



Application dans le temps de la garantie responsabilité civile

REMERCIEMENTS

Je suis très satisfaite d'avoir effectué mon stage de deuxième année de maîtrise à la Mutuelle de Poitiers Assurances car j'ai pu découvrir une entreprise chaleureuse et familiale dans laquelle je me suis sentie parfaitement à l'aise.

Je voudrais remercier tout d'abord Monsieur Maxime-Henri Désert, Directeur Général, de m'avoir accueillie dans son entreprise et Monsieur Jean Climent, Directeur Contentieux, mon maître de stage, pour m'avoir guidée dans la rédaction de ce mémoire.

Je souhaiterais remercier également tout le Personnel de la Mutuelle de Poitiers pour son accueil chaleureux et son soutien tout le long de mon stage, notamment, Madame Marie-Anne Soulas, Madame Christine Jonquet, Madame Prisca Massonneau, Monsieur Jean-Yves Brissonnet...

Et tout spécialement Monsieur Jean-Louis Varenne qui, pour mon plus grand intérêt, m'a emmenée en mission une journée, afin que je participe concrètement à la phase terminale d'un dossier c'est-à-dire au règlement d'un sinistre survenu deux mois plus tôt.

Lors de mon stage, le Personnel de la Mutuelle de Poitiers m'a fait découvrir à travers les différents dossiers étudiés les rapports humains de grande qualité qui existent entre l'entreprise et ses assurés.

SOMMAIRE

Introduction : La garantie responsabilité civile dans le temps : un sujet d'actualité p 4

Partie 1 : Application des garanties d'assurance dans le temps

<i>I- Les clauses de reprise du passé</i>	<i>p 6</i>
<i>II- La garantie subséquente</i>	<i>p 6</i>
<i>III- Validité des clauses de réclamation « claim's made »</i>	<i>p 7</i>
<i>IV- La jurisprudence met fin aux clauses en « base réclamation »</i>	<i>p 9</i>
1°/ Inopposabilité à la victime (2 arrêts, Cass. 1 ^{ère} civ., 22 et 23 janvier 1985)	<i>p 9</i>
2°/ Nullité de la clause de réclamation pour défaut de cause (7 arrêts, Cass. 1 ^{ère} civ., 19 décembre 1990)	<i>p 10</i>
3°/ Les clauses définies par des textes réglementaires (Cass. 1 ^{ère} civ., 23 juin 1993)	<i>p 12</i>
4°/ Nullité des clauses-type (CE, 29 décembre 2000)	<i>p 12</i>
5°/ Inopposabilité de la jurisprudence entre assureurs (Convention FFSJA, 18 décembre 1991)	<i>p 14</i>
<i>V- Conséquences de la jurisprudence du 19 décembre 1990</i>	<i>p 18</i>
<i>VI- Des assouplissements à prévoir ?</i>	<i>p 18</i>

Partie 2 : Le retour progressif de la clause en base réclamation

I-	<i>La loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 dite « loi About »</i>	<i>p 21</i>
	1°/ Règle du non-cumul d'assurance	<i>p 24</i>
	2°/ Difficultés d'application	<i>p 28</i>
	3°/ Le passé « connu »	<i>p 28</i>
II-	<i>L'article 80 de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 sur la Sécurité Financière</i>	<i>p 29</i>
	1°/ Notion de sinistre en assurance de responsabilité	<i>p 30</i>
	2°/ Notion de fait dommageable	<i>p 31</i>
	3°/ Application dans le temps de la garantie de l'assureur	<i>p 32</i>
	4°/ Fonctionnement de la garantie base réclamation	<i>p 34</i>
	5°/ Garantie des assureurs successifs	<i>p 39</i>
	6°/ Circulaire APSAD du 23 novembre 1995 et Convention RC médicale du 24 juin 2003	<i>p 44</i>
III-	<i>Information de l'assuré</i>	<i>p 47</i>
IV-	<i>Application dans le temps</i>	<i>p 48</i>
	1°/ L'article 80 de la loi n° 2003-706 sur la Sécurité Financière du 1 ^{er} août 2003	<i>p 48</i>
	2°/ Aménagements de l'article L 251-2 du code des assurances	<i>p 49</i>
	3°/ Exemple d'actualité : l'Amiante	<i>p 50</i>
V-	<i>Notice d'information (arrêté du 31 octobre 2003)</i>	<i>p 56</i>

- Quid de l'arrêt de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de Cassation du 29 octobre 2003 ? p 63

Partie 3 : Annexes

Les grands arrêts et les principaux articles des codes mentionnés dans le mémoire (des Assurances, Civil et de la Sécurité Sociale).

Définitions :

Quelques définitions préalables sont indispensables afin de mieux comprendre le sujet :

Fait dommageable : fait, acte ou événement à l'origine des dommages subis par la victime et faisant l'objet d'une réclamation.

Réclamation : mise en cause de la responsabilité, soit par lettre adressée à l'assuré ou à l'assureur, soit par assignation devant un tribunal civil ou administratif. Un même sinistre peut faire l'objet de plusieurs réclamations, soit d'une même victime soit de plusieurs victimes.

Période de validité de la garantie : période comprise entre la date de prise d'effet de la garantie et, après d'éventuelles reconductions, sa date de résiliation ou d'expiration.

Période subséquente : période se situant après la date de résiliation ou d'expiration de la garantie. Sa durée est précisée par le contrat. Elle ne peut être inférieure à cinq ans.

Introduction - La garantie Responsabilité Civile dans le temps : un sujet d'actualité

La réalisation du risque, dans le cadre d'un contrat d'assurance de responsabilité civile, présente, par rapport aux assurances de choses, un caractère spécifique. En effet, pour celles-ci la réalisation du risque est constituée par la survenance de l'événement garanti (incendie, explosion...) souvent en un même instant donné ; alors qu'en responsabilité civile, cette réalisation est composée de plusieurs faits successifs. Ces faits peuvent survenir pendant, avant ou après la période de validité du contrat. C'est pourquoi les contrats d'assurance de responsabilité civile prévoient pratiquement tous une clause dite « *d'application de la garantie dans le temps* » qui déterminera lequel de ces faits devra survenir pendant la période de validité du contrat pour que la garantie puisse s'appliquer.

La durée dans le temps de la garantie de responsabilité civile est une question qui oppose la logique assurantielle et la logique juridique. Le problème est celui de la détermination de la date du sinistre, événement qui conditionne l'intervention de l'assureur ; cette date doit se situer dans une période couverte par le contrat.

Alors que les assureurs, soucieux de limiter la garantie, considèrent, s'appuyant sur les termes de l'article L 124-1 du code des assurances, que le sinistre est constitué par la réclamation de la victime, pour la Cour de Cassation depuis fin 1990 et désormais la loi, c'est la date du fait dommageable qui doit être prise en compte.

Or, de nombreuses années peuvent s'écouler entre la survenance du fait dommageable, l'apparition du dommage et finalement la réclamation de la victime ce qui signifie que l'assureur peut être tenu à garantie alors que le contrat est résilié depuis longtemps.

Afin d'imposer leur propre critère les assureurs ont introduit dans les contrats des clauses dites de réclamation de la victime ou clause « claim's made » subordonnant leur garantie à la réclamation de la victime pendant la période de validité du contrat.

Cette clause invalidée par la jurisprudence civile et administrative vient d'être consacrée par le législateur.

La garantie dans le temps est un sujet complexe et en pleine modification actuellement, c'est pourquoi il pose problème aux assureurs qui souhaiteraient disposer de solutions claires et définitives afin de pouvoir expliquer le fonctionnement de ces clauses le plus simplement possible à leurs assurés.

Les assureurs attendent donc une simplification du système de la garantie dans le temps.

Des changements sont encore à prévoir du fait de la complexité et du caractère récent des aménagements législatifs et réglementaires (Les articles 4 et 5 de la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale; L'article 80 de la loi Sécurité Financière n° 2003-706 du 1 août 2003 ; l'arrêté du 31 octobre 2003 portant sur la notice d'information délivrée en application des nouvelles dispositions sur le déclenchement de la garantie de responsabilité civile dans le temps dans les contrats d'assurance...)

Partie 1:

Application

des garanties d'assurance

dans le temps

I- Les clauses de reprise du passé

La liberté contractuelle autorise les cocontractants à convenir que la garantie de l'assureur est due pour **tout fait engageant la responsabilité de l'assuré intervenu antérieurement à la prise d'effet du contrat.**

Ce sont les clauses selon lesquelles la garantie est accordée pour les réclamations survenues pendant la période de validité du contrat, même si le fait générateur ou le dommage sont antérieurs à sa prise d'effet.

La garantie est limitée au « passé inconnu ». C'est-à-dire que si l'assuré avait connaissance du sinistre ou du fait générateur antérieurement à la date de prise d'effet du contrat, la clause de reprise du passé inconnu ne peut pas jouer afin de préserver le caractère aléatoire du contrat d'assurance.

Cette garantie n'est nécessaire que si aucun précédent assureur ne garantissait la période antérieure.

II-La garantie subséquente

Les parties peuvent convenir que l'assureur couvrira les conséquences de tout fait générateur intervenu pendant la durée du contrat d'assurance, même si la réclamation du tiers victime n'intervient que postérieurement à l'expiration de la police.

Ces clauses permettent de garantir des faits générateurs ou des dommages survenus avant la fin de la période de validité du contrat mais dont les réclamations sont postérieures à la cessation de celui-ci.

De telles clauses étaient fréquemment insérées dans les polices d'assurance de responsabilité professionnelle, notamment en cas de changement d'assureur.

Mais, à la suite de la jurisprudence de 1990 relative à la « clause de réclamation » la Cour de Cassation a réputé « non écrite » la clause selon laquelle la garantie ne sera maintenue après la résiliation du contrat d'assurance que moyennant le paiement d'une prime « subséquente ».

III-Validité des clauses de réclamation « claim's made »

Dans la responsabilité civile contractuelle ou délictuelle, pour engager la responsabilité d'une personne, trois éléments sont indispensables : la faute, le dommage et le lien de causalité entre ces deux premiers éléments. Mais des années peuvent s'écouler entre la commission d'une faute et la survenance du dommage ou la réclamation du tiers.

La réclamation du tiers est prévue dans le code des assurances comme élément déclencheur de la garantie. C'est pourquoi il est logique que les assureurs aient conçu à l'origine leurs contrats sur la base d'une réclamation de la victime pendant la période de validité du contrat.

De plus, les statistiques et les calculs de probabilités sont effectués par les assureurs sur la base de l'importance des risques encourus pour une période donnée et limitée, ce qui sert au calcul de la prime, et à la constitution des provisions pour sinistres.

C'est pourquoi en matière de risque d'entreprise, et afin de limiter l'application de leur police dans le temps, les assureurs avaient l'habitude d'insérer dans leur contrat une clause en « base réclamation », selon laquelle la garantie n'est due que si la réclamation de la victime intervenait entre la prise d'effet et l'extinction du contrat d'assurance.

Mais l'augmentation des réclamations tardives ont amené les assureurs à imposer que le fait générateur et la réclamation interviennent conjointement pendant la période de validité du contrat.

Ces clauses restrictives ont créé des situations de non assurance car les assurances de responsabilité n'étant pas obligatoires dans la plupart des secteurs d'activité, les assurés souscrivaient plus ou moins régulièrement leur contrat et se trouvaient exposés à des trous de garantie.

Pour y remédier, les assureurs ont prévu des clauses de reprise du passé et de garantie subséquente. Malgré ces clauses, le mécanisme de la réclamation entraînait la caducité de l'obligation de l'assureur à l'expiration du contrat.

Traditionnellement, les clauses d'application de la garantie dans le temps relèvent de la liberté contractuelle. Elles indiquent que, pour que le sinistre soit garanti, le fait générateur, le fait dommageable, la manifestation du dommage ou la réclamation ou la conjugaison de plusieurs de ces étapes doivent survenir pendant la période de validité du contrat pour que le sinistre soit garanti.

Dans un premier temps, la Cour de Cassation a consacré la validité de la clause selon laquelle la garantie de l'assureur était subordonnée à la réclamation de la victime pendant la période où le contrat d'assurance est en cours, dans la mesure où cette clause était explicite, qu'elle avait été librement acceptée par l'assuré et qu'elle n'était pas contraire à l'ordre public.

Cette clause était opposable à la victime : **Cass. Civ 1, arrêt du 3 mars 1981 :**

« Ne donne pas de base légale à sa décision la Cour d'appel qui condamne une compagnie d'assurance à garantir son assuré, mis en cause par un tiers lésé, au motif que, quoique le contrat d'assurance ait été résilié et que l'une de ses clauses définissait le sinistre comme « étant toute réclamation formulée pendant la durée des garanties » lesquelles cessaient « à la date d'effet de la résiliation », les dommages avaient été constatés avant sa résiliation, sans rechercher si, aux termes de ce contrat d'assurance, la garantie n'était pas exclue dès lors que la réclamation du tiers lésé intervenait après la date de résiliation de la police. »

Mais en l'absence de clause spécifique de reprise du passé par un nouvel assureur, l'assuré ne se trouvait pas garanti si la réalisation du dommage ou la réclamation du tiers n'intervenait que postérieurement à l'expiration de la période garantie.

De même, la victime se trouvait dans l'impossibilité de bénéficier de la garantie de l'assureur de responsabilité, si son dommage ou sa réclamation intervenait postérieurement à l'extinction du contrat.

C'est donc afin d'éviter de tels découverts de garantie que la Cour de Cassation a condamné les clauses « claim's made » sur le fondement de l'absence de cause comme nous allons l'étudier ci-dessous :

IV- La jurisprudence met fin aux clauses en « base réclamation »

1°/ Inopposabilité à la victime (2 arrêts de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation du 22 et 23 janvier 1985)

La première entorse à la liberté contractuelle se fit avec l'inopposabilité à la victime de certaines clauses d'application de la garantie dans le temps.

a) La première à avoir été jugée inopposable fut la clause subordonnant la garantie responsabilité civile à ce que la déclaration de sinistre de l'assuré soit faite à l'assureur avant l'expiration du contrat d'assurance :

♣ Arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation du 3 avril 1984 :

« Encourt la cassation l'arrêt qui, pour rejeter l'action directe de la victime contre l'assureur du responsable d'un sinistre consécutif à l'abandon de travaux, se borne à énoncer que la garanti n'était due que pour les sinistres survenus, révélés et régulièrement déclarés à l'assureur pendant la durée du contrat et qu'en l'espèce la déclaration du sinistre n'avait été faite que postérieurement à la résiliation de la police. Il appartenait, en effet, à la Cour d'appel de répondre aux conclusions de la victime, qui faisait valoir que l'abandon des travaux, cause du sinistre, était intervenu avant la résiliation de la police et que la déchéance de garantie pouvant résulter, pour l'assuré, de la non déclaration du sinistre **n'est pas opposable au tiers lésé**, conformément à l'article R124-1 du code des assurances. »

L'article R124-1 du code des assurances stipule que : « Les polices d'assurance garantissant des risques de responsabilité civile doivent prévoir qu'en ce qui concerne cette garantie aucune déchéance motivée par un manquement de l'assuré à ses obligations commis postérieurement au sinistre ne sera opposable aux personnes lésées ou à leurs ayants droit. »

b) Par deux arrêts des 22 et 23 janvier 1985, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation a décidé que la clause par laquelle la garantie n'est acquise que si la réclamation est présentée avant la résiliation de la police est inopposable au tiers lésé.

Cette solution avait le grave inconvénient de permettre un recours de l'assureur à l'encontre de son assuré, pour les sommes versées au tiers lésé, dans la mesure où la clause lui était opposable, ce qui avait pour effet de laisser l'assuré en découvert de garantie.

