 ! Comptez deux années, et c'est en 1996 que la prescription a été acquise. En effet, si, à un instant donné, ici en 2001, la Cour de cassation a affirmé que l'article L.114-1 des assurances, pour les assurances des emprunteurs, signifie que le point de départ est au premier des deux événements précités, c'est ce sens qu'il convient désormais de lui accorder, pour tous les litiges qui vont se présenter devant le juge - que ce soit au premier ou au second degré, et quelle que soit la date des faits : passés, présents ou à venir. Voici pourquoi la cour d'appel, en 2003, décide que l'action de 1999 était prescrite, en se fondant sur une règle créée par la Cour de cassation en 2001... Et dans cette affaire, celle-ci a rejeté le pourvoi formé par l'assuré, alors que celui-ci, d'une part, avait mis en valeur son impossibilité d'agir (il ne pouvait savoir, en 1999, que la prescription avait commencé à courir en 1994, puisqu'à l'époque, le refus de garantie ne constituait pas un point de départ du délai biennal) ; et d'autre part, s'était appuyé sur les fameux principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime, par invocation des articles 10 (anciennement 5) et 17 (anciennement 10) du traité instituant la Communauté européenne, et de l'article 21 de la résolution du Parlement européen du 12 avril 1989 portant adoption de la Déclaration des droits et libertés fondamentaux (réponse : « les exigences de sécurité juridique et la protection de la confiance légitime invoquées pour contester l'application d'une solution restrictive du droit d'agir résultant d'une évolution jurisprudentielle, ne sauraient consacrer un droit acquis à une jurisprudence constante, dont l'évolution relève de l'office du juge dans l'application du droit »).



Au-delà du déluge de dates que l'on vient de faire pleuvoir sur le lecteur, il convient d'admettre que si notre Parlement, et non la Cour de cassation, avant procédé à de telles modifications du point de départ de la prescription en réformant à plusieurs reprises et en fort peu de temps l'article L.114-1 du Code des assurances, on aurait crié au loup si elles avaient été déclarées rétroactives³⁴. En revanche, aussi longtemps que le mécanisme même de la décision de justice n'aura pas été transformé, la rétroactivité en fera partie intégrante. C'est ce qu'a sans nul doute aisément compris le malheureux assuré dans l'affaire qui vient d'être contée.

Le risque juridique, que l'on pourrait plutôt nommer le danger juridique, a été identifié dans certains de ses nombreux aspects. Comment prévenir et guérir ce mal ?

LE TRAITEMENT DU MAL

Nul ne le niera, le droit doit évoluer : la loi et le règlement doivent être modifiés, et la jurisprudence elle-même peut parfois prendre l'initiative de créer une règle en interprétant les textes. L'idéal est que ceux-ci soient clairs et que les revirements, tant législatifs que jurisprudentiels, soient prévisibles. Peut-on l'atteindre ? Certaines thérapies peuvent probablement être mises en œuvre, mais d'autres remèdes relèvent malheureusement de l'utopie. C'est donc essentiellement sous forme de souhaits que peuvent être rapidement balayées les solutions préconisées afin d'atténuer les risques de nature juridique.

Les traitements préventifs

La compréhension des textes

La précision

Demander aux assureurs et intermédiaires de faire un effort pour rédiger les polices d'assurance est un peu vain, sauf, peut-être, en ce qui concerne les problèmes déjà connus. Telle exclusion, répandue sur le marché, a été déclarée nulle, il faut la réécrire ou l'abandonner ! La clause, dénoncée depuis des lustres, de plafond de garantie « par année et par sinistre » conduit à des litiges inévitables³⁵ : le chiffre annoncé s'entend-il de l'engagement global pour l'année, quel que soit le nombre de sinistres ? C'est ce que soutient l'assureur, mais alors pourquoi la précision « par sinistre » ? Et naturellement, l'assuré prétend que le plafond s'applique par sinistre dans l'année d'assurance...