♣ Arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation du 22 janvier 1985 :

« Dès lors qu'elle relevait que le dommage dont la victime avait manifesté l'intention d'obtenir réparation était apparu à une époque où la garantie de la compagnie d'assurances était acquise à l'assuré et qu'il avait, dès cette époque fait naître une créance d'indemnité dans le patrimoine de la victime, une Cour d'appel a justement estimé que les dispositions du contrat selon lesquelles la garantie n'était acquise à l'assuré que si la réclamation de la victime était présentée avant la date de résiliation de la police, n'était pas opposable au tiers lésé. »

♣ Arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation du 23 janvier 1985 :

« Dans l'assurance responsabilité, l'assureur est tenu si il y a eu une réclamation amiable ou judiciaire faite à l'assuré par le tiers lésé. Doit être cassé l'arrêt qui pour décider qu'une société d'assurance ne devait pas sa garantie a retenu que les désordres invoqués survenus pendant la période de garantie n'avaient pas fait l'objet d'une réclamation formulée auprès de l'assureur pendant cette même période, au lieu de rechercher si il y avait eu une réclamation du tiers lésé auprès de l'assuré. »

2°/ Nullité de la clause de réclamation pour défaut de cause (7 arrêts de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation du 19 décembre 1990)

La Cour de Cassation le 19 décembre 1990 met fin aux clauses basées sur la réclamation sur le fondement des articles 1131 du code civil et L 124-1 du code des assurances (cf. annexes):

« Le versement de primes pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat et son expiration a pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages qui trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période ; la stipulation de la police selon laquelle le dommage n'est garanti que si la réclamation de la victime, en tout état de cause nécessaire à la mise en œuvre de l'assurance de responsabilité, a été formulée au cours de la période de validité du

contrat abouti à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable et à créer un avantage illicite, comme dépourvu de cause, au profit du seul assureur, qui aurait alors perçu les primes sans contrepartie ».

En conséquence « cette stipulation doit être réputée non écrite ».

Cette jurisprudence rappelle ici le principe de droit des obligations de « la nullité des obligations sans cause ».

La cause du paiement de la prime par l'assuré est la garantie due par l'assureur couvrant les dommages, lesquels trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit entre la signature et la résiliation de la police : seul le fait générateur constitue l'objet de la garantie de l'assureur et la cause de l'obligation pour l'assuré.

En raison de l'absence de définition légale du sinistre, il est difficile pour l'assureur d'apprécier l'événement déclencheur de la garantie. C'est pourquoi la jurisprudence a donné une définition basée sur le droit des obligations (article 1131 du code civil) :

« Le sinistre est la réalisation du risque de voir sa responsabilité engagée. »

Selon l'**article L 124-1 du code des assurances** : « l'assureur n'est tenu que, si à la suite du fait dommageable prévu au contrat, une réclamation amiable ou judiciaire est faite à l'assuré par le tiers lésé ».

Cette disposition n'est pas impérative, les parties ont donc le droit d'y déroger. La doctrine s'accorde pour dire que la réclamation n'est pas fondamentalement nécessaire. La réclamation engendre l'obligation de contribuer à la dette de responsabilité et elle rend effective un risque alors aléatoire. Mais, c'est le fait générateur, objet du transfert du risque sur l'assureur qui fonde son obligation.

Depuis lors, la jurisprudence fait une application constante et extrêmement ferme de ce principe :

♣ Cass. Civ. III, 17 avril 1991 – Cass. Civ. I, 30 mars 1994 – Cass. Civ. I, 28 avril 1998 ...

3°/ Les clauses définies par des textes réglementaires (arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation du 23 juin 1993)

La seule restriction à cette jurisprudence de la Cour de Cassation est la validité reconnue des clauses répondant aux exigences de textes réglementaires fixant les conditions minima de garanties obligatoires de responsabilité professionnelle.

Donc les clauses « réclamations » restaient valables si elles étaient expressément prévues par un texte réglementaire particulier (agents immobiliers, agents de voyage...)

Ainsi, selon l'arrêt de la Cour de Cassation du 23 juin 1993, est valable la clause conforme aux exigences de l'arrêté du 1 septembre 1972, pris en application de l'article 49 du décret du 20 juillet 1972 (responsabilité professionnelle des agents immobiliers), qui stipule (*cf. annexes*): « *la garantie s'applique exclusivement aux cas de responsabilité matérielle relative à des dommages portés à la connaissance de l'assuré pendant la période de garantie. Toutefois, la garantie est étendue à la réparation de tous sinistres connus de l'assuré dans un délai maximum de douze mois à condition que le fait générateur de ce sinistre se soit produit pendant la période de validité dudit contrat.* »

Dès lors, les juges du fond ne peuvent réputer une clause réclamation non écrite, sans rechercher si le contrat d'assurance dont il était demandé application était conforme à l'arrêté fixant les garanties obligatoires.

Les clauses de garantie dans le temps prises en conformité avec les clauses type des assurances obligatoires de responsabilité civile sont valables vis-à-vis des assurés mais aussi opposables aux victimes.

4°/ Nullité des clauses-type (arrêt du Conseil d'Etat du 29 décembre 2000)

Jusqu'en décembre 2000, la jurisprudence de 1990 ne s'appliquait donc pas lorsque les textes instaurant une obligation de garantie d'assurance prévoyaient des dispositions relatives à la

durée de la garantie ; la Cour de Cassation faisait alors application des clauses figurant dans les contrats type d'assurance obligatoire comme nous l'avons vu ci-dessus.

C'est le Conseil d'Etat, le 29 décembre 2000, dans l'arrêt Beule, qui a considéré la clause type comme illégale (*cf. annexes*).

Le conseil d'Etat a déclaré que l'arrêté du 27 juin 1980 définissant les clauses type relatives à l'assurance des centres de transfusion sanguine était entaché d'illégalité en ce qu'il comportait une clause limitant la durée de la garantie dans le temps basée sur la notion de réclamation.

♣ Arrêt Beule du 29 décembre 2000 :

« La clause-type contenue au dernier alinéa de l'article 4 de l'annexe à l'arrêté interministériel du 27 juin 1980 relatif aux contrats d'assurance souscrits par les centres de transfusion sanguine...selon laquelle le dommage n'est garanti que si la réclamation de la victime a été portée à la connaissance de l'assuré dans un délai maximum de cinq ans après la date d'expiration du contrat, aboutit à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable. Une telle clause conduit à créer un avantage illicite dépourvu de cause, et par conséquent contraire aux dispositions de l'article 1131 du code civil, au profit du seul assureur, qui aurait perçu les primes sans contrepartie. Illégalité de l'arrêté sur ce point. »

L'arrêt Beule est donc un épisode aggravant pour les assureurs car en déclarant illicites les textes réglementaires autorisant les clauses de garantie dans le temps prenant pour référence la réclamation dans les assurances de responsabilité civile obligatoires, le Conseil d'Etat use des mêmes motifs que la Cour de Cassation : « la clause-type limitant la garantie dans le temps est entachée d'illégalité ... »

En conséquence, à partir de cet arrêt du Conseil d'Etat, la clause en « base réclamation » était définitivement bannie par le droit.

En février 2002, les pouvoirs publics ont supprimé les clauses type autorisant certains professionnels à fixer conventionnellement et librement la durée de la garantie dans certaines assurances obligatoires.

5°/ Inopposabilité de la jurisprudence entre assureurs

a) La Convention FFSA de non application de la jurisprudence de 1990, du 18 décembre 1991

En 1990, la Cour de Cassation avait reconnu comme seul critère d'application de la garantie dans le temps le fait dommageable commis pendant la durée du contrat.

Cette jurisprudence a été critiquée car contraire à la définition du sinistre en matière d'assurance de responsabilité civile car c'est la réclamation de la victime qui définit le sinistre et déclenche la garantie de l'assureur et non le fait générateur du dommage. Donc seules les réclamations présentées pendant la période de validité du contrat devraient déclencher la garantie.

De même, le fait dommageable comme critère d'application de l'assurance amène à effectuer des recherches dans le passé pour déterminer l'assureur du risque lors de la survenance de ce fait dommageable.

En conséquence, nous pouvons constater que cette jurisprudence ne respecte pas la liberté contractuelle dont devraient bénéficier les parties.

Le code des assurances quant à lui, permet la libre détermination par les parties de la période de garantie. Théorie qui était admise également par la Cour de Cassation jusqu'en 1990.

C'est pourquoi les assureurs, mécontents, ont réagi :

Comme la jurisprudence de la Cour de Cassation désorganisait les principes techniques servant de base au calcul des primes et des provisions, les assureurs ont conclu une convention en 1991 afin de déclarer cette jurisprudence inapplicable dans les rapports entre eux (*cf. annexes*).

En effet, les assureurs ne se sont jamais résignés à admettre ce principe.

Dans la convention du 18 décembre 1991, nous pouvons y lire notamment que :

« ...les sociétés ont été invitées à appliquer un certain nombre de mesures concernant la gestion des sinistres pour éviter le développement de la jurisprudence nouvelle de la Cour de Cassation qui répute non écrite la stipulation de la police d'assurances subordonnant la garantie à la présentation de la réclamation du lésé pendant la période de validité du contrat. »

ou encore :

« *La finalité poursuivie est double :*

- *privilégier le jeu normal des clauses contractuelles, qui ne doit pas être perturbé par les assureurs eux-mêmes, qui prendraient acte de la nouvelle jurisprudence et s'appuieraient sur elle ;*

- *avoir, dans l'ensemble de la Profession, une position cohérente tendant à l'abandon de la nouvelle jurisprudence, unanimement critiquée par les assureurs puisqu'elle méconnaît tant la liberté contractuelle qui régit la matière que l'économie de l'opération d'assurance de responsabilité civile ; les assureurs ne peuvent à la fois combattre ensemble une solution jurisprudentielle posée comme un principe et s'en prévaloir individuellement lorsque, dans une affaire particulière, ils y trouvent un intérêt. »*

La convention, conclue pour deux ans a été prorogée sine die* en 1993.

Cependant, cette convention est incontestablement inopposable aux assurés et aux victimes.

b) « Le Livre Blanc de la Responsabilité Civile » du 12 septembre 2000

Les observations des assureurs ont été consignées dans « Le Livre blanc de l'assurance responsabilité », diffusé en novembre 2000, de la Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA).

En 2000, la FFSA ne croyait plus en un revirement de jurisprudence pour le critère d'application de la garantie dans le temps. Cela peut s'expliquer par la grande constance de la jurisprudence de la Cour de Cassation de 1990 à 2000.

✘ La situation sur le marché français

Le marché a dû s'organiser pour conserver l'utilisation d'autres critères que celui retenu par la Cour de Cassation (« le fait à l'origine du dommage ») car la généralisation, à tout contrat d'assurance responsabilité civile de la solution de la Cour de Cassation, se traduirait par une moindre garantie (en étendue et en montant pour un prix plus élevé dès lors que l'assureur peut être engagé longtemps après la résiliation du contrat).

Il a donc fallut rendre inopposable entre assureurs (membres de l'APSAD) cette jurisprudence par la convention du 18 décembre 1991 (comme vu ci-dessus).

* sine die : sans fixer de jour
re résumée comme suit :

- la convention de 1991 est généralement respectée quand elle est applicable mais elle n'impose rien quant au libellé des clauses d'application de la garantie dans le temps dans les contrats de responsabilité civile ;
- divers critères sont employés pour la même catégorie de risque, ce qui peut provoquer des ruptures dans la garantie dans le temps, insolubles en se référant aux seuls contrats, donc susceptibles d'être traitées par les tribunaux conformément à la jurisprudence de 1990 ;
- il y a une tendance à utiliser le critère réclamation sans reprendre le passé inconnu, ce qui renvoie implicitement le sinistre causé par un fait antérieur à la souscription, à l'assureur précédent.

Quand il y a des systèmes d'application de la garantie dans le temps cohérents, le problème est en pratique réglé en cas d'assureurs successifs.

Ainsi, lorsque se succèdent deux assureurs ayant adopté le critère réclamation, la Profession s'est dotée de règles afin d'arbitrer les litiges lors du règlement des sinistres (cf. la circulaire du 15 avril 1996 établissant des critères de distinction du passé connu et du passé inconnu).

Cependant, dans le cas où le critère réclamation est adopté, subsiste l'hypothèse de l'absence d'assureur (suspension de la garantie par défaut de paiement de la prime, cessation d'activité de l'entreprise).

✘ La situation sur les marchés européens

Dans la plupart des pays de la Communauté, la liberté contractuelle prévaut.

Quelques Etats européens sont soumis, en matière d'application de la garantie dans le temps, à une réglementation contraignante mais selon des modalités autorisant la base réclamation.

- la Belgique, en autorisant les clauses « base réclamation » pour les grands risques par un arrêté royal,
- l'Espagne en soumettant cette clause à des conditions de signature, de reprise du passé (1 an) et de subséquente (1 an).

La France est donc le seul Etat dans lequel la liberté contractuelle en matière d'application de la garantie n'est pas permise par la jurisprudence au motif que les clauses, autres que la base « fait générateur », confèrent un avantage excessif aux assureurs.

Dans ce contexte franco-français, les entreprises constituant des grands risques n'hésitent donc pas à souscrire hors de nos frontières (notamment sur le marché de Londres) dans les Etats membres de la Communauté dont la loi du contrat autorise la liberté contractuelle. La fuite des grands risques vers d'autres places se fait bien entendu au préjudice du marché Parisien.

✘ Les propositions du Livre Blanc distinguent les « grands risques » des « risques de masse » au sens du code des assurances :

- Pour les « risques de masse », la solution résiderait dans une nouvelle convention entre assureurs comportant la recommandation de critères d'application de la garantie en fonction de l'activité exercée et l'obligation pour les sociétés adhérentes de reprendre le passé inconnu et de prévoir une période subséquente d'au moins cinq années, assortie d'un plafond de garantie au montant spécifique pour cette période.

En complément, serait mis en place un système de couverture des trous de garantie en cas de cessation d'activité de l'assuré sous forme d'un pool de coassurance « blanc » intervenant en cas de sinistres.

- Pour les « grands risques », la liberté contractuelle doit être restaurée. Pourrait être inséré à cet effet un article additionnel L. 124-5 dans le Code des assurances.

D'autres propositions, telles que l'utilisation d'une langue étrangère dans les contrats des « grands risques » ou la possibilité pour les assureurs de constituer des provisions d'égalisation pour l'assurance responsabilité civile complètent l'ensemble.

En conclusion, le législateur n'a certes pas suivi à la lettre les préconisations du « livre blanc », il n'a pas adopté la distinction entre les risques de masse et les grands risques ni consacré le retour de la liberté contractuelle. Cependant, les assureurs ont bénéficié, cette fois-ci, d'une certaine écoute de la part du Gouvernement et des Assemblées parlementaires.

V- Conséquences de la jurisprudence du 19 décembre 1990

Durée de la garantie et conséquences économiques :

La principale conséquence de cette jurisprudence est d'instaurer comme seule limite à l'application de la garantie dans le temps la prescription de l'action de la victime à l'encontre du responsable. En effet, si la contrepartie au paiement des primes est la garantie du fait générateur de responsabilité qui s'est produit pendant la période de validité du contrat, le contrat s'applique dès que cette condition est remplie et jusqu'à ce que l'action en recherche de responsabilité ne soit plus possible, par le jeu de la prescription. Celle-ci étant en matière contractuelle de trente ans, sauf prescriptions plus courtes, la durée d'application de la garantie du contrat est donc de trente ans.

Cette durée entraîne des conséquences économiques importantes pour les assureurs, notamment lorsqu'ils assurent des risques, comme la responsabilité de professions libérales, qui peuvent se réaliser de nombreuses années après la survenance du fait générateur.

Comme les assureurs RC (Responsabilité Civile) adoptent le système de répartition selon lequel la prime perçue pendant la période de validité sert à garantir les sinistres survenus pendant cette même période. C'est pourquoi en remettant en cause la définition du sinistre ou les clauses d'application de la garantie dans le temps, la jurisprudence perturbe gravement les conditions de provisionnement des sinistres RC.

En cas d'assureurs successifs : La jurisprudence du 19 décembre 1990 s'applique même si la réclamation, postérieure à la résiliation du contrat, est garantie par un contrat postérieur en vertu d'une clause de reprise du passé.

VI- Des assouplissements à prévoir ?

La jurisprudence de la Cour de Cassation a contribué dans des domaines de risques juridiquement « sensibles » au long terme, tel que le risque médical, voire le risque industriel, à conduire les assureurs à abandonner la couverture du risque, conduisant à des résiliations massives et à des augmentations de primes colossales.

Conscient du réel problème de « technique » d'assurance, posé par cette jurisprudence, les pouvoirs publics, sous la pression d'assureurs, envisagent d'assouplir le régime des clauses « de réclamation », notamment en matière d'assurance de responsabilité médicale, rendue obligatoire depuis la loi du 4 mars 2002 (loi Kouchner), afin de permettre sa couverture dans des conditions acceptables.

De son côté, la jurisprudence de la Cour de Cassation peut sembler parfois incohérente.

En effet, en matière de garantie dégâts des eaux, dont l'origine s'était étalée dans le temps, avec succession d'assureurs, la Cour de Cassation met l'indemnisation du sinistre non à la charge de l'assureur en risque au moment du fait générateur, mais à celui qui l'était au moment de la « manifestation » du dommage :

♣ Arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation du 2 juillet 2002

« Dans les assurances “ dégâts des eaux “, l'assureur est tenu à garantie dès lors que le sinistre est survenu pendant la période de validité du contrat d'assurance ».

Partie 2:

Le retour progressif

de la clause

en base réclamation

Le retrait de plusieurs compagnies d'assurance du marché de la responsabilité civile médicale prive de nombreux médecins libéraux, la moitié des cliniques privées et certains hôpitaux publics de la possibilité de s'assurer. Si rien n'était entrepris, cette situation pourrait interdire à ces professionnels et à ces établissements de santé de poursuivre leur activité.

Les difficultés de l'assurance en responsabilité civile médicale sont naturellement bien antérieures à la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades. Elles tiennent au développement important du contentieux médical et d'une jurisprudence de plus en plus souvent défavorable aux professionnels de santé. Elles proviennent également de facteurs propres au monde de l'assurance et des difficultés que ce secteur connaît depuis les attentats du 11 septembre 2001.

Une modification de la loi du 4 mars 2002 apparaissait nécessaire afin d'inciter les assureurs à revenir sur le marché de la responsabilité civile médicale.

La durée de la garantie dans le temps est une question récurrente du droit des assurances, qui a connu une difficulté particulière dans le cadre du risque médical. L'article L 1142-28 du code de la santé publique, issu de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, a en effet modifié le délai de prescription des actions relatives à la responsabilité médicale, en instaurant un délai unique de dix ans, courant à compter de la consolidation du dommage.

Cependant, des difficultés liées au point de départ de ce délai ont très vite fait leur apparition.

La consolidation est en effet une notion fuyante, qui peut parfois intervenir de longues années après le fait dommageable, et rend de ce fait très difficile la gestion du risque médical par les assureurs.

Afin de pallier les inconvénients d'une telle solution, le législateur est donc intervenu par la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002, où il reconnaît le principe de validité des clauses réclamation de la victime, tout en les assortissant de mécanismes correcteurs.

La loi du 4 mars 2002 « loi Kouchner », laissant subsister, dans le domaine de la responsabilité médicale, les problèmes posés par la jurisprudence en matière de garantie d'assurance dans le temps, il convenait de les résoudre dans la loi spécifique du 30 décembre 2002 « loi About ».

A la suite du retrait concerté des assureurs du marché de la responsabilité médicale, le législateur a remis en cause la jurisprudence prohibant les clauses de réclamation en introduisant par la loi About du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale un mécanisme assorti d'une garantie subséquente.

Il était également possible de généraliser les nouveaux principes de cette loi à l'occasion de la loi n° 2003-706 sur la Sécurité Financière du 1er août 2003.

I- La loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 dite « loi About »

Cette loi relative à la responsabilité civile médicale, a posé le principe selon lequel les garanties du contrat d'assurance de responsabilité médicale sont mises en jeu sur une base réclamation.

Ce texte a prévu certains aménagements spécifiques, en matière de définition de sinistre, réclamation, fait générateur et contrats successifs.

L'article 4 de la loi du 30 décembre 2002 introduit dans le code des assurances un article L 251-2 qui définit la notion de sinistre, celle de réclamation, la période de garantie des sinistres et des extensions de garantie. L'article 5 de cette même loi définit les modalités d'entrée en vigueur du nouvel article L 251-2 du code des assurances (*cf. annexes*).

Dans cet article, le législateur a rétabli le cumul de conditions « fait générateur et réclamation », en conséquence, les assureurs pourront réduire le champs de la garantie en réintroduisant des clauses de reprise du passé et de garantie subséquente.

Le chapitre 1er du titre V du livre II du code des assurances est complété par l'article **L. 251-2** ainsi rédigé :

***"Constitue un sinistre,** pour les risques mentionnés à l'article L. 1142-2 du code de la santé publique, tout dommage ou ensemble de dommages causés à des tiers, engageant la responsabilité de l'assuré, résultant d'un fait générateur ou d'un ensemble de faits générateurs ayant la même cause technique, imputable aux activités de l'assuré garanties par le contrat, et ayant donné lieu à une ou plusieurs réclamations.*

"Constitue une réclamation toute demande en réparation amiable ou contentieuse formée par la victime d'un dommage ou ses ayants droit, et adressée à l'assuré ou à son assureur.

"Tout contrat d'assurance conclu en application de l'article L. 1142-2 du code de la Santé Publique garantit l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres pour lesquels la première réclamation est formée pendant la période de validité du contrat, quelle que soit la date des autres éléments constitutifs du sinistre, dès lors que le fait générateur est survenu dans le cadre des activités de l'assuré garanties au moment de la première réclamation.

"Le contrat d'assurance garantit également les sinistres dont la première réclamation est formulée pendant un délai fixé par le contrat, à partir de la date d'expiration ou de résiliation de tout ou partie des garanties, si ces sinistres sont imputables aux activités garanties à cette date, et s'ils résultent d'un fait générateur survenu pendant la période de validité du contrat. Ce délai ne peut être inférieur à cinq ans.

"Le dernier contrat conclu, avant sa cessation d'activité professionnelle ou son décès, par un professionnel de santé mentionné à la quatrième partie du code de la santé publique exerçant à titre libéral, garantit également les sinistres pour lesquels la première réclamation est formulée pendant un délai fixé par le contrat, à partir de la date de résiliation ou d'expiration de tout ou partie des garanties, dès lors que le fait générateur est survenu pendant la période de validité du contrat ou antérieurement à cette période dans le cadre des activités de l'assuré garanties au moment de la première réclamation.

Ce délai ne peut être inférieur à **dix ans**.

Cette garantie ne couvre pas les sinistres dont la première réclamation est postérieure à une éventuelle reprise d'activité. Le contrat ne peut prévoir pour cette garantie un plafond inférieur à celui de l'année précédant la fin du contrat.

"Le contrat ne garantit pas les sinistres dont le fait générateur était connu de l'assuré à la date de la souscription.

"Lorsqu'un même sinistre est susceptible de mettre en jeu la garantie apportée par plusieurs contrats successifs, il est **couvert en priorité** par le contrat en vigueur au moment de la première réclamation, sans qu'il soit fait application des dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article L. 121-4. "

Article 5

L'article L. 251-2 du code des assurances s'applique aux contrats conclus ou renouvelés à compter de la date de publication de la présente loi.

Sans préjudice de l'application des clauses contractuelles stipulant une période de garantie plus longue, tout contrat d'assurance de responsabilité civile garantissant les risques mentionnés à l'article L. 1142-2 du code de la santé publique, conclu antérieurement à cette date, garantit les sinistres dont la première réclamation est

formulée postérieurement à cette date et moins de cinq ans après l'expiration ou la résiliation de tout ou partie des garanties, si ces sinistres sont imputables aux activités garanties à la date d'expiration ou de résiliation et s'ils résultent d'un fait générateur survenu pendant la période de validité du contrat.

Au terme du nouvel article L 251-2 alinéa 3 du code des assurances, issu de l'article 4 de la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002, tout contrat d'assurance conclu en application de l'article L 1142-2 du code de la santé publique garantit l'assuré contre les conséquences pécuniaires de sinistres pour lesquels la première réclamation est formée pendant la période de validité du contrat, quelle que soit la date des autres éléments constitutifs du sinistre, dès lors que le fait dommageable est survenu dans le cadre des activités de l'assuré garanties au moment de la première réclamation.

L'assureur concerné est donc amené à garantir les dommages causés par son assuré à la condition que la réclamation de la victime, définie par la loi comme toute demande en réparation amiable ou contentieuse formée par la victime d'un dommage ou ses ayants-droit et adressée à l'assuré ou à son assureur, intervienne pendant la durée du contrat.

La loi consacre aussi clairement la validité des clauses réclamation de la victime.

Pour contrecarrer certains inconvénients liés au système des clauses réclamation, et notamment d'éviter la survenance d'éventuels « trous de garantie », le législateur a institué des clauses de garantie subséquente.

Ainsi, au terme du nouvel article L 251-2 alinéa 4 du code des assurances, le contrat d'assurance souscrit par le professionnel ou établissement de santé doit nécessairement garantir les sinistres dont la première réclamation est formulée pendant un délai minimum de cinq ans à compter de la fin du contrat d'assurance, à la condition que le fait générateur du dommage survienne pendant la période de validité du contrat (ce délai est porté à dix ans pour le dernier contrat souscrit par le professionnel avant sa cessation d'activité).

Parallèlement, le législateur a instauré une clause de reprise du passé inconnu, l'assureur devant donc prendre en charge les sinistres déclarés en cours de contrat, même si le fait générateur lui est antérieur, à la condition toutefois que l'assuré en ait ignoré la survenance lors de la souscription du contrat.

La reconnaissance de la validité des clauses réclamation de la victime par la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 a fait l'objet de commentaires nuancés, bien que l'instauration concomitante de clauses de reprise du passé et de garantie subséquente ait pu sembler écarter les dangers les plus graves de ces clauses-réclamation.

En résumé, il résulte de ce texte que :

- Les contrats d'assurance conclus après la mise en application de la loi du 30 décembre 2002 sont applicables :
 - pour toute réclamation formulée :
 - pendant la période de validité dudit contrat,
 - pendant cinq années après l'expiration du contrat,
 - **quelle que soit la date du fait générateur**
- Les contrats d'assurance conclus antérieurement à la mise en application de la loi s'appliquent :
 - aux réclamations formulées après cette mise en application
 - et pendant un délai de cinq ans, après l'expiration du contrat
 - **si le fait générateur est survenu pendant la durée de validité du contrat**

Toutefois, quelques difficultés probables et futures d'application ont été soulevées par la doctrine :

1°/ Règle du non-cumul d'assurances

Avant la loi About, les assurés mettaient en cause les assureurs dont le contrat était en cours au moment de la survenance du fait générateur, ce phénomène s'expliquait par la persistance des clauses de réclamation dans les contrats d'assurance.

La nouvelle loi prohibe cette pratique c'est pourquoi depuis la loi About, le contrat en cours au moment de la réclamation garantit « en priorité » le sinistre dont la première réclamation est intervenue pendant la période de validité du contrat

Cette substitution de critère de la réclamation à celui du fait générateur risquait de produire de fréquents cumuls d'assurance : les cas auraient été fréquents où un contrat antérieur, sur base fait générateur, dont les garanties, demeurées en vigueur au jour de la réclamation, malgré sa résiliation, sur la base de la jurisprudence antérieure de la Cour de Cassation, se serait trouvé en cumul avec un nouveau contrat sur base réclamation, également en vigueur au jour de la réclamation, en application de l'article L 121-4 du code des assurances relatif au cumul d'assurances.

Pour permettre le transfert de la charge des sinistres sur les contrats base réclamation en vigueur lors de la réclamation, il était nécessaire d'éviter un tel cumul, c'est pourquoi le législateur a créé un alinéa 6 à l'article L 251-2.

L'alinéa 6 de l'article L 251-2 du code des assurances dispose que :

« Lorsqu'un même sinistre est susceptible de mettre en jeu la garantie apportée par plusieurs contrats successifs, il est couvert en priorité par le contrat en vigueur au moment de la première réclamation, sans qu'il soit fait application des dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article L 121-4 ».

En cas de contrats successifs, on pouvait donc se trouver en présence de cumul d'assurance, dans la mesure, où chacun des contrats était souscrit par le même souscripteur, pour garantir un même intérêt.

En effet, le contrat souscrit **avant** la mise en application de la loi du 30 décembre 2002 devra garantir les réclamations formulées pendant un délai de cinq ans après son expiration.

Tandis que le **nouveau contrat**, couvrira « naturellement » les réclamations formulées pendant sa durée de validité, à condition que le fait générateur n'ait pas été connu de son assuré lors de la souscription du nouveau contrat.

Dans ce cas, le texte prévoit que **c'est le nouvel assureur qui devra couvrir le sinistre « en priorité »**, sans que :

- les sanctions pour assurance cumulatives frauduleuses soient applicables (article L 121-4 alinéa 3 du code des assurances)
- le bénéficiaire du contrat ait la possibilité de s'adresser à l'assureur de son choix.

Toutefois, le texte n'a nullement abrogé l'alinéa 5 de l'article L 121-4 du code des assurances, de sorte que le nouvel assureur qui aura réglé aura la possibilité de **recourir en contribution** à l'encontre de l'ancien assureur. Cependant, cette disposition sera modifiée par l'article 80 de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 qui remplacera les termes « troisième et quatrième » par « quatrième et cinquième ». Il en résultera l'impossibilité de recourir en contribution entre assureurs comme nous l'étudierons plus précisément dans le paragraphe concernant les assureurs successifs.

Il est fort probable que la volonté du législateur était de rendre impossible le recours en contribution dès la création de la loi About qui prône la règle du non-cumul d'assurances ; et, ayant fait l'erreur de ne pas être explicite en la matière, il aura du rectifier cette imprécision avec l'article 80 de la loi sécurité financière.

L'alinéa 5 de l'article L 121-4 du code des assurances dispose que :

*« Dans les rapports entre assureurs, **la contribution** de chacun d'eux est déterminée en appliquant au montant du dommage le rapport existant entre l'indemnité qu'il aurait versée s'il avait été seul et le montant cumulé des indemnités qui auraient été à la charge de chaque assureur s'il avait été seul ».*

Le texte concernant la dérogation aux règles de cumul d'assurance introduite par le dernier alinéa du nouvel article L 251-2 du code des assurances a fait apparaître des avis divergents sur ses conditions d'application c'est pourquoi la FFSA a consulté le Professeur Bigot sur cette question.

Le Professeur Bigot a fait tout un raisonnement sur les différentes interprétations que l'on peut faire de l'article 5 de la loi About (loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002) qui dispose que :
« L'article L 251-2 du code des assurances s'applique aux contrats conclu ou renouvelés à compter de la publication de la présente loi »

Au terme de cette consultation juridique (*cf. annexes*), le Professeur Bigot en conclut que « cette question du non cumul ne se pose que lors de la réclamation ». Avant, il n'y a pas de sinistre (L 251-2 al.1 CA). Si la réclamation est antérieure à l'entrée en vigueur de la loi (31 décembre 2002), nous pensons que la situation devrait être dénouée sur la base de la loi antérieure, c'est-à-dire éventuellement avec un cumul d'assurances. A l'inverse, si la réclamation est postérieure au 31 décembre 2002, nous pensons que la règle du non cumul devrait s'appliquer. »

En conclusion, le Professeur Bigot considère que la règle du non cumul s'applique dès lors que deux conditions cumulatives sont réunies :

- en premier lieu, que l'un des contrats ait été souscrit ou renouvelé après le 31 décembre 2002.
- En second lieu, que la réclamation soit postérieure au 31 décembre 2002.