Plus difficile à rendre effectif, et lassant à renouveler, paraît être le vœu adressé cette fois au législateur, de penser systématiquement aux dispositions transitoires de la loi : disposition rétroactive ? d'application



immédiate aux contrats en cours ? Applicable seulement aux contrats qui vont être conclus ? Il en est de même d'une prière qui relève pourtant de l'évidence : veiller à la clarté des textes, c'est-à-dire à leur correspondance entre l'esprit de leur élaboration et de leur rédaction finale, devrait être le souci premier des auteurs des lois et des règlements. Or, pour cela, une aide officielle, pourrait-on dire, car prévue par le Code des assurances, est fort utile. Le Conseil national des assurances a montré que les spécialistes (praticiens et universitaires) qui en font partie permettent d'éviter des aberrations rédactionnelles. Son remplaçant, avec ses diverses composantes, devrait être à même de faire œuvre aussi utile³⁶... à la condition que les réformes ne soient pas présentées à la sauvette, sous forme d'amendements, car ceux-ci ne sont pas transmis pour examen à cette institution. On peut présumer que si celle-ci avait été consultée, les interrogations qui se posent aujourd'hui à propos de l'application dans le temps des amendements dits About (assurance de la responsabilité des médecins) et Hunault (légalisation de la clause réclamation) n'auraient pas eu lieu d'être.

L'explication

Les travaux préparatoires de la loi sont évidemment indispensables à la compréhension correcte des innombrables lois qui sont chaque année promulguées. Toutefois, ce sont les décisions de la Cour de cassation pour lesquelles l'explication est chose très nécessaire. Convient-il de l'implorer d'imiter son homologue allemand, le Bundesgerichtshof, ou la Cour suprême fédérale des États-Unis ? Cela impliquerait la rédaction d'arrêts de 10 à 30 pages, où seraient relatées les données historiques du problème posé, les réponses apportées au fil du temps par la loi et la jurisprudence, tout en faisant une large place aux opinions doctrinales et aux avis des praticiens... Même en faisant abstraction du profond changement d'habitude et de mentalité qu'une telle démarche suppose, il faut observer que ces juridictions étrangères rendent très peu de décisions chaque année, infiniment moins que notre Cour de cassation. Le flot des pourvois annuels (plusieurs centaines en matière d'assurance) rend illusoire semblable alignement. Il faut néanmoins noter que, depuis quelque temps, la Cour prend soin, en présence d'affaires importantes telles que celle de la qualification des contrats d'assurance sur la vie, de solliciter ou d'accueillir les opinions de la doctrine, des assureurs et des principaux intéressés à l'opération de déqualification, en l'occurrence les notaires. Au demeurant, si les arrêts demeurent excessivement concis, il est depuis quelque temps possible de trouver un éclairage dans les conclusions et rapports des avocats généraux et des conseillers, qui sont disponibles sur le site Internet de la Cour de cassation.

*L'aide à la décision*

L'aide de la jurisprudence

Le revirement ne pouvant être condamné, on sait que de nombreuses études sont actuellement menées sur le front de la rétroactivité de la jurisprudence³⁷. On souhaiterait, globalement, que, statuant sur une affaire donnée, la Cour de cassation ne lui applique pas la nouvelle solution qu'elle imaginerait à cette occasion, annonçant certes celle-ci, mais ne la mettant en application qu'aux pourvois à venir. On renverra le lecteur au rapport élaboré sous la direction de notre collègue Nicolas Molfessis sur les revirements de jurisprudence³⁸ : parmi les propositions de réforme, figure notamment l'octroi aux Chambres de la Cour de cassation du pouvoir de décider d'une part, de déclarer qu'est opéré un revirement et, d'autre part, d'en moduler les effets dans le temps. Au fond, et en simplifiant à l'extrême, la nouvelle règle jurisprudentielle pourrait être, soit rétroactive, soit applicable dans l'avenir. Ce thème, et ce rapport, ont suscité des réactions³⁹ parfois passionnées. Leur sort est entre les mains du législateur⁴⁰.

Ce dernier a néanmoins instauré, depuis 1991, une procédure qui a pour fin de permettre à un juge du fond d'interroger la Cour de cassation sur la réponse à donner à une question de droit, nouvelle⁴¹, présentant une difficulté sérieuse⁴² et se posant dans de nombreux litiges. La Cour, ainsi saisie pour avis, n'est pas tenue de délivrer celui-ci, et si elle estime devoir en rendre un, le juge du fond n'est lui-même pas obligé de s'y plier. Le développement de ce procédé serait souhaitable : les problèmes d'application de la loi dans le temps, par exemple, issus des Lois de 2002 et 2003 en matière d'assurance de responsabilité, pourraient être utilement éclairés, sans attendre qu'une réponse soit fournie à l'occasion du traitement d'un pourvoi - dans 5 ou 10 ans ?