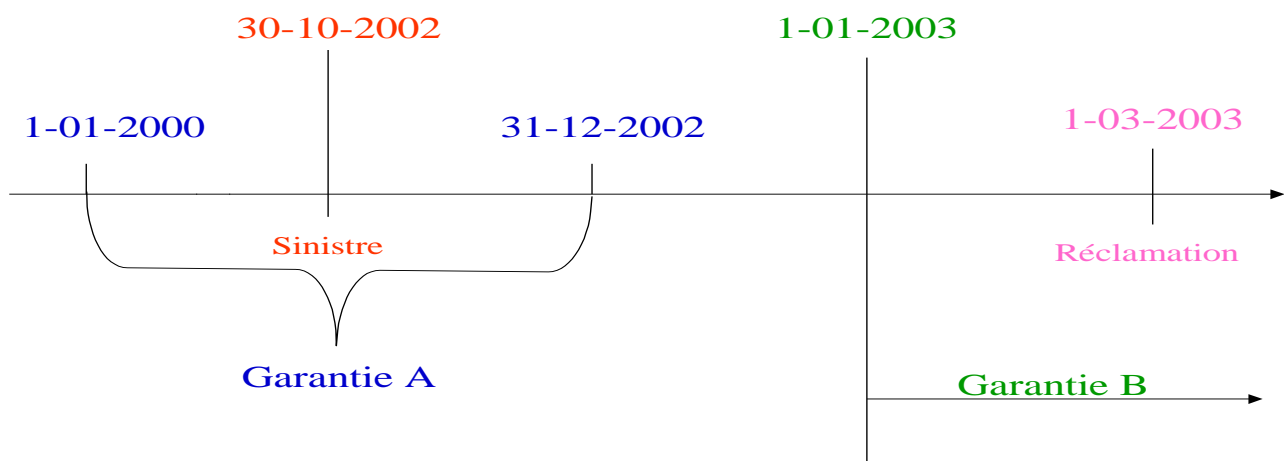
Exemple :

Un assureur A, a garanti un praticien du **1^{er} janvier 2000 au 31 décembre 2002**.

Un sinistre (fait générateur) intervient le **30 octobre 2002**.

Un nouvel assureur B, garantit ce même praticien à compter du **1^{er} janvier 2003** :

Une réclamation est formulée par la victime le **1^{er} mars 2003**.



- Si l'assuré n'avait pas eu connaissance du « fait générateur » :

C'est l'assureur B qui devra instruire et régler le sinistre, sous réserve de son recours en contribution contre l'assureur A.

- Si l'assuré avait eu connaissance du sinistre « fait générateur » avant la souscription du nouveau contrat :

Seul l'ancien assureur A devra régler le sinistre, sans recours contre l'assureur B.

2°/ Difficultés d'application

Le nouvel assureur pouvait donc avoir intérêt à tenter de rapporter la preuve que l'assuré connaissait le fait générateur avant la souscription, ce qui est une question de fait.

De son côté, l'ancien assureur avait intérêt à soutenir le contraire, de manière à laisser le nouveau régler le sinistre « en priorité », et de ne concourir que par contribution, compte tenu du caractère cumulatif.

En conséquence, la notion de connaissance du fait générateur risquait de poser des difficultés d'application, susceptibles de bloquer l'application de la loi.

En effet, il suffisait au nouvel assureur d'alléguer la connaissance du fait générateur par l'assuré, pour pouvoir refuser le règlement du sinistre, compte tenu de l'absence d'aléa. De ce fait, la victime d'un dommage pouvait avoir intérêt à diriger son action contre les deux assureurs successifs.

Afin de résoudre cette difficulté, mais également pour favoriser l'équilibre des opérations d'assurance professionnelles, en permettant une meilleure assurabilité, et éviter la désertion des assureurs, notamment dans le risque industriel, compte tenu des textes en préparation sur l'assurance du risque technologique, il était nécessaire de généraliser à d'autres domaines de risque le principe des solutions arrêtées dans la loi du 30 décembre 2002, en validant et aménageant les clauses base réclamation dans les assurances de responsabilité professionnelles et des personnes morales.

3°/ Le passé « connu »

La nouvelle disposition de l'article L 251-2 du code des assurances exclut la garantie par l'assureur des sinistres dont le fait générateur était « connu » par l'assuré à la date de souscription du contrat. Cette disposition apparaît à première vue légitime, car l'assureur ne saurait garantir un sinistre dont l'assuré connaissait la réalisation, du fait, notamment, du caractère non aléatoire du risque envisagé.

Cette disposition est toutefois susceptible de poser des difficultés dans deux séries d'hypothèses :

- Ainsi en est-il notamment en cas de risques sériels. Dans un tel cas, l'assureur du professionnel ayant connaissance d'une première réclamation peut en effet être conduit à résilier le contrat l'unissant à son assuré.

Mais, le nouvel assureur ne saurait couvrir les réclamations ultérieures formulées par les victimes, puisque ces dernières se fonderaient alors sur un fait générateur par hypothèse connu de l'assuré lors de la souscription du nouveau contrat, en contrariété avec les termes de l'article L 251-2 du code des assurances. Le risque d'une absence de garantie du professionnel de santé apparaît donc, dans un tel cas, sérieux.

- Plus généralement, cette exclusion du fait générateur antérieur connu, risque, dans un certain nombre d'hypothèses, d'interdire au professionnel de santé de changer d'assureur chaque fois qu'il a connaissance d'un fait générateur de nature à engager sa responsabilité, la notion de fait générateur « connu » étant au demeurant assez imprécise.

Conclusion :

Toutes les dispositions ci-dessus exposées sont applicables conformément à l'article 5 de la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002, à tous les contrats d'assurance conclus ou renouvelés depuis le 31 décembre 2002.

La réforme devait favoriser l'indemnisation des victimes en redonnant confiance aux acteurs du marché. Mais du point de vue du contrat d'assurance, elle s'est avérée peu ambitieuse et a entraîné une majoration des coûts pour les assurés, ce qui a conduit les praticiens à refuser le paiement de leur prime pour l'année 2003.

Les conflits sont donc loin d'être apaisés en matière de responsabilité civile médicale.

II- L'article 80 de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 sur la Sécurité Financière

Lors de l'examen du projet de loi de sécurité financière, le député Michel Hunault a déposé devant l'Assemblée un amendement visant à rétablir les clauses de réclamation en matière de contrat de Responsabilité Civile générale. Le Sénat a adopté le texte et la loi a été votée le 1^{er} août 2003 (loi n° 2003-706, JO n° 177 du 2 août 2003) (*cf. annexes*).

C'est à l'occasion de la loi sur la Sécurité Financière, publiée le 1^{er} août 2003, que le législateur a précisé et élargi le domaine d'application de ces nouveaux principes en remaniant le chapitre IV du code des assurances relatives aux assurances de responsabilité.

L'article 80 de la loi introduit au sein du code des assurances les articles L 124-1 et L 124-5 et modifie les articles L 112-2 et L 251-2. Il prolonge ainsi dans un cadre général l'avancée opérée par la loi About.

L'article L 124-5-1 dispose désormais que les contrats RC (responsabilité civile) de risques professionnels pourront stipuler le déclenchement de la garantie, soit par la réclamation de la victime ou de l'assuré.

Le sinistre peut donc être défini uniquement par la réclamation à l'exclusion de tout autre élément constitutif. La seule condition relative au fait dommageable est qu'il soit antérieur à la date de résiliation ou d'expiration de la garantie (article L 124-5 alinéa 4). Il peut être survenu pendant la période dite de passé inconnu.

Une garantie subséquente de cinq ans au moins est prévue, la loi réservant la possibilité qu'une durée plus longue puisse être prévue par voie réglementaire. Les contrats devront couvrir le passé inconnu.

Toutefois, les personnes physiques qui souhaitent garantir leur RC pour des activités non professionnelles ne peuvent souscrire un contrat déclenché par la réclamation. Pour elles, il s'agira toujours d'un déclenchement sur la base du fait dommageable.

Ainsi, il y aura deux régimes :

- l'assurance RC des particuliers fonctionnant sur le fait dommageable, conformément à la jurisprudence de la Cour de Cassation
- l'assurance RC des professionnels fonctionnant soit sur la base du fait dommageable soit sur celle de la réclamation,

Pour éviter les trous de garantie la loi a prévu l'intervention d'un fonds de garantie.

Cette disposition marque donc un net recul de la garantie dans le temps qui réjouit certes les assureurs mais qui risque de poser des problèmes dans l'avenir.

1°/ Notion de sinistre en assurance de responsabilité

Selon le principe de l'article L 124-1 du code des assurances, les sinistres étaient constitués par la réclamation amiable ou judiciaire faite à l'assuré par le tiers lésé à la suite du fait dommageable.

Le nouvel article L 124-1-1 précise désormais que :

« constitue un sinistre un ensemble de dommages causés à des tiers, engageant la responsabilité de l'assuré, résultant d'un fait dommageable ayant donné lieu à une ou plusieurs réclamations ».

Il existe trois conditions cumulatives :

- ❖ dommage causé à un tiers (fait dommageable - fait générateur)
- ❖ responsabilité de l'assuré
- ❖ réclamation de la part du tiers

Contrairement à ce que l'on aurait pu penser, cette définition n'était pas inutile car on a longtemps considéré la réclamation amiable ou judiciaire faite à l'assuré par le tiers lésé comme la définition du sinistre en assurance de responsabilité.

2°/ Notion de fait dommageable

« Le fait dommageable est celui qui constitue la cause génératrice du dommage. Un ensemble de fait dommageable ayant la même cause technique est assimilé à un fait dommageable unique (sinistre sériel) ».

On remarquera que le terme « fait générateur », qui sert de base à la jurisprudence actuelle, a été soigneusement écarté. Toutefois, la nouvelle définition correspond strictement à la notion ancienne.

Le nouvel article clôt également une controverse portant sur la distinction qu'il y aurait eu lieu de faire entre le « fait générateur » et le « fait dommageable ». Le législateur a fait sienne la définition de la Cour de Cassation pour qui « le fait dommageable se définit comme étant celui de l'événement qui est la cause génératrice du dommage ».

La notion de « fait dommageable unique » sera très utile lorsque, en présence d'une succession d'assureurs, il s'agira d'imputer à l'un d'eux la charge des dommages résultant d'une même cause technique.

Mais il y a toujours des difficultés comme la datation du fait dommageable, c'est pourquoi on est souvent conduit à se demander jusqu'où il convient de remonter dans la chaîne de la causalité.

Nous regrettons cependant que le législateur ayant réhabilité la clause réclamation ne nous ait pas donné une définition de cette dernière.

3°/ Application dans le temps de la garantie de l'assureur

Le nouvel article L 124-5 du code des assurances, introduit par l'article 80 de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière, reconnaît que les parties au contrat d'assurance responsabilité civile ont le choix entre deux modes admissibles de déclenchement des garanties : soit le fait dommageable, commis pendant la durée du contrat d'assurance, soit la réclamation, adressée à l'assuré ou à l'assureur pendant la durée du contrat.

« La garantie est, selon le choix des parties, déclenchée soit par le fait dommageable, soit par la réclamation. »

Il en résulte que les parties disposent maintenant d'une option.

Rappelons cependant que lorsque l'assureur est tenu, par des dispositions légales, de respecter une procédure d'offre d'indemnisation spécifique, il doit s'exécuter même en l'absence de réclamation.

C'est le cas dans la loi Badinter (loi du 5 juillet 1985 concernant les Véhicules Terrestres à Moteur) ou dans la loi sur l'indemnisation des risques technologiques et naturels du 30 juillet 2003.

La validité des deux clauses est ainsi reconnue, cependant, le législateur en a limité le champs d'application puisque le choix n'est ouvert que pour les risques de responsabilité professionnelle :

« Toutefois, lorsqu'elle couvre la responsabilité des personnes physiques, en dehors de leur activité professionnelle, la garantie est déclenchée par le fait dommageable. Un décret en Conseil d'Etat peut également imposer l'un de ces modes de déclenchement pour d'autres garanties. »

La jurisprudence actuelle est donc consacrée en ce qui concerne les garanties de responsabilité des personnes physiques.

⊙ C'est l'assureur en risque au moment de la réalisation du fait dommageable qui restera tenu à garantie.

Le régime du fait dommageable :

Le fait dommageable est le fait qui constitue la cause du dommage. Par exemple dans le domaine de la construction, il peut s'agir des travaux réalisés par un entrepreneur.

Lorsque la garantie est déclenchée par le fait dommageable, *elle couvre l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres, dès lors que le fait dommageable survient entre la prise d'effet initiale de la garantie et sa date de résiliation ou d'expiration, quelle que soit la date des autres éléments constitutifs du sinistre.*

Un contrat rédigé en base « fait générateur » couvre donc les sinistres qui sont la conséquence d'actes accomplis pendant le contrat, même si la victime se manifeste plusieurs années après la résiliation.

Peu importe donc la date à laquelle apparaît le dommage ou celle à laquelle la victime réclame réparation. Si les travaux ou l'acte à l'origine du sinistre ont été accomplis pendant la période de validité du contrat, le sinistre devra être indemnisé par l'assureur qui avait délivré ce contrat.

La formule est satisfaisante pour l'esprit car elle repose sur une base de logique élémentaire. Elle paraît également la plus sûre aussi bien pour l'assuré que pour la victime, puisque la durée de la garantie concorde avec celle de la responsabilité. Il en résulte que dans une chaîne d'assureurs, chacun n'est concerné que par les conséquences du fait dommageable survenu pendant sa séquence.

Cependant, confrontés à de longues garanties, les assureurs ne s'engagèrent que sur des montants limités et sur de courtes périodes.

De plus, la garantie fondée sur le fait dommageable ignore le passé ce qui peut entraîner des ruptures de garantie dans le temps.

Ensuite, en présence de contrats successifs, la datation de la cause est déterminante pour savoir sur quel exercice doit être rattaché le fait dommageable, or, cette datation n'est pas toujours évidente ce qui conduit à des conflits d'imputabilité.

Conséquences pratiques :

La garantie de l'assureur est maintenue tant que le risque de sinistre peut apparaître, même si le contrat est résilié ou si l'assuré a changé d'assureur.

Seules exceptions :

- la prescription de l'action en responsabilité (30 ans à compter de la survenance du dommage)
- la prescription de l'action contre l'assureur (2 ans à compter de la connaissance du sinistre)

Exemple :

Un entrepreneur est assuré par un contrat ayant pris effet le 1^{er} janvier 2002.

Il effectue la pose de dalles de carrelage dans le hall d'un immeuble du 1^{er} février 2002 au 1^{er} avril 2002.

Son contrat d'assurance est résilié le 31 décembre 2002.

Le 1^{er} janvier 2004, une des dalles de carrelage se décroche, provoquant la chute d'un visiteur qui se blesse. Ce dernier effectue une réclamation auprès de l'entreprise.

Le fait dommageable (la pose de dalles de carrelage) ayant eu lieu pendant la période de validité du contrat, l'assureur qui garantissait l'entreprise entre le 1^{er} janvier 2002 et le 31 décembre 2002 est donc celui qui devra intervenir pour indemniser la victime.

Il s'agit du fonctionnement « classique » de l'assurance de responsabilité.

Ce type de contrat ne pose pas de difficulté particulière, en revanche, les contrats en base réclamation nécessitent un encadrement plus fin.

4°/ Fonctionnement de la garantie base réclamation

En revanche, la possibilité d'option sera ouverte pour toutes les garanties relatives aux **personnes morales, et aux risques professionnels et d'entreprise.**

En effet, de telles clauses « base réclamation » sont couramment insérées dans de tels contrats couvrant, par nature, des risques particulièrement importants : risques technologiques, risques industriels, produits défectueux, atteinte à l'environnement...

Mais elles pourront aussi l'être dans des contrats garantissant la responsabilité d'associations, groupements sportifs, voire syndicats des copropriétaires...

Lorsqu'il est convenu que la garantie est déclenchée par la réclamation, *la garantie jouera dès lors que le fait dommageable est antérieur à la date de résiliation ou d'expiration de la garantie et que la première réclamation est adressée à l'assuré ou à son assureur entre la prise d'effet initiale de la garantie et l'expiration d'un délai subséquent à sa date de résiliation ou d'expiration mentionnée par le contrat, quelle que soit la date des autres éléments constitutifs du sinistre.*

Dans ce régime, **c'est la date de réclamation qui est prise en compte.**

Peu importe la date à laquelle les travaux ou l'acte à l'origine du dommage ont été effectués. Peu importe également la date de survenance du dommage. **Si la réclamation a lieu pendant la période de validité du contrat, le sinistre, objet de cette réclamation, sera couvert par l'assureur.**

Exemple :

Un entrepreneur souscrit un contrat d'assurance de responsabilité le 1^{er} janvier 2002 valable jusqu'au 31 décembre 2002.

Le 10 juillet 2002, une dalle de carrelage que l'entrepreneur avait posé lors de travaux réalisés avant la prise d'effet du contrat se décroche, provoquant la chute d'un visiteur qui se blesse. Ce dernier effectue une réclamation auprès de l'entreprise.

Le fait dommageable (la pose de dalles de carrelage) a eu lieu avant la période de validité du contrat. Mais, **le contrat étant géré en base « réclamation », l'assureur qui garantit l'entreprise entre le 1^{er} janvier 2002 et le 31 décembre 2002 est celui qui devra intervenir pour indemniser la victime, puisque la réclamation a eu lieu pendant la période de validité du contrat.**

Par ailleurs, **la période de garantie ne cesse pas à la résiliation du contrat, mais à l'expiration d'un délai supplémentaire appelé « délai subséquent ».**

Exemple :

Un entrepreneur souscrit un contrat d'assurance de responsabilité le 1^{er} janvier 2002 valable jusqu'au 31 décembre 2002.

Le 10 juillet 2003, une dalle de carrelage que l'entrepreneur avait posé lors de travaux réalisés avant la prise d'effet du contrat se décroche, provoquant la chute d'un visiteur qui se blesse. Ce dernier effectue une réclamation auprès de l'entreprise.

Le fait dommageable (la pose de dalles de carrelage) a eu lieu avant la période de validité du contrat. Mais, **le contrat étant géré en base « réclamation », l'assureur qui garantit l'entreprise entre le 1^{er} janvier 2002 et le 31 décembre 2002 est également tenu à la garantie pendant cinq ans au moins à compter de la résiliation du contrat d'assurance.** Il devra donc intervenir pour indemniser la victime, puisque la réclamation a eu lieu pendant la période subséquente.

Le but des clauses de « reprise du passé » et de « garantie subséquente » était que l'assuré puisse compter sur une certaine continuité de la garantie en dépit de changements d'assureurs et que les victimes ne soient pas confrontées à l'absence d'assurance du responsable.

La garantie subséquente :

- ce délai ne peut être inférieur à cinq ans.

Le gouvernement s'est engagé à porter à dix ans le délai de subséquence dans le domaine de la construction, ainsi que pour certaines professions à caractère intellectuel (notaires, avocats, experts-comptables, courtiers d'assurance...) pour lesquelles le délai de révélation d'un fait dommageable est en général plus long.

- Le plafond de la garantie déclenchée pendant le délai subséquent ne peut être inférieur à celui de la garantie déclenchée pendant l'année précédant la date de résiliation du contrat.

Un délai plus long et un niveau plus élevé de garantie subséquente peuvent être fixé dans des conditions définies par le décret.

La garantie subséquente intervient lorsque la réclamation est consécutive à un fait dommageable connu de l'assuré avant l'expiration ou la résiliation de la garantie, lorsque celle-ci

coïncide avec la cessation d'activité de l'assuré, qui ne souscrit donc pas de nouvelle garantie en base réclamation.

Elle entre en jeu également après la résiliation lorsque l'assuré souscrit un contrat en base « fait générateur », qui ne reprend donc pas le passé.

La subséquente s'applique donc chaque fois qu'il n'y aura pas, après la résiliation ou l'expiration de la garantie, un nouvel assureur à même de prendre en charge la réclamation.

Dans le dispositif de garantie déclenchée par la réclamation, c'est par principe l'assureur dont le contrat est en vigueur au moment de la réclamation qui prend en charge le sinistre.

La subséquente ne doit être mise en jeu qu'exceptionnellement.

Le passé connu :

Toutefois, « , la garantie ne couvre pas les sinistres dont le fait dommageable a été connu de l'assuré postérieurement à la date de résiliation ou d'expiration que si, au moment où l'assuré a eu connaissance de ce fait dommageable, cette garantie n'a pas été resouscrite ou l'a été sur la base du déclenchement par le fait dommageable. "L'assureur ne couvre pas l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres s'il établit que l'assuré avait connaissance du fait dommageable à la date de la souscription de la garantie. »

Cette garantie reprend le passé inconnu, en ce sens que les faits dommageables commis antérieurement à la prise d'effet de la garantie, mais que l'assuré ne connaissait pas comme tels au moment où il a souscrit le contrat, donneront lieu à application de la garantie si une réclamation est présentée avant l'expiration du contrat.

En revanche, l'assureur ne couvre pas l'assuré s'il établit que ce dernier avait connaissance du fait dommageable à la date de la souscription de la garantie (passé connu).

La loi du 30 décembre 2002 avait généralisé la base réclamation pour l'application dans le temps des contrats d'assurance couvrant la responsabilité des professionnels de santé, et aux termes du nouvel article L. 251-2 du code des assurances, le contrat ne garantit pas les sinistres dont le fait générateur était connu de l'assuré à la date de la souscription.

La distinction du passé connu et du passé inconnu devient donc l'un des principaux pivots de l'application des contrats d'assurance en base réclamation et son application peut donner lieu à des litiges entre assureurs successifs.

Dans le souci de régler ces litiges dans le cadre professionnel, et qu'ils ne soient pas cause de retard dans l'indemnisation des victimes, les assureurs sont convenus de traiter par la voix de l'arbitrage professionnel leur conflit éventuel sur l'application de la notion de passé connu (comme nous le verrons plus loin).

Conséquences pratiques :

Si le contrat d'assurance souscrit fait référence à la réclamation de la victime, il couvre les sinistres pour lesquels une réclamation est présentée :

- pendant la durée du contrat d'assurance ;
- après expiration du contrat d'assurance pendant un délai d'au moins 5 ans.
- Enfin, ce régime couvre également les réclamations relatives aux travaux ou actes effectués avant la prise d'effet du contrat.

Exception : si lors de la souscription l'assuré a connaissance de travaux qui seraient susceptibles de causer un dommage, ces travaux ne seront pas garantis par le contrat.

La liberté de choix entre la base « réclamation » et le « fait dommageable » porte uniquement sur le mode de déclenchement de la garantie, non sur les dispositions régissant ce déclenchement.

En conclusion, il faut retenir que :

- les risques du particulier sont obligatoirement régis par le fait générateur
- le choix est libre entre les deux formules dans le cadre des risques professionnels.

Les avantages et inconvénients :

	Fait générateur	Réclamation
Avantages	+ Evite les trous de garantie.	+ Plus facile à maîtriser pour l'assureur qui peut mesurer ses engagements. + Permet à l'assuré de choisir durée de sa garantie.
Inconvénients	– Contraint l'assureur initial à accorder garantie sur période indéfinie, sans visibilité. – le responsable aura peut-être disparu ou sa couverture aura été reprise par un autre assureur. – contrats n'auront pas été conservés ou leurs plafonds de garantie seront inadaptés.	– création de trous de garantie quand l'assuré cesse son activité ou est en faillite. – un changement d'assureur conduit à un trou de garantie pour les dommages survenus sous le premier contrat et réclamés sous le second.

5°/ Garantie des assureurs successifs

La situation créée par les contrats successifs, qu'ils soient souscrits auprès du même assureur ou d'assureurs différents, fait l'objet d'une disposition particulière : *« Toutefois, la garantie ne couvre les sinistres dont le fait dommageable a été connu de l'assuré postérieurement à la date de résiliation ou d'expiration que si, au moment où l'assuré a eu connaissance de ce fait dommageable, cette garantie n'a pas été resouscrite ou l'a été sur la base du déclenchement par le fait dommageable ».*

Cette disposition signifie que dans une chaîne de contrats d'assurance faisant référence à la date de réclamation, la garantie du passé inconnu obligatoirement inscrite dans le nouveau contrat rend sans objet la garantie subséquente prévue par le précédent.

Est ainsi mis en place un système de relais de garanties entre les contrats successifs, de sorte que la garantie subséquente ne devrait être amenée à jouer que dans les cas d'une interruption de la chaîne ou de cessation d'activité de l'entreprise assurée.

Ce dispositif se comprend par la nécessité de combiner les garanties de contrats successifs afin de parvenir à une certaine pérennité de la garantie.

On observera que ce régime est écarté quand le nouveau contrat se réfère au fait dommageable. En conséquence, la garantie subséquente du précédent contrat subsiste puisque, par hypothèse, un contrat « base fait dommageable » n'est pas concerné par le passé.

Lorsqu'un même sinistre est susceptible de mettre en jeu les garanties apportées par plusieurs contrats successifs, **la garantie déclenchée par le fait dommageable ayant pris effet postérieurement à la prise d'effet de la loi sur la sécurité financière est appelé en priorité, (soit le 3 novembre 2003, date d'entrée en vigueur de ladite loi)** sans qu'il soit fait application des quatrième et cinquième alinéas de l'article L. 121-4 du code des assurances.

Il en résulte :

- d'une part, que c'est la garantie déclenchée par le fait dommageable qui doit être recherchée en priorité.

Le bénéficiaire du contrat ne peut donc plus obtenir l'indemnisation de ses dommages en s'adressant à l'assureur de son choix.

- Il n'y a plus lieu à contribution de chacun des assureurs.

Dès lors, c'est l'assureur du fait dommageable qui réglera et supportera la charge de l'indemnisation définitive du sinistre sans recours contre l'assureur base réclamation.

❖ **Pour les contrats successifs de base différente**, le changement de régime a des conséquences complexes et la combinaison des deux systèmes de durée n'est pas toujours simple :

✓ De la base « fait dommageable » à celle de la « réclamation »

Le fait dommageable survenu pendant la période de validité du contrat engage l'assureur tant que l'action en responsabilité n'est pas prescrite. Le passage au système fondé sur la réclamation ne remet pas cela en cause.

Il n'y a donc pas lieu à reprise du passé par le contrat se référant à la date de réclamation.

Dès lors qu'il est reconnu que le fait dommageable est survenu pendant l'activité du contrat souscrit sur cette base, le contrat de « base réclamation » qui prend le relais n'est pas impliqué par le passé.

✓ De la base « réclamation » à celle du « fait dommageable »

Logiquement la garantie souscrite sur la base « fait dommageable » ne postule pas la reprise du passé puisqu'elle ne prend en considération que le fait survenu pendant la validité du contrat.

Dans ces conditions, le contrat précédent établi sur la « base réclamation » demeure impliqué pendant la durée de la garantie subséquente.

Tableau récapitulatif :

Le fait dommageable est le fait qui constitue la cause du dommage. Par exemple, dans le domaine de la construction, il peut s'agir des travaux réalisés par un entrepreneur. Par souci de clarté, l'expression « fait générateur » est remplacée par « travaux » dans le tableau suivant :

● Règles de fonctionnement en cas de succession des contrats dans le temps :

Ancien Contrat	Nouveau Contrat	Contrat applicable en cas de sinistre
Base « fait dommageable »	Base « fait dommageable »	Contrat valide à la date de réalisation des travaux
Réclamation	Réclamation	Ancien contrat si : - à la souscription du nouveau contrat, l'assuré savait que les travaux seraient susceptibles de causer un dommage - et si la réclamation de la victime est intervenue avant l'expiration du délai subséquent
		Nouveau contrat si l'assuré ne savait pas que les travaux seraient susceptibles de causer un dommage
Fait dommageable	Réclamation	Ancien contrat si les travaux ont été réalisés pendant sa période de validité
		Nouveau contrat si : - les travaux ont été effectués avant la prise d'effet de l'ancien contrat - et si l'assuré ne savait pas que les travaux seraient susceptibles de causer un dommage
Réclamation	Fait dommageable	Ancien contrat si : - les travaux ont été réalisés avant la souscription du nouveau contrat - et si la réclamation est intervenue avant l'expiration du délai subséquent
		Nouveau contrat si les travaux sont intervenus durant sa période de validité

❖ Les dérogations légales :

Le dernier alinéa de l'article L. 124-5 du code des assurances stipule que : « *les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux garanties d'assurance pour lesquelles la loi dispose d'autres conditions d'application de la garantie dans le temps* ».

L'assurance de responsabilité décennale des constructeurs n'est donc pas concernée puisque l'article L. 241-1 du code des assurances protège les constructeurs en maintenant la garantie pendant la durée de la responsabilité pesant sur l'assuré, c'est-à-dire pendant 10 ans à compter de la réception des travaux.

Les assureurs pourront, en revanche, proposer aux constructeurs ce nouveau mécanisme de garantie pour couvrir les risques qui ne relèvent pas de l'assurance obligatoire.

Tenant compte des délais de manifestation des dommages souvent longs en cette matière, le gouvernement s'est, toutefois, engagé devant le Sénat à porter de 5 à 10 ans par décret la durée de la garantie subséquente de tout contrat de responsabilité civile des participants à l'acte de construire.

Cette mesure permettra ainsi de faire concorder la période de garantie subséquente avec la durée de 10 ans que le juge judiciaire tend progressivement à généraliser en matière de prescription des actions en responsabilité de droit commun.

L'assurance de responsabilité médicale qui fait l'objet de dispositions spécifiques ne prévoit pas l'option ouverte par le nouvel article L. 124-5 du code des assurances. En conséquence, seule la « base réclamation » est admise.

Il existe également des stipulations réglementaires se référant au fait dommageable : relatives à l'assurance des centres de transfusion sanguine ou aux groupements et établissements sportifs...

En conclusion :

En cas de succession d'assureurs appliquant « claim's made » et « fait dommageable », c'est cette dernière qui sera déclenchée prioritairement.

Quid si le deuxième assureur a une moins bonne couverture que son prédécesseur ? La subséquente jouera-t-elle ?

La loi est obscure sur cet aspect, question primordiale en ce moment en ce qui concerne les affaires touchant à l'amiante, par exemple.

6°/ Circulaire APSAD du 23 novembre 1995 et Convention RC médicale du 24 juin 2003

□ Une réunion des arbitres de l'APSAD (Assemblée Plénière des Sociétés d'Assurances Dommages) a eu lieu le 23 novembre 1995 afin de déterminer les critères de distinction du passé connu et du passé inconnu entre assureurs successifs de responsabilité civile utilisant des critères autres que le fait générateur (*cf. annexes*).

Ces litiges, dans l'hypothèse où ne se pose aucun autre problème de garantie que celui de la police d'assurance applicable, relèvent de la Commission Consultative d'Arbitrage.

Pour statuer sur ces litiges, la Commission d'Arbitrage a été conduite à dégager un certain nombre de critères permettant de distinguer le passé connu et le passé inconnu.

Ces critères ont été communiqués au Comité Responsabilité Civile et au Comité Directeur qui les ont approuvés.

Ils serviront de base aux décisions futures de la Commission Consultative d'Arbitrage et seront affinés sur les points nécessitant une appréciation au cas par cas au fur et à mesure de ces décisions.

□ La loi About

La loi About prend soin d'exclure de la garantie le passé connu : « *Le contrat ne garantit pas les sinistres dont le fait générateur était connu de l'assuré à la date de la souscription* ».

Cette précision semble, a priori, anodine et logique. Elle n'est que l'application d'une règle fondamentale de l'assurance, puisque celle-ci repose sur le nécessaire caractère aléatoire du contrat d'assurance.

Cependant, l'étude des conditions générales du contrat proposé par le GTAM (Groupement Temporaire d'Assurance Médicale) donne une définition particulièrement extensive du passé connu, en le déconnectant de toute notion de réclamation de la victime, voire de la notion de dommage subi par elle.

Est assimilé à un passé connu, exclu de la garantie, tout événement, qui même en l'absence de tout dommage connu de l'assuré, pourrait éventuellement faire l'objet, un jour ou l'autre peut-être, d'une réclamation.