L'aide de l'autorité administrative

On évoquera, pour mémoire, l'ancienne technique du visa des contrats d'assurance par l'autorité administrative de tutelle. Non seulement le droit européen interdit son retour, mais il faut se souvenir de l'un de ses défauts majeurs : le juge judiciaire n'a jamais admis qu'un contrat ainsi visé échappe à son pouvoir de contrôle de sa conformité à la réglementation en vigueur⁴³. En d'autres termes, il s'agissait d'une fausse sécurité juridique.

Les traitements curatifs

Le risque juridique n'ayant pu être éliminé, il devrait tout de même être possible de l'atténuer ou de l'éradiquer. Le législateur est, en



principe, là pour cela, les parties au contrat d'assurance devraient logiquement vouloir y parvenir et la technique du transfert de risque sur un assureur peut être évoquée.

La législation correctrice

Le législateur peut, et devrait, intervenir quand se pose un problème juridique qui crée une insécurité qui pourrait être corrigée par la loi, au besoin pour briser une jurisprudence que la Cour de cassation qualifie elle-même de prétorienne⁴⁴. L'expérience montre que son inertie est cependant plus forte que sa force de réaction. Il faut admettre que si les groupes de pression qui ont la faveur des pouvoirs publics - tels que ceux des consommateurs⁴⁵ - cherchent à mettre en branle des processus de réforme, d'autres - tels que ceux constitués par les entreprises d'assurance - agissent parfois dans le même sens⁴⁶, mais aussi dans le sens contraire : la réforme des articles L.114-1 et L.114-2 du Code des assurances, relatifs à la prescription, a ainsi été enterrée vivante. À cet égard, les propositions de réforme formulées par la Cour de cassation⁴⁷ sont elles aussi restées lettre morte, à ce propos du moins⁴⁸. De façon plus générale, la Cour a elle-même déploré, publiquement, que la plupart du temps, le législateur fasse si peu de cas de ses suggestions⁴⁹.

La prise en compte du risque juridique par le droit du contrat d'assurance

15

Trois questions viennent à l'esprit. Tout d'abord, quand le risque garanti est de nature juridique - on désignera ici le risque de responsabilité civile - , la modification du régime légal, ou jurisprudentiel, de cette responsabilité correspond-elle à une modification du risque garanti au sens de l'article L.113-4 du Code des assurances ? Plus largement, le contrat d'assurance peut-il valablement contenir une clause qui prévoit les conséquences d'un changement de règle par voie législative ou jurisprudentielle, règle relative tant au risque couvert qu'au contrat d'assurance lui-même ? Et enfin, si le risque juridique existe, ne devrait-il pas pouvoir être assuré ?

Aggravation (ou réduction) du risque garanti

Le problème n'est pas nouveau, puisqu'il a été traité par Picard et Besson en 1938⁵⁰ : « on s'est demandé si la promulgation d'une loi nouvelle était susceptible de constituer une circonstance aggravante. L'hypothèse peut se présenter en matière de responsabilité ; si une loi rend plus lourde la responsabilité des assurés, le taux de prime sera désormais plus fort. Mais est-ce là, pour les contrats antérieurement conclus, une aggravation du risque ? », au sens de l'article 17 de la Loi du 13 juillet 1930⁵¹, rendant possible la résiliation par l'assureur. Tout en en doutant, ces auteurs ont, cependant, estimé qu' « il serait désirable de



prévoir au profit de l'assureur un droit de résiliation en cas de loi nouvelle augmentant son obligation ». Le désir, on le sait, n'a jamais été exaucé, mais l'idée n'est pas à dédaigner - à la condition d'appliquer le même raisonnement à la réduction du risque que l'on trouverait dans un allègement du régime de la responsabilité de l'assuré (plafonnement, par « barémisation », des dommages et intérêts, faute nécessaire au lieu d'une responsabilité sans faute...).