Le GTAM impose, en effet, aux assurés, dans ses conditions générales, de déclarer tout événement donnant lieu à une déclaration auprès des autorités administratives, à une mise en demeure de l'autorité administrative ou à une alerte aux patients.

L'approche contractuelle n'est plus fondée sur une réclamation.

Une telle exigence présente un caractère inquisitoire et permettra de refuser les faits passés, lorsqu'ils n'auront pas été déclarés au précédent assureur, alors même qu'ils n'y étaient pas tenus en vertu d'une quelconque obligation contractuelle ou légale.

❑ Convention spécifique récente en matière de RC médicale

L'assemblée générale de la FFSA du 24 juin 2003 a édicté, en matière de responsabilité médicale, une Convention permettant le règlement des litiges relatifs au passé connu dans le cadre professionnel, afin qu'ils ne soient pas une cause de retard dans l'indemnisation des victimes.

Cette Convention pourrait, bien entendu, être élargie pour régler également les litiges relatifs au passé connu dans le cadre de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003.

Cette Convention prévoit des dispositions concernant :

- Les règles spécifiques à l'arbitrage des litiges sur la qualification de passé connu
- Les critères déterminants de la distinction passé connu / passé inconnu

a) Arbitrage des conflits entre assureurs sur le passé inconnu

Le recours à l'arbitrage professionnel s'impose à tous les assureurs tenus par la convention et l'arbitrage donne toujours lieu à une sentence immédiatement exécutoire.

Pour accélérer la procédure d'arbitrage, la convention prévoit diverses mesures dérogatoires à la convention d'arbitrage professionnel du 27 juin 2000 :

- ❖ Suppression de la procédure d'escalade préalable : les échanges entre sociétés, préalable à la saisie de la commission d'arbitrage, se font directement au niveau Direction.

- ❖ La commission d'arbitrage doit statuer dans les deux mois de la demande d'arbitrage. Ceci implique que la commission statuera en fonction du contenu des dossiers qui lui ont été communiqués :
 - Par l'assureur demandeur à l'arbitrage, à l'appui de sa demande
 - Par l'assureur en défense, s'il a envoyé un mémoire en réponse dans le mois qui suit le moment où il était informé de la demande d'arbitrage.

La **non-réponse dans le délai d'un mois implique acceptation de la position de l'assureur demandeur**, la Commission d'arbitrage statuant en fonction des éléments déterminants de la distinction passé connu / passé inconnu qui figurent dans le dossier.

b) Critères déterminants de la distinction passé connu et passé inconnu

Un double objectif est recherché :

- Accord entre les assureurs concernés sur la prise en charge du sinistre
- Que les arbitres disposent d'un référentiel pour établir progressivement une jurisprudence professionnelle cohérente.

Les critères déterminants faisant l'objet de l'ancienne convention ont été retenus et seront appliquées par référence à ce qui doit constituer un principe général de distinction entre passé connu et passé inconnu :

L'assureur base réclamation ne peut se prévaloir de l'exclusion du passé connu que s'il apporte la preuve que l'assuré avait connaissance, avant la prise d'effet du contrat, de faits de nature à supprimer ce caractère aléatoire de réclamation de la victime ou de ses ayants droit.

Ceci implique, notamment, que des déclarations de sinistres effectués au moment d'un changement d'assureur, alors que les faits déclarés ne correspondent pas aux critères déterminants de la distinction passé connu / passé inconnu, ne suffiront pas, à elles seules, à caractériser une réclamation ultérieure comme relevant du passé connu pour le nouvel assureur.

De même, des déclarations d'antécédent dans un questionnaire de souscription qui permet d'apprécier les risques de réclamation à venir ne suffisent pas à caractériser les faits déclarés dans la proposition comme relevant du passé connu pour le nouvel assureur.

La Convention précise que les critères de distinction passé connu / passé inconnu seront appréciés à la « date d'effet » du nouveau contrat, et non à celle de la souscription.

c) Effet relatif de la Convention

Il est important de noter que cette convention n'a d'effet qu'entre les assureurs, et ne peut en aucun cas être opposable à l'assuré ou aux tiers lésés exerçant leur action directe, lesquels peuvent avoir intérêt à rechercher la garantie de l'assureur ayant les conditions de garantie qui leur soient les plus favorables (franchise, plafond de garantie...)

Ce sera donc le juge judiciaire qui statuera, en définitive, en cas de contestation.

III- Information de l'assuré

Comme nous venons de le voir, la compréhension de ces systèmes – surtout celui de la base réclamation- n'est pas toujours aisée. Le législateur en était si convaincu qu'il a ajouté un deuxième alinéa à l'article L. 112-2 du code des assurances aux termes duquel :

« Avant la conclusion d'un contrat comportant des garanties de responsabilité, l'assureur remet à l'assuré une fiche d'information, dont le modèle est fixé par arrêté, décrivant le fonctionnement dans le temps des garanties déclenchées par le fait dommageable, le fonctionnement dans le temps des garanties déclenchées par la réclamation, ainsi que les conséquences de la succession de contrats ayant des modes de déclenchement différents ».

→ Voir plus loin l'arrêté du 31 octobre 2003 portant sur la notice d'information.

L'assureur est donc tenu d'informer l'assuré de ces nouvelles dispositions par la remise d'une notice d'information avant la souscription ou lors de la première reconduction.

1- En résumé, cette fiche d'information doit donc décrire :

- le **fonctionnement dans le temps** des garanties déclenchées par le fait dommageable, ou par la réclamation
- ainsi que les **conséquences de la succession de contrats** et ayant des modes de déclenchement différents

Cette tâche de clarification s'avèrera difficile... surtout lorsqu'il s'agira d'expliquer les effets d'éventuels changements de système de durée.

Toujours est-il que cette obligation pèse sur les assureurs dès la première reconduction des contrats consécutive à l'entrée en vigueur de la loi, soit le **4 novembre 2003**.

2- De plus, le contrat doit **reproduire le texte du troisième ou quatrième alinéa de l'article L. 124-5** du code des assurances, relative aux modalités de déclenchement du type de garantie applicable.

A noter que pour la grande majorité des risques professionnels, c'est le système base réclamation qui sera proposé par le marché des assureurs.

IV- Application dans le temps

1°/ L'article 80 de la loi n° 2003-706 sur la Sécurité Financière du 1 août 2003

La date d'effet de la loi Sécurité Financière est :

- trois mois après la publication de la loi, soit le **1^{er} novembre 2003**
- toutefois, pour les garanties ayant pris effet **avant** le 1^{er} novembre 2003 :
 - en cas de garantie base « **fait dommageable** » pendant la durée de validité du contrat, la garantie est déclenchée par le fait dommageable, dans les conditions prévues par le nouvel article L. 124-5 du code des assurances.
 - En cas de garantie « **base réclamation** » : garantie déclenchée par la réclamation.

Le principe est donc que les nouvelles dispositions prennent effet postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, du fait de la souscription d'un nouveau contrat ou de la reconduction de garanties d'un contrat en cours.

Les nouvelles dispositions concernent tous les contrats d'assurance comportant une garantie de responsabilité civile, qu'ils s'agissent de contrats « particuliers » ou « professionnels », souscrits depuis cette date, et également les contrats en cours qui feront l'objet d'une reconduction à leur date anniversaire suivant l'entrée en vigueur de la loi.

Toutefois :

- le choix du régime n'est possible que pour les risques professionnels. Les contrats « particuliers » sont en effet obligatoirement soumis au régime base « fait dommageable » ;
- les nouvelles dispositions ne sont pas applicables aux contrats pour lesquels un régime spécifique est déjà prévu.

Exemple : l'assurance décennale obligatoire pour les dommages matériels aux ouvrages de bâtiment.

Il résulte des alinéas suivants que, sauf stipulation expresse de la « base fait dommageable », les contrats sont réputés souscrits sur la « base réclamation ».

Enfin, on notera que l'avant dernier alinéa de l'article L.124-5 du code des assurances énonce que :

« lorsqu'un même sinistre est susceptible de mettre en jeu les garanties apportées par plusieurs contrats successifs, la garantie déclenchée par le fait dommageable ayant pris effet postérieurement à la prise d'effet de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière est appelée en priorité, sans qu'il soit fait application des quatrième et cinquième alinéas de l'article L. 121-4 ».

Ainsi, en cas d'éventuel chevauchement de garanties, le contrat prenant effet après le 1er novembre 2003 et faisant référence au fait dommageable doit être appelé en priorité, sans que l'assureur puisse faire valoir les dispositions relatives au cumul d'assurances, comme nous l'avons vu ci-dessus, dans les paragraphes précédents.

2°/ Aménagements de l'article L 251-2 du code des assurances

L'article L. 251-2 du code des assurances, relatif à la responsabilité médicale, fait également l'objet de divers aménagements pour en aligner le régime sur les nouvelles dispositions générale.

Il est notamment prévu que dans le dernier alinéa, les mots troisième et quatrième seront remplacés par les mots quatrième et cinquième, ce qui met fin à l'incertitude concernant la possibilité de recours en contribution entre assureurs successifs, sur le fondement de l'article L. 121-4 du code des assurances.

Modification du dernier alinéa de l'article L. 251-2 :

« lorsqu'un même sinistre est susceptible de mettre en jeu la garantie apportée par plusieurs contrats successifs, il est couvert en priorité par le contrat en vigueur au moment de la première réclamation, sans qu'il soit fait application des dispositions des quatrième et cinquième alinéas de l'article L. 121-4 ».

L'article L. 121-4 alinéa 4 et 5 dispose que :

« quand elles sont contractées sans fraude, chacune d'elles produit ses effets dans les limites des garanties du contrat et dans le respect des dispositions de l'article L. 121-1, quelle que soit la date à laquelle l'assurance aura été souscrite. Dans ces limites, le bénéficiaire du contrat peut obtenir l'indemnisation de ses dommages en s'adressant à l'assureur de son choix.

*Dans les rapports entre assureurs, **la contribution** de chacun d'eux est déterminée en appliquant au montant du dommage le rapport existant entre l'indemnité qu'il aurait versée s'il avait été seul et le montant cumulé des indemnités qui auraient été à la charge de chaque assureur s'il avait été seul ».*

Comme nous l'avons vu précédemment, les dispositions précitées entrent en vigueur à l'issu d'un délai de trois mois à compter de l'application de la loi sur la sécurité financière, soit à compter du 1^{er} novembre 2003.

On remarquera le nombre de bouleversements qu'a subi la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relatifs à la mise en place de l'assurance de la responsabilité médicale, qui témoigne bien d'un profond malaise, concernant le fonctionnement et l'avenir de l'assurance de responsabilité, conçue avant tout comme un système d'indemnisation des victimes.

3°/ Exemple d'actualité : l'amiante

Quelle jurisprudence appliquer dans le cas spécifique de l'amiante ?

a) Les risques de l'amiante

L'amiante est une roche fibreuse naturelle qui a toujours été utilisée dans le domaine du calorifugeage et de la construction pour ses nombreuses qualités techniques de résistance mécanique aux hautes températures et d'isolation thermique et phonique.

Ce matériau aux vertus incomparables a cependant le défaut de libérer des microfibrilles très légères, qui demeurent en suspension dans l'air ambiant.

Ce n'est qu'en 1965 qu'a été faite la première description clinique d'un mésothéliome (cancer de la plèvre) mettant en cause une exposition à l'amiante.

Actuellement, les maladies liées à l'amiante représentent 12% des maladies professionnelles, et 60% du coût global indemnisé, pour un coût total de l'ordre de 1.000.000.000 euros.

On parle aujourd'hui de « retraités de l'amiante », et on devrait assister à un pic de mortalité entre 2025 et 2030.

On peut s'attendre à un très grand nombre de demandes d'indemnisation dans les années qui viennent, ce qui risque de poser des difficultés aux assureurs.

Par sa généralisation, l'amiante est un problème de santé publique qui ne peut être pris en charge que par la collectivité tout entière, et non par des mutualités réduites d'assurés.

Enfin, le mécanisme d'indemnisation de l'amiante, devrait être l'occasion de mettre au point un nouveau type d'indemnisation des risques liés à notre civilisation technologique et industrielle, dont la prise en charge devrait être collective.

b) Garantie des assureurs dans le temps

❖ L'adéquation de la garantie à l'objet du risque

La faute inexcusable était considérée comme ayant une gravité telle, qu'elle avait le caractère de faute intentionnelle de l'article L. 113-1 du code des assurances, et était donc moralement et légalement inassurable.

Ce n'est qu'à partir de 1976, qu'elle est devenue assurable, lorsqu'elle était commise par les préposés, agissant comme substitués à la direction de l'entreprise.

La notion de faute inexcusable a été caractérisée par la Cour de Cassation le 19 juillet 1980 en Assemblée Plénière comme :

« une faute d'une exceptionnelle gravité dérivant d'un acte, ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative ».

Aujourd'hui, on distingue toujours la faute inexcusable de la faute intentionnelle, en effet, la faute intentionnelle suppose que l'assuré a voulu, non seulement l'action ou l'omission génératrice du dommage, mais encore le dommage lui-même pour que ses conséquences ne soient pas couvertes par l'assurance.

Le fait d'avoir exposé des salariés à l'amiante, alors que le danger était connu, même en l'absence de réglementation précise, peut caractériser la faute inexcusable, en cas de lésions subies par le travailleur du fait de l'amiante.

Par une série de 29 arrêts en date du 28 février 2002, la chambre sociale de la Cour de Cassation, a rejeté les pourvois des entreprises à l'encontre desquelles avaient été reconnue l'existence de fautes inexcusables pour avoir exposé leurs salariés à l'amiante sans protection suffisante.

La Cour a jugé que *« tout employeur est tenu envers le salarié d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise. »*

Elle a défini la faute inexcusable comme *« l'attitude d'un employeur qui avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver. »*

A mesure que le caractère de gravité s'estompait au profit d'une présomption de faute, la loi du 27 janvier 1987 a autorisé les employeurs à se garantir contre une éventuelle recherche en faute inexcusable.

L'assurance de la faute inexcusable de l'employeur est aujourd'hui codifiée à l'article L 452-4-4° du code de la sécurité sociale.

Les assureurs ont donc largement utilisés l'argument de l'inassurabilité de la faute inexcusable avant 1987 pour refuser leur garantie. Aujourd'hui encore, notamment pour les dommages continus telle l'exposition à l'amiante, les assureurs avancent cette raison pour dénier toute garantie.

La loi du 27 janvier 1987 concernant l'assurance des conséquences financières de la faute inexcusable de l'employeur offre désormais au chef d'entreprise la possibilité de souscrire une

assurance relative aux conséquences financières de sa propre faute inexcusable ; il s'agit, selon les termes même de la loi, d'une simple faculté, et non d'une obligation.

Les exclusions conventionnelles de risque :

En application des articles L 112-4 et L 113-1 du code des assurances, une exclusion doit remplir certaines conditions sous peine d'être inopérante : elle doit figurer dans la police en caractères très apparents, être formelle (c'est-à-dire claire, précise et non équivoque) et limitée au fond.

Les contrats d'assurance peuvent expressément prévoir l'exclusion de l'assurance pour certaines maladies. Se pose alors la question de savoir si cette clause est formelle et limitée, conformément aux dispositions du code des assurances et à leur application par la jurisprudence.

En matière d'amiante, certaines clauses se bornent à viser « les dommages corporels », sans aucune référence à des maladies précises et sans déterminer la cause autrement que par le mode de contamination (« causés par l'exposition aux fibres d'amiante », stipulent-elles le plus souvent). Pour être formelle et limitée, la clause d'exclusion de maladie-amiante peut-être rédigée de la manière suivante : « sont exclus de la garantie du présent contrat les dommages corporels liés à une maladie causée et contractée dans les conditions prévues aux tableaux 30 et 30 bis des maladies professionnelles ».

❖ L'adéquation de la garantie à la date du sinistre

En matière de maladies liées à l'inhalation de poussières d'amiante, la notion de fait générateur est tout aussi difficile à identifier. Le professeur Yvonne Lambert-Faivre distingue deux types de fait générateur : un fait générateur technique du côté du responsable (action du responsable qui va entraîner les dommages dont la victime demande réparation) et un fait générateur juridique ou fait dommageable (« la cause juridique qui constitue l'interface temporelle entre le fait générateur technique et le dommage qui va en résulter pour la victime »).

Les juges se réfèrent à cette dernière notion pour caractériser le fait générateur.

Le problème consiste à définir, dans le cadre des maladies liées à l'inhalation de fibres d'amiante, ce qu'il faut entendre par « fait générateur ». Dans un article, le même auteur opère, à cet égard, une autre distinction : le fait dommageable peut être soudain, répétitif ou continu pendant un laps de temps qui peut être plus ou moins long.

Dans la situation qui nous intéresse, c'est du côté de cette dernière définition qu'il convient de se ranger, et le professeur Lambert-Faivre cite à cet égard l'exemple de l'exposition à l'amiante. En matière de maladies professionnelles liées à l'inhalation de poussières d'amiante, le fait générateur qu'il s'agit de prendre en compte est donc constitué par la période d'exposition aux poussières d'amiante. On imagine déjà les difficultés qui peuvent apparaître lorsqu'un même employé a été exposé au risque chez plusieurs employeurs successifs.

Par conséquent, tous les employeurs chez qui le salarié a été exposé aux poussières d'amiante pourront voir leur responsabilité engagée, mais seuls ceux qui se sont couverts par une assurance de responsabilité adéquate après 1987 pourront appeler en garantie leur assureur pour prendre en charge les cotisations complémentaires dont ils devront s'acquitter auprès de la Sécurité Sociale.

En pratique, c'est la responsabilité du dernier employeur qui sera recherchée par le salarié et, dans le cas où celui-ci s'est assuré successivement auprès de plusieurs assureurs différents, il s'agira alors de savoir comment devra se régler la contribution entre chaque assureur.

Le problème se pose alors de la charge de la garantie en cas d'assureurs successifs.

Il est constant que la victime pourra exercer son action directe à l'encontre de l'assureur de son choix.

Dans leur recours entre eux, les assureurs successifs pourraient être tenus au prorata temporis de la durée de leur garantie.

Selon la jurisprudence de 1990, c'est l'assureur en risque au moment de l'exposition à l'amiante, fait générateur du dommage, qui doit être amené à garantir le premier chef les conséquences de la faute inexcusable qui en résulte.

Mais s'agissant d'un dommage évolutif dans le temps, on pourrait également suivre la jurisprudence de la Cour de Cassation en matière de dégâts des eaux évolutifs qui a considéré que le sinistre était constitué à la date de la « découverte » du dommage, et a retenu la garantie de l'assureur en risque à cette époque.

♣ Arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation du 2 juillet 2002

Dans la mesure où jusqu'à la loi du 27 janvier 1987, la faute inexcusable était inassurable, on pourrait soutenir que les expositions à l'amiante intervenues avant cette date, ne puissent être légalement garanties.

Néanmoins, ce serait ne pas tenir compte que la jurisprudence peut considérer comme étant constitutif de sinistre la manifestation du dommage, en l'espèce la date de la constatation de la maladie professionnelle.

De plus, beaucoup de contrats fonctionnent « en base réclamation », ce qui est parfaitement valable, s'ils n'excluent pas la prise en charge des faits générateurs survenus pendant la période garantie.

Enfin, de nombreuses polices contiennent des clauses de « reprise du passé » inconnu, également valables, et qui peuvent se révéler cumulatives avec la police « fait générateur » existant au moment de l'exposition à l'amiante.

Le problème se pose alors de savoir si la constatation de la maladie professionnelle avant la prise d'effet de la garantie est un risque connu de l'assuré. Certains juges ne l'ont pas admis (*TGI Tours, 1^{ère} Ch., 22 novembre 2001*)

C'est pourquoi, même s'ils excluent les dommages consécutifs à l'amiante, les assureurs ont intérêt à faire jouer leur clause de direction du procès, après avoir émis les réserves de garanties les plus expresse, prévues par l'article L. 113-17 du code des assurances, afin de sauvegarder leurs intérêts.

« La clause de direction du procès », de quoi s'agit-il ?

C'est l'assureur qui entend sauvegarder ses intérêts en se réservant le droit de diriger et d'organiser la défense amiable ou la direction du procès pour résister, écarter, ou minimiser la responsabilité de son assuré et l'importance des dommages qui pourraient lui être imputés ; car c'est l'assureur qui devra, en définitive, en supporter les conséquences dans les limites et conditions du contrat.

L'article L 113-17 du code des assurances dispose que :

« L'assureur qui prend la direction d'un procès intenté à l'assuré est censé aussi renoncer à toutes les exceptions dont il avait connaissance lorsqu'il a pris la direction du procès.

L'assuré n'encourt aucune déchéance ni aucune autre sanction du fait de son immixtion dans la direction du procès s'il avait intérêt à le faire. »

On sait aussi que la jurisprudence est en pleine évolution, et il serait suicidaire pour les assureurs de ne pas tenir compte du principe posé par la Cour de Cassation dans son arrêt du 9 octobre 2001, s'arrogeant le droit de faire rétroagir à des faits antérieurs les solutions qu'elle édicte.

♣ Arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation du 9 octobre 2001 :

La Cour de Cassation, à la fois juge et partie, pose un nouveau principe selon lequel « **nul ne peut se prévaloir d'une jurisprudence acquise** ».

Une affirmation aussi nette, bien que tout à fait conforme aux principes juridiques, apparaît choquante de la part de notre plus haute juridiction, puisqu'elle met en exergue et revendique expressément le **principe de l'insécurité juridique**.

La jurisprudence changeant au gré des vents, il est impossible de s'y fier, et donc d'adopter une norme de conduite adaptée.

Mais ce qui est grave, c'est qu'à la différence de la loi qui ne peut disposer que pour l'avenir, **la jurisprudence s'arroge le droit d'un effet rétroactif**.

Enfin, les maladies professionnelles qui se produisent après une exposition à l'amiante, ne semblent pas pouvoir être considérées comme découlant d'un sinistre « sériel », chaque recherche de faute inexcusable devant être considérée comme un sinistre distinct.

V- Notice d'information (arrêté du 31 octobre 2003)

L'article 80 de la loi de sécurité financière de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 avait suscité un certain nombre d'interrogations quant à la durée dans le temps de la garantie de responsabilité civile encourue du fait d'une activité professionnelle. La loi du 1^{er} août autorise désormais que dans les contrats RC des professionnels soit stipulé que la garantie sera déclenchée par la réclamation de la victime ou de l'assuré. Ces clauses de réclamation, dites encore « claim's made » étaient écartées depuis plus de dix ans par la jurisprudence.

La nouvelle loi s'applique aux garanties souscrites ou reconduites après le 3 novembre 2003. Les contrats souscrits antérieurement font l'objet de dispositions particulières précisées dans la même loi.

Depuis cette date, les contrats sont susceptibles de contenir une clause de réclamation et la profession s'est déjà penchée sur l'articulation complexe entre les contrats successifs, fonctionnant soit sur base de fait dommageable soit sur base de réclamation. Nous pouvons aisément deviner que les nouveaux contrats fonctionneront majoritairement en base réclamation.

L'arrêté du 31 octobre 2003 portant sur la notice d'information délivrée en application des nouvelles dispositions sur le déclenchement de la garantie de responsabilité dans le temps dans les

contrats d'assurance a été publié au journal officiel le 7 novembre (JO n° 258, p. 19024), quelques jours après la date d'application de la loi (*cf. annexes*).

Il précise de manière assez lisible les articulations entre les différentes garanties et semble, a priori, régler le problème crucial de la garantie des dommages multiples dus à un fait dommageable unique.

Pour plus de clarté nous limitons notre propos à l'analyse de la succession de deux assureurs A et B dont les contrats fonctionnent sur une base réclamation. Nous nous plaçons dans l'hypothèse où, à la première réclamation, l'assureur A utilise le droit de résiliation après sinistre que lui confère l'article R 113-10 du code des assurances.

Si une autre réclamation, relative au même fait dommageable, survient après la résiliation, l'assureur suivant (B) n'est pas tenu d'indemniser car selon la loi du 1^{er} août 2003 « *l'assureur ne couvre pas l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres s'il établit que l'assuré avait connaissance du fait dommageable à la date de la souscription de la garantie* », or dans notre hypothèse, la première réclamation induit que le fait dommageable appartient au passé connu.

Afin d'éviter des trous de garantie, la loi oblige l'assureur A à accorder une garantie subséquente d'au moins cinq ans et elle prévoit qu'un « *ensemble de faits dommageables ayant la même cause technique est assimilé à un fait dommageable unique* ».

Ainsi, malgré sa résiliation, le premier assureur reste tenu des réclamations ultérieures relatives au même fait dommageable, du moins pendant la période subséquente.

Que se passe-t-il lorsqu'une réclamation relative à ce même fait dommageable survient après l'écoulement du délai de la garantie subséquente ?

L'assureur A pourrait invoquer l'arrivée du terme de la subséquente pour refuser sa garantie sans que pour autant l'assureur B prenne le relais.

Il est donc à craindre que pour les réclamations effectuées au delà de la période subséquente, en principe de cinq ans, les dommages ne soient indemnisés ni par le premier assureur, ni par le second.

L'arrêté du 31 octobre impose un modèle pour la fiche d'information qui doit être remise à l'assuré avant la conclusion d'un contrat comportant des garanties de responsabilité. Ce modèle, en annexe de l'arrêté, semble apporter une solution : en cas de réclamations multiples relatives au même fait dommageable, « *le sinistre est considéré comme unique. En conséquence, c'est le même assureur qui prend en charge l'ensemble des réclamations* ».

Dans le cas d'une couverture sur la base de réclamation, c'est l'assureur compétent au titre de la première réclamation qui devra « traiter » les réclamations ultérieures « *quelle que soit la date à laquelle ces réclamations sont formulées même si la période subséquente est dépassée* ».

Les termes « *même si la période subséquente est dépassée* », placés in extremis à la dernière ligne de l'annexe de l'arrêté du 31 octobre, pourraient bien constituer le grain de sable réduisant certains des espoirs que les assureurs avaient mis dans la loi du 1er août 2003...

❖ Cette fiche d'information précise notamment les règles de fonctionnement de la loi **en cas de changement d'assureur**. Cette précision est loin d'être superflue car très complexe. Nous allons l'illustrer au moyen de schémas qui permettent une meilleure compréhension de ces règles.

Si il y a eu un changement d'assureur et si un sinistre, dont le fait dommageable est intervenu avant la souscription du nouveau contrat, n'est l'objet d'une réclamation qu'au cours du nouveau contrat, il faut déterminer l'assureur qui indemniserà.

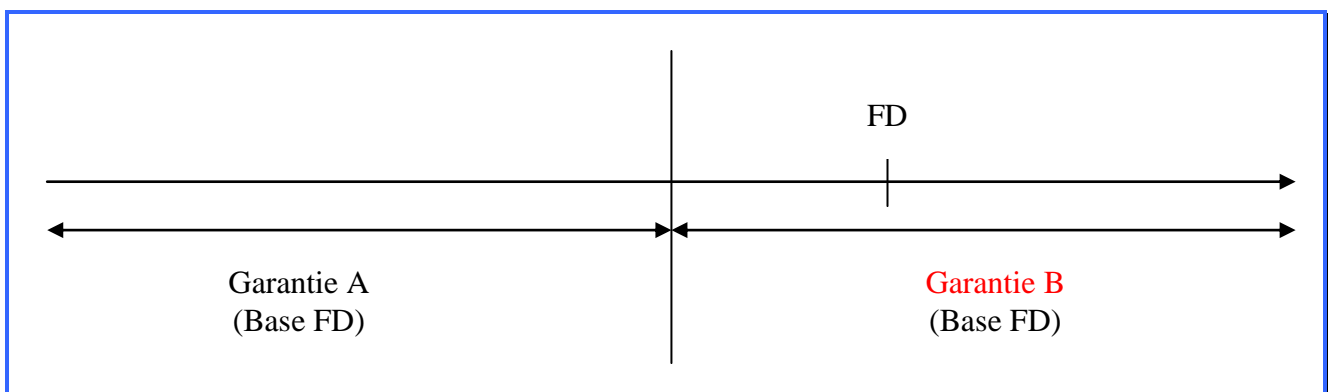
Selon le type de contrats, l'ancien ou le nouvel assureur pourra être valablement saisi.

Voir les cas illustrés ci-dessous :

- L'ancienne et la nouvelle garanties sont déclenchées par le fait dommageable.

Garantie A et garantie B = base FD

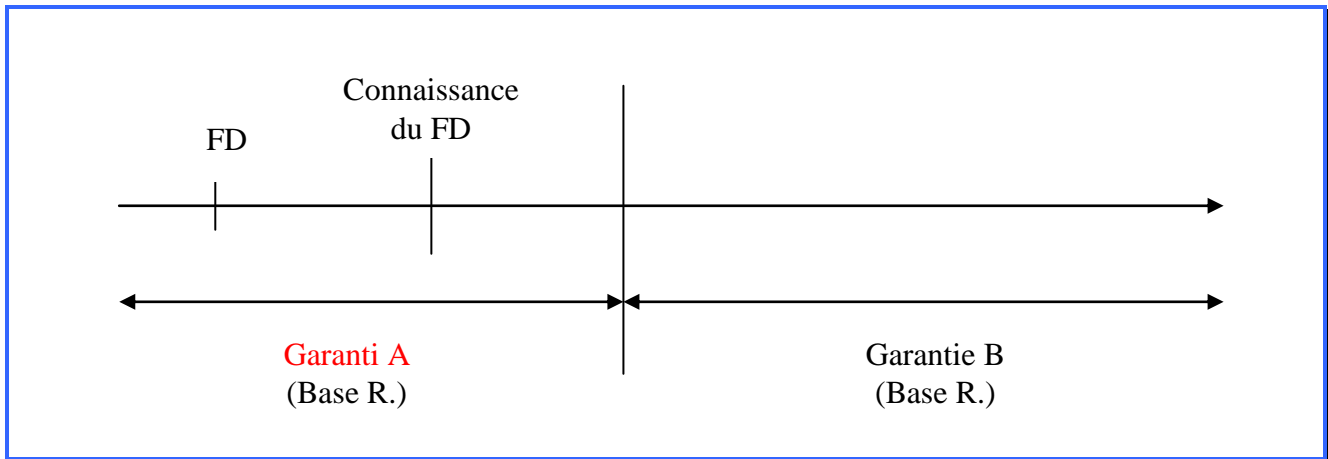
⇒ La garantie qui est activée par la réclamation est celle qui est ou était en cours de validité à la date de survenance du fait dommageable.



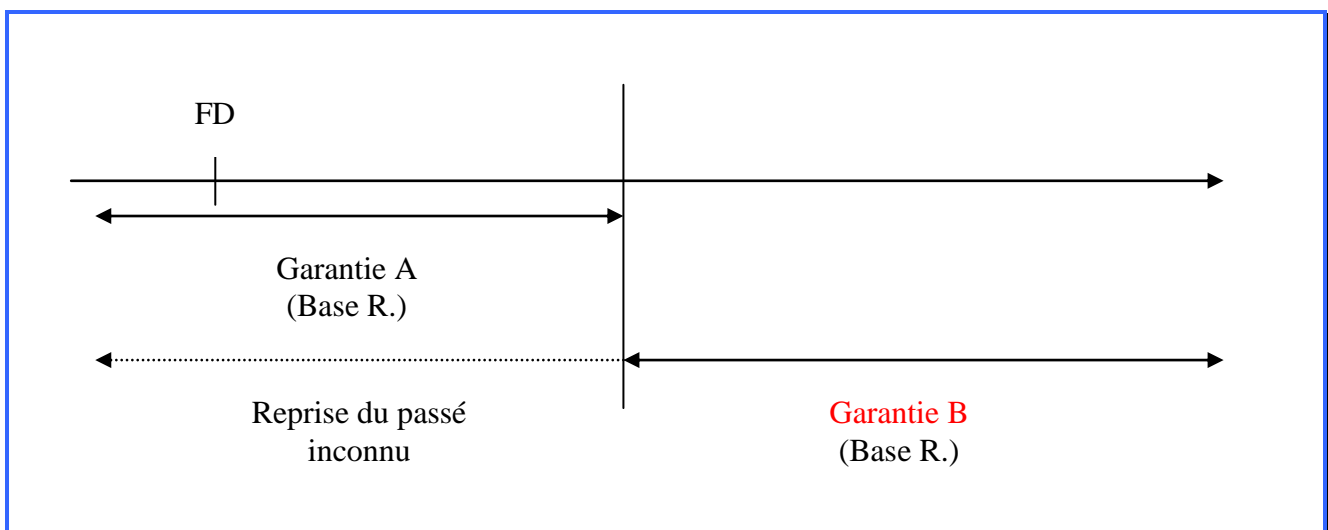
- L'ancienne et la nouvelle garanties sont déclenchées par la réclamation.