Peut-on adjoindre le revirement de jurisprudence à la modification de la loi ? Pour ces mêmes auteurs, la réponse est clairement négative : « en tout cas, il est incontestable qu'une jurisprudence nouvelle - comme celle instaurée par les tribunaux dans le domaine de la responsabilité du fait des choses - ne saurait constituer une circonstance aggravante du risque, car la jurisprudence ne fait que dégager le droit en vigueur au moment de la conclusion du contrat » ! Et revoilà le spectre de la rétroactivité naturelle de la décision de justice, que l'on s'évertue, en droit français, à ne pas assimiler la rétroactivité de la loi...

En somme, à défaut de loi spéciale consacrée à l'aggravation du risque du fait de l'intervention de la loi ou de la jurisprudence, l'assureur demeure désarmé en pareille situation. Dispose-t-il alors d'une marge de liberté contractuelle pour tenir compte de ce phénomène ?

Clauses affectées à la modification de la règle de droit

Deux clauses pourraient sembler autoriser l'assureur à se tirer du guêpier de ce type de risque juridique : l'une tend à prévoir une renégociation du contrat d'assurance et l'autre à écarter les risques initialement garantis, puis atteints par la modification de la règle de droit.

Tout d'abord, l'aggravation objective de l'engagement de l'assureur pouvant résulter, tant de la règle relative au risque pris en charge⁵² que d'une règle nouvelle, même jurisprudentielle, appliquée au contrat d'assurance proprement dit⁵³, est-il concevable de stipuler une clause qui imposerait aux parties l'obligation de renégocier le contrat, et notamment le montant de la prime ? La clause de *hardship* nous semble difficilement adoptable par le contrat d'assurance dans la mesure où elle conduirait à faire échec à divers principes impératifs du droit de l'assurance. On mentionnera simplement celui de la non révision de la prime, sauf dans le cas d'aggravation du risque au sens de l'article L.113-4, qualification ici écartée, et celui de la prohibition de la résiliation unilatérale en dehors des cas limitativement prévus par la loi. Il n'en serait pas moins intéressant de se livrer à une étude approfondie de la validité de la clause qui tendrait à rééquilibrer les obligations de l'assureur et de l'assuré dans l'hypothèse où une nouvelle règle de droit viendrait bouleverser les éléments initiaux du contrat au vu desquels les



consentements ont été donnés, l'un des contractants en subissant une rigueur injuste. Serait-il possible de s'inspirer des Principes du droit européen des contrats établis par la Commission Lando ? L'article 2.117 précise que si une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution serait devenue plus onéreuse, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat, ou d'y mettre fin, si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'entre elles en raison d'un changement de circonstances affecté de plusieurs conditions : il doit être survenu après la conclusion du contrat, ne pas avoir pu être raisonnablement pris en considération au moment de cette conclusion, et la partie lésée ne doit pas avoir à supporter ce risque en vertu du contrat... On observe à nouveau l'obstacle que représente le droit du contrat d'assurance à l'intégration d'un tel principe.

Ensuite, peut-on imaginer une clause qui exclurait le risque au moment de son aggravation du fait d'une intervention législative ou jurisprudentielle ? L'article L. 113-1 du Code des assurances exige que toute exclusion soit formelle et limitée. Sur ce fondement, la Cour de cassation a déclaré nulles de nombreuses clauses, dont celle qui, dans un contrat d'assurance santé, exclut les conséquences des maladies sexuellement transmissibles au motif que celles-ci n'étaient pas définies autrement que par le mode de contamination⁵⁴. Sans vouloir oser une comparaison trop osée, on peut raisonnablement estimer qu'il en serait de même de la clause écartant les conséquences d'une modification du risque qui ne serait définie que par son mode de survenance, la voie législative ou jurisprudentielle.

Le transfert du risque juridique sur l'assureur

Notre conception du risque juridique est ici simpliste : un événement incertain dont la réalisation est susceptible de provoquer un gain ou une perte pour les deux parties ou pour l'une d'entre elles. L'assureur est-il en droit, lui qui est incontestablement exposé à ce risque, de souscrire une garantie d'assurance contre le risque de voir le risque de son assuré (par exemple, le régime de sa responsabilité civile professionnelle) alourdi par une nouvelle loi ou une nouvelle jurisprudence ? Ou encore contre le risque de voir le régime du contrat d'assurance aggravé dans le sens d'un accroissement de son engagement (jurisprudence de 1990 sur la durée de la garantie).

Il s'agirait alors d'une assurance de pertes pécuniaires, celles-ci résultant du poids accru de l'indemnité d'assurance. L'idée est d'autant plus séduisante que la Cour de cassation parle elle-même d'« aléa judiciaire » à propos de l'issue d'un procès. Aléa judiciaire, aléa législatif, ou aléa juridique de façon plus générale, l'essence même du contrat d'assurance



est présente. Juridiquement, et sous réserve d'une réflexion approfondie, l'assurance de telles pertes est concevable (et l'on pourrait tenter une comparaison avec la réassurance). Techniquement, toutefois, pourrait-elle être mise sur pied ?

Puisque l'on peut rencontrer le risque juridique, ou plus exactement, le danger de dysfonctionnement de notre système juridique, son existence requiert un traitement issu notamment des solutions proposées dont, il faut l'admettre, fort peu pourraient devenir réalité. Le panorama qui vient d'être dressé pourrait être rectifié au moyen d'une gradation de leur irréalisme... Un dernier conseil accompagné d'une prière ? Que les assureurs et leurs partenaires contractuels, finalement, ne comptent que sur eux-mêmes, et que leurs principaux interlocuteurs, les magistrats, acceptent de discuter avec eux de la prévention de ce risque.

NOTES

1. Voir les observations générales de L. Mayaux, « Le risque assurable », in *Traité de droit des assurances*, t. III, *Le contrat d'assurance*, sous la dir. de J. Bigot, LGDJ, 2002, spéc., n° 1093 à 1097 ; *Insécurité juridique et assurance*, colloque de l'AIDA, RGDA 1998, p. 411 et s., spéc. Exposé introductif par H. Groutel, *Remèdes à l'insécurité juridique* par J. Kullmann.

2. On savourera la demande faite par la COB (Bull. mensuel janvier 2003, n° 375) aux entreprises soumises à son contrôle, au titre de la « Présentation des risques juridiques » (art. 6.2) :

« La société est invitée à donner une information sur les risques juridiques généraux encourus du fait de son activité. À titre d'exemple, les sujets abordés cette année ont porté sur les risques liés à la propriété intellectuelle, aux modes de commercialisation des produits (franchises, licences), et à l'existence ou au contraire l'inexistence, dans certains pays, de certaines réglementations.

De surcroît une information devra être délivrée sur l'ensemble des litiges significatifs auxquels la société doit faire face, avec une valorisation, si possible, des conséquences financières pour la société ».

3. Voir articles 1104 et 1964 du Code civil.

4. Exemples : une mesure de prévention du risque est-elle une exclusion ou une condition de garantie, leurs régimes respectifs étant très sensiblement différents : caractères typographiques, possibilité d'interprétation, charge de la preuve... ? Une faute intentionnelle suppose-t-elle un geste volontaire, ou à la fois un geste volontaire et la recherche du dommage tel qu'il est survenu ?

5. Exemples : la (trop) fameuse clause réclamation a été déclarée, par la Cour de cassation, valable et opposable au tiers victime, puis inopposable à celui-ci, puis nulle et réputée non écrite, au visa du même article L.124-1 du Code des assurances, et enfin, valable, à certaines conditions, par la Loi du 1^{er} août 2003 (nouvel article L.124-1-1 du Code des assurances).

6. On rappellera que cette observation ne s'applique pas à l'autorité judiciaire dont les membres ne sont pas élus (sous réserve de certaines juridictions du premier degré).

7. Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1993, *Argus* 1993, n°6352, p. 31.