Garantie A et Garantie B = R

⇒ L'ancien assureur devra traiter la réclamation si l'assuré a eu connaissance du fait dommageable avant la souscription de sa nouvelle garantie. Aucune garantie n'est due par l'ancien assureur si la réclamation est adressée à l'assuré ou à son assureur après l'expiration du délai subséquent.



⇒ Si l'assuré n'a pas eu connaissance du fait dommageable avant la souscription de sa nouvelle garantie, c'est le nouvel assureur qui devra accueillir sa réclamation (car clause de reprise du passé inconnu).

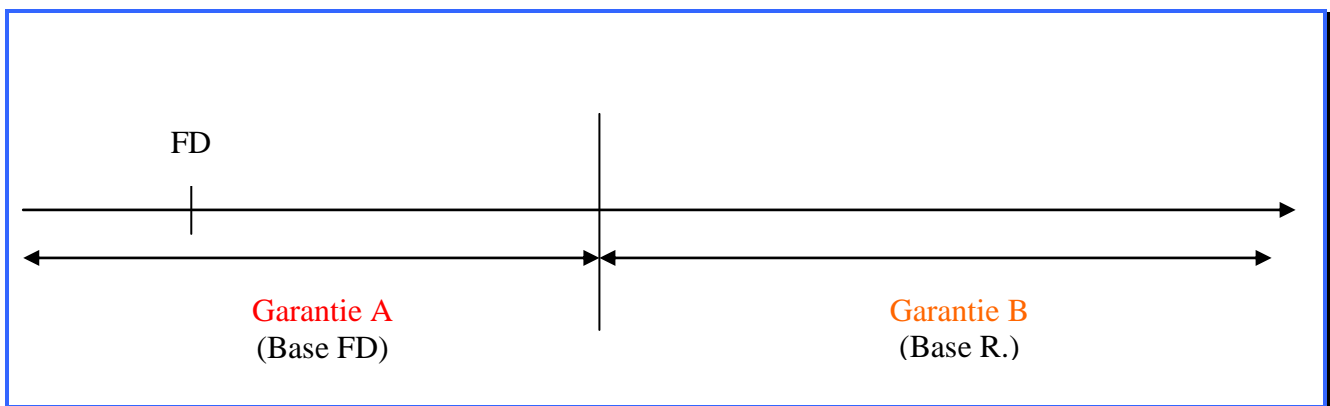


- L'ancienne garantie est déclenchée par le fait dommageable et la nouvelle par la réclamation.

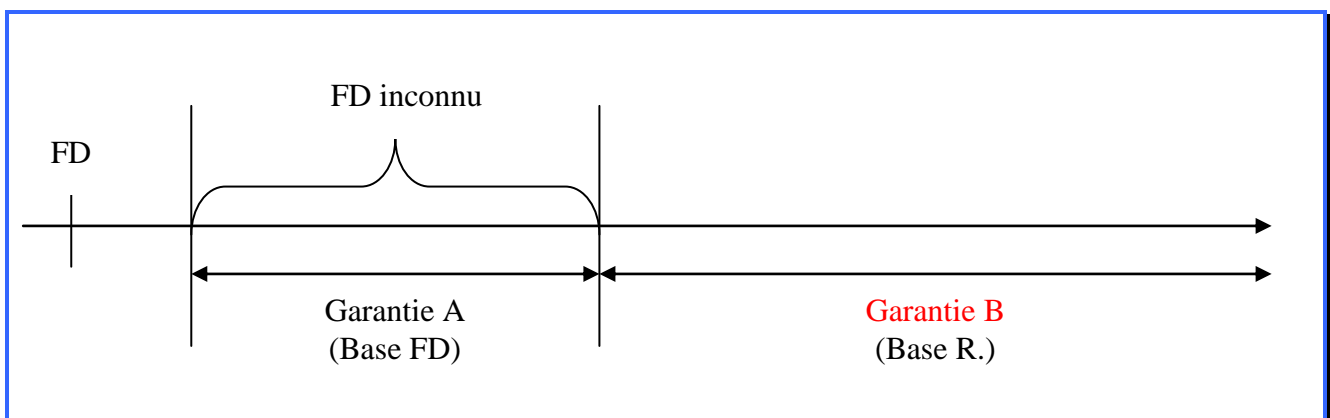
Garantie A = FD et garantie B = R

⇒ Si le fait dommageable s'est produit pendant la période de validité de l'ancienne garantie, c'est l'ancien assureur qui doit traiter les réclamations portant sur les dommages qui résultent de ce fait dommageable.

Dans l'hypothèse où le montant de cette garantie serait insuffisant, la garantie nouvelle déclenchée par la réclamation sera alors amenée à compléter cette insuffisance pour autant que l'assuré n'ait pas eu connaissance du fait dommageable avant la date de souscription de sa nouvelle garantie.



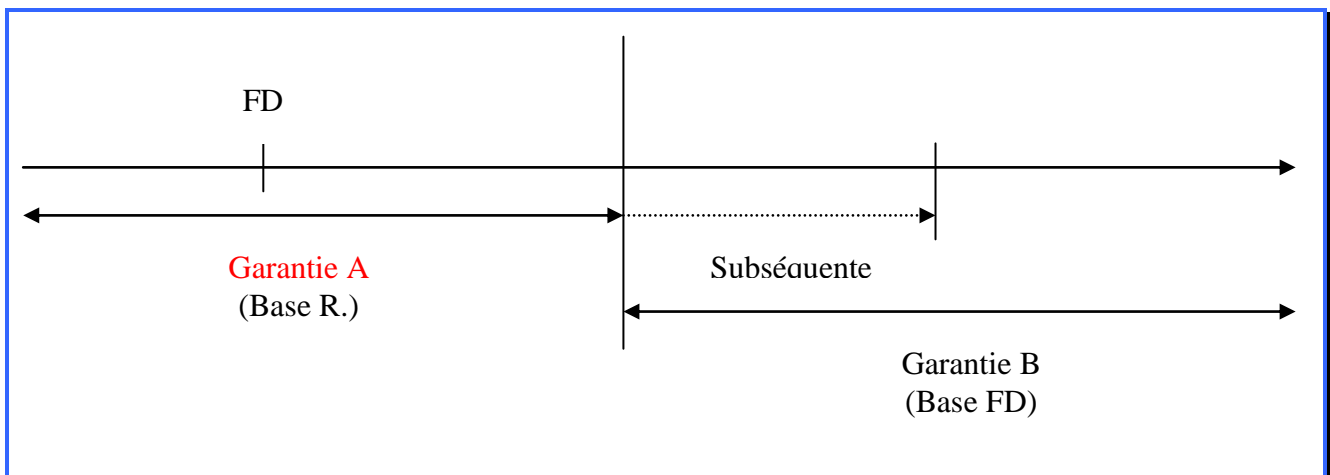
⇒ Si le fait dommageable s'est produit avant la prise d'effet de l'ancienne garantie et est demeuré inconnu à l'assuré à la date de souscription de la nouvelle garantie, c'est le nouvel assureur qui doit traiter les réclamations portant sur les dommages qui résultent de ce fait dommageable.



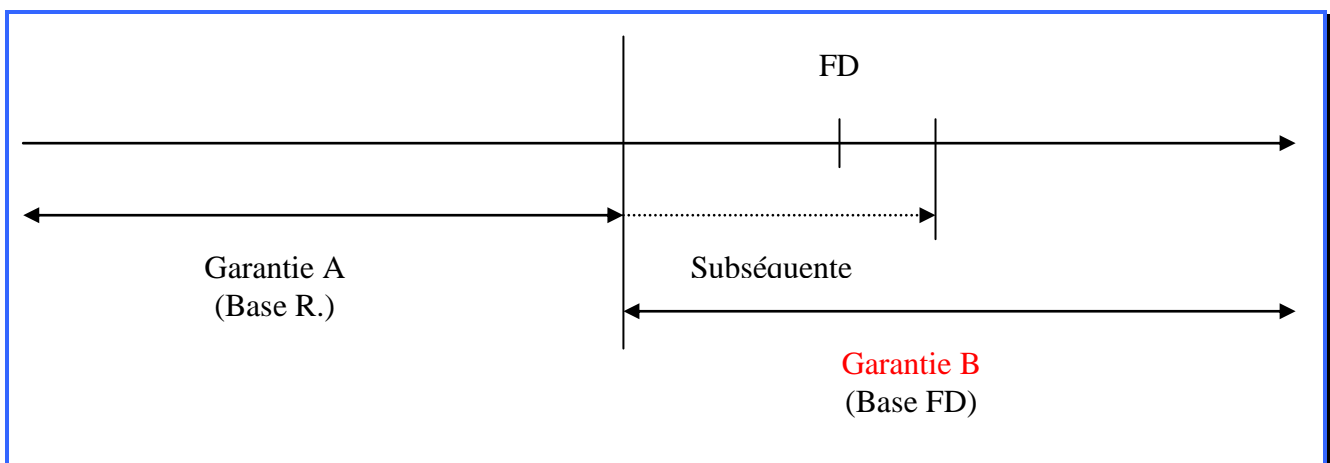
- L'ancienne garantie est déclenchée par la réclamation et la nouvelle par le fait dommageable.

Garantie A = R et garantie B = FD

⇒ Si le fait dommageable s'est produit avant la date de souscription de la nouvelle garantie, c'est l'ancien assureur qui doit traiter les réclamations. Aucune garantie n'est due par l'ancien assureur si la réclamation est adressée à l'assuré ou à l'ancien assureur après expiration du délai subséquent.



⇒ Si le fait dommageable s'est produit pendant la période de validité de la nouvelle garantie, c'est bien entendu l'assureur de cette dernière qui doit traiter la réclamation.



❖ En cas de réclamations multiples relatives au même fait dommageable :

Un même fait dommageable peut-être à l'origine de dommages multiples qui interviennent ou se révèlent à des moments différents. Plusieurs réclamations ont alors vocation à être successivement adressées par les différents tiers concernés. Dans ce cas, le sinistre est considéré comme unique. En conséquence, c'est le même assureur qui prend en charge l'ensemble des réclamations.

Si le fait dommageable s'est produit alors que le contrat était déclenché sur la base du fait dommageable, c'est donc l'assureur à la date où le fait dommageable s'est produit qui doit traiter les réclamations.

Si le contrat n'était pas couvert sur la base du fait dommageable à la date du fait dommageable, l'assureur qui doit être désigné est celui qui est compétent, dans les conditions vues ci-dessus en cas de changement d'assureur, au moment de la formulation de la première réclamation.

Dès lors que cet assureur est compétent au titre de la première réclamation, les réclamations ultérieures seront alors traitées par ce même assureur quelle que soit la date à laquelle ces réclamations sont formulées, même si la période subséquente est dépassée.

❖ Comme nous venons de le voir ci-dessus, cette notice d'information est très utile et très appréciée car elle nous fournit des informations précises grâce auxquelles le fonctionnement de la garantie de responsabilité civile dans le temps nous paraît moins opaque.

Cependant, sa rédaction n'est pas toujours conforme à la loi du 1^{er} août 2003. Il en est ainsi par exemple au sujet de la définition du fait dommageable :

En effet, la présente notice définit le fait dommageable comme « *Fait, acte ou événement à l'origine des dommages subis par la victime et faisant l'objet d'une réclamation* ».

Alors même que la loi du 1^{er} août 2003 donnait comme définition : « *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* ».

Cette différence de définition est assez troublante. Elle peut éventuellement s'expliquer par le fait que l'arrêté du 31 octobre 2003, n'ayant pas trouvé la loi très explicite, a voulu clarifier la signification de certains termes...

Dès lors nous pouvons nous poser la question de savoir à quelle définition se fier car dans le cadre d'un sujet complexe comme celui du fonctionnement de la garantie dans le temps en responsabilité civile, ces petites différences pourront provoquer de grands désaccords dans le futur ; et à l'heure actuelle laissent perplexes les destinataires de cette notice d'information.

En conclusion, nous ne pouvons pas remettre en cause l'utilité de cette notice car elle clarifie sensiblement les nouvelles dispositions prises par le législateur qui apparaissent bien complexes pour beaucoup, même pour les professionnels directement concernés : les assureurs.

Mais ces règles peuvent nous paraître encore floues lorsque l'on constate qu'il n'y a pas de définitions clairement établies, en conséquence, nous pourrions douter de l'immutabilité de la nouvelle loi.

● ***Quid de l'arrêt de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de Cassation du 29 octobre 2003 qui semble revenir à la jurisprudence de 1990 ?***

Alors même que les garanties en base réclamation viennent d'être consacrées par la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 et expliquées dans un arrêté le 31 octobre 2003, deux jours avant ce dernier, la 3^{ème} chambre civile de la Cour de Cassation a rendu un arrêt très surprenant (*cf. annexes*) :

Le versement des primes pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat d'assurance responsabilité et son expiration a pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages qui trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période. Un assureur n'est donc pas fondé à se prévaloir de l'absence de paiement de prime au titre des garanties facultatives portant sur des dommages immatériels après la résiliation de la police, pour éluder son obligation, dès lors que les dommages immatériels trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit pendant la période de validité du contrat ».

En effet, dans cet arrêt, la Cour de Cassation semble revenir à la jurisprudence de 1990, jurisprudence qui a été adoptée pendant plus d'une dizaine d'années mais qui venait d'être modifiée par la loi sur la sécurité financière du 1^{er} août 2003 comme nous l'avons étudié tout au long de ce mémoire.

C'est pourquoi cette décision paraît très étrange et remet en cause l'unité des décisions qui régnait jusqu'à présent entre la jurisprudence et le législateur. Il faut donc attendre la prochaine décision de la Cour de Cassation en cette matière afin de savoir si elle confirmera sa position prise dans l'arrêt du 29 octobre 2003.

De plus, les auteurs qui ont pu écrire des commentaires au sujet des garanties responsabilité civile dans le temps n'ont eu aucune réaction quant à cet arrêt.

Tout cela nous montre que ce sujet est encore aujourd'hui en pleine modification et que l'on peut s'attendre à d'autres surprises...

CONCLUSION

Après avoir été banni pendant plus de dix ans les clauses en « base réclamation » ont été reconnues par le législateur dans l'article 80 de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 sur la Sécurité Financière, avec cependant quelques aménagements tels que la clause de reprise du passé et le délai subséquent. Ces aménagements augmentent considérablement l'engagement des assureurs par rapport à la garantie en « base réclamation » que eux-même appliquaient précédemment.

Nous pouvons constater que l'application de la garantie Responsabilité Civile dans le temps est un sujet d'actualité et plein de rebondissements forts intéressants à étudier. C'est pourquoi, les assureurs peuvent s'attendre à d'autres modifications, d'autres interventions du législateur.

Certains espéreront même ces interventions car comme nous avons pu l'étudier tout au long de ce mémoire, la garantie dans le temps est un sujet complexe de sorte que, malgré la notice d'information délivrée en application des nouvelles dispositions sur le déclenchement de la garantie responsabilité civile dans le temps dans les contrats d'assurance, l'application de l'article 80 de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 reste fort complexe et pleine de contradictions.

En conséquence, les assureurs espèrent une clarification du fonctionnement de cette garantie.