8. Loi n° 93-1444 du 31 décembre 1993, art.L.211-1 du Code des assurances ; voir H.Groutel, *Le voleur victime et l'assurance du véhicule : des parlementaires naïfs*, Resp. civ. et assur. 1994, chr., n° 8.
9. Date du premier fait dommageable, ou de la première réclamation ?
10. Cass. 1^{re} civ., 9 févr. 1999, RGDA 1999, p.419, note J.Kullmann, JCP 1999.II.10047, note P.Sargos; voir H.Groutel, *Garantie incapacité temporaire ou invalidité : la Cour de cassation se défait*, Resp. civ. et assur. 1999, chr. 11.
11. Voir J.Kullmann, *Suicide et assurance : une déjà vieille notion, mais un tout nouveau régime*, RGDA 2002 p. 907.
12. Cass. 1^{re} civ., 24 juin 2003, RGDA 2003 p.800, note A.Favre Rochex ; H.Groutel, *Avis de tempête*, RCA 2003 chr. n° 27.
13. Cass. 1^{re} civ., 13 janvier 2004, cette Revue 2004. 523, 2^{ème} espèce, note J.Kullmann.
14. Cass. 2^{ème} civ., 4 novembre 2004, RGDA 2005 p.185, note J. Kullmann.
15. L.Mayaux, Colloque AIDA 19 novembre 1997, RGDA 1998 p. 614 ; Cass. civ.1^{re}, 18 juin 2002, RGDA 2002.732, note J.Bigot ; RCA 2002 comm. 343, note G.Courtieu ; D. 2002. 2830, note Verdun ; et sur cet arrêt, Rapport de la Cour de cassation 2002, p. : « Pour que ce texte puisse s'appliquer, il faut, et ce n'était pas le cas en l'espèce, que les garanties soient modifiées, et surtout que le contrat reste en vigueur ».
16. Cass. 1^{re} civ., 23 septembre 2004, RGDA 2005 p.98, note J.Kullmann.
17. Cass. 1^{re} civ., 7 décembre 2004, RGDA 2005 p.102, note J.Kullmann.
18. Pratique de l'interprétation des contrats, Étude jurisprudentielle, Publications de l'Université de Rouen 1991 : « *La convention la plus souvent jugée équivoque est incontestablement le contrat d'assurance* » (n°30, p.30).
19. Cass. 1^{re} civ., 9 avril 1991, RGAT 1991, p.557, note R.Maurice
20. « Sens et essence », « Sens et portée », etc.
21. Faut-il rappeler que le droit du contrat d'assurance est l'œuvre de la Cour de cassation, dans des proportions certainement supérieurs à celle du législateur ?
22. Sur cette évolution, voir J.Kullmann, *Lamy Assurances* 2005, n° 287.
23. Cass. 1^{re} civ., 22 avril 1992, RGAT 1992 p.497, note R.Maurice ; voir aussi Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 1941, DC 1943, p.57, note Besson.
24. Voir G.Durry, Où la Commission de contrôle des assurances semble méconnaître le caractère consensuel du contrat d'assurance, Resp. civ. et assur. 1999, chr., n° 24 ; J.Kullmann, JCP éd. G 2000, I, n°219.
25. Cass. 3^{ème} civ., 17 juin 2003, RGDA 2003 p. 691, note critique L.Mayaux.
26. Voir J. voir Kullmann, JCP éd.G 2002, I, n° 116
27. Cass. 2^{ème} civ., 17 mars 2005, pourvoi n° 04-10. 654.
28. Cass. 2^{ème} civ., 4 novembre 2004, pourvoi n° 03-17. 888
29. Cass. 2^{ème} civ., 21 octobre 2004, pourvoi n° 03-16. 328
30. Cass. 2^{ème} civ., 4 novembre 2004, pourvoi n° 03-15896
31. Voir M.Belmont et H.Lascombes, *Le droit du renard*, RGDA 2003 p. 413.
32. Responsabilité engagée, à raison d'une opération pratiquée en 1974, pour manquement à l'obligation d'information du patient sur les risques exceptionnels liés à l'acte médical... alors que cette obligation n'a été « découverte » par la jurisprudence que 15 années plus tard : « la responsabilité consécutive à la transgression de cette obligation peut être recherchée, aussi bien par la mère que par son enfant, alors même qu'à l'époque des faits la jurisprudence admettait qu'un médecin ne commettait pas de faute s'il ne révélait pas à son patient des risques exceptionnels ; qu'en effet, l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée » (Cass.1^{re} civ., 9 oct. 2001, Bull. civ. I, n° 249 ; D. 2001. 3470, rapp. P.Sargos, note D.Thouvenin; adde Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2000, Bull. civ. I, n° 97, D.2000. 593 note Ch. Attias, RTDCiv. 2000. 666, obs. N.Molfessis).
33. Cass. 2^{ème} civ., 8 juillet 2004, RGDA 2004 p.933, note J.Kullmann



34. On rappellera que le principe de la non-rétroactivité de la loi étant édictée par une loi (l'article 2 du Code civil), une loi peut évidemment l'écartier.

35. Voir J.Kullmann, *Lamy Assurances* 2005 n° 718.

36. Comité consultatif du secteur financier et Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières. On observe cependant avec regret que l'assurance a disparu en tant que telle, elle n'est plus qu'un service financier... alors qu'un contrat d'assurance, par essence, est fondamentalement différent d'un contrat correspondant à une opération de banque. Au surplus, que penser de la composition du Comité consultatif du secteur financier : 10 représentants du monde bancaire, 6 pour celui des assurances... ?

37. Sur les difficultés de mettre en place un mécanisme d'avertissement préalable, par la Cour de cassation, des revirements qu'elle estime devoir faire, voir J.L. Aubert, *Introduction au droit*, A.Colin 2004, n° 170, p.173.

38. *Litec* janvier 2005.

39. Voir P.Sargos, *L'horreur économique dans la relation de droit*, *Dt social* février 2005, p.124 ; V. Heuzé, À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, *Une réaction entre indignation et incrédulité*, *JCP* 2005. I.130 p. 671.

40. Le Conseil d'État a lui-même réalisé une modulation, dans le temps, des effets de l'annulation d'un arrêté : CE, 11 mai 2004, *Association AC*, *Pet. Affiches* 4 février 2005, note F. Crouzatier-Durand ; B.Mathieu, *Le juge et la sécurité juridique* : vues du Palais Royal et du Quai de l'Horloge, *D.* 2004. 1604.

41. C'est-à-dire non résolue par un texte ou par une jurisprudence bien assise de la Cour de cassation.

42. Plusieurs solutions étant possibles, et le choix pouvant impliquer une contrariété de jurisprudence.

43. Voir J.Kullmann, *L'influence de la puissance publique sur le contrat de droit privé*, Thèse Paris I, 1987.

44. A propos de l'annulation des clauses réclamation par les arrêts du 19 décembre 1990, voir le rapport pour l'année 1990 : « la Première chambre civile a estimé qu'il convenait de prolonger son œuvre prétorienne » en franchissant « une étape supplémentaire » (*Doc. fr.* 1991, p.372).

45. Voir la récente loi sur la durée des contrats et la tacite reconduction.

46. Voir la tentative de réforme de l'article L.132-5-1 du Code des assurances.

47. L'article L.131-13 du Code de l'organisation judiciaire prévoit que la Cour de cassation peut suggérer des modifications législatives ou réglementaires.

48. La Cour a ainsi proposé des réformes en matière d'indemnisation des victimes de dommages causés par des accidents de la circulation provoqués volontairement (*Rapp.* 1987), d'interruption et suspension de la prescription biennale (*Rapp.* 1988, 1990, 1996, 1997, 2001, 2002 et 2003 !), de présence de l'assureur au procès pénal (*Rapp.* 1988), de résiliation du contrat pour non paiement des primes (*Rapp.* 1991) et d'assurance obligatoire de la responsabilité civile des parents du faits de leurs enfants (*Rapp.* 2002).

49. *Rapport* 1997.

50. *Traité général des assurances terrestres*, Tome 1, *LGDJ* 1938, n° 150, p. 303.

51. Actuel article L.113-4 du Code des assurances, modifié depuis lors.

52. Régime de la responsabilité de son assuré, ou encore garantie du risque de catastrophes technologiques, qui a pris place dans les contrats d'assurance en cours au jour de l'entrée en vigueur de la loi du 30 juillet 2003 - Articles L.128-1 et s. du Code des assurances.

53. Par exemple, nullité, et non plus interprétation des exclusions ambiguës.

54. *Cass. 1^{re} civ.*, 4 mai 1999, *JCP* 1999. II.10176, *Rapp.* P.Sargos ; *RGDA* 1999, p. 670, note M.-H. Maleville : voir L. Fonlladosa, *L'exclusion des « maladies sexuellement transmissibles »* réputée non écrite, *Lamy assurances*, *Bulletin d'actualité* I, n°52, juin 1999.