

DIRECTION DU MARCHÉ DES RISQUES D'ENTREPRISES

Département Responsabilité Civile - Crédit Caution

Le Livre Blanc
de
l'Assurance
Responsabilité Civile



- 12 septembre 2000 -

Plan du Livre

Préambule.....	3
1ère partie: le risque de responsabilité.....	6
1.1 Un risque évolutif.....	7
1.1.1 Du point de vue technique.....	7
1.1.2 Un risque évolutif du point de vue socio-économique	8
1.1.3 Un risque évolutif du point de vue juridique	9
1.1.4 Conclusion.....	12
1.2 Les conditions d'assurabilité du risque RC	13
1.2.1 Les conditions générales de l'assurabilité.....	13
1.2.2 Application des conditions d'assurabilité au risque RC : la problématique du risque de développement.....	14
1.2.3 Conclusion.....	16
2ème partie: le contrat d'assurance de responsabilité	17
2.1 L'application des clauses d'exclusion	18
2.2 L'application des plafonds de garantie.....	19
2.2.1 La nécessaire limitation des engagements par des plafonds de garantie	19
2.2.2 Le problème des modalités d'épuisement du plafond de garantie.....	19
2.3 L'application de la garantie dans le temps	20
2.3.1 La situation sur le marché français.....	20
2.3.2 La situation sur les marchés européens.....	21
3ème partie: les propositions.....	23
3.1 Les propositions relatives au contrat d'assurance de responsabilité.....	24
3.1.1 Les plafonds de garantie.....	24
3.1.2 Les exclusions.....	26
3.1.3 L'application de la garantie dans le temps.....	27
3.1.4 L'utilisation d'une langue étrangère.....	29
3.1.5 L'assurance du risque de développement.....	30
3.2 Le développement de l'assurance directe	31
3.3 Propositions relatives aux mécanismes financiers	33
Conclusion :.....	34
Quelques chiffres.....	35
Annexe 1 : Modèles de clauses d'exclusion	36
Annexe 2 : Critères d'application de la garantie dans le temps dans les pays européens.....	39

Préambule

Pourquoi un Livre Blanc ? Depuis ces quinze dernières années, force est de constater une évolution sans précédent du risque de responsabilité d'un point de vue technique, juridique ou social avec un fort impact sur l'économie de la branche Responsabilité Civile.

D'un point de vue technique, parce que les développements technologiques influent directement sur le risque de responsabilité notamment dans le domaine médical ; les dommages sont a priori moins nombreux mais plus graves.

D'un point de vue juridique, parce qu'on a vu émerger la notion de droit à réparation dont les contours sont particulièrement flous, parce qu'on a vu s'étendre les cas de responsabilité objective ou élargir la notion de faute au gré de l'idée qui est faite de l'application même du droit à réparation.

D'un point de vue social ou plutôt socio-comportemental, parce que la société se veut post-moderne et que la post-modernité implique des risques dont on entend que les dommages soient nécessairement réparés par ceux qui en sont à l'origine. La théorie du risque ou le principe « pollueur-payeur » trouve dans la société toujours plus d'échos.

D'un point de vue économique, parce que les indemnités versées en réparation de dommages ont connu une augmentation significative dans les années 90, notamment avec l'affaire dite « du sang contaminé » et que la notion même de préjudice tend à évoluer.

L'ensemble de ces questions a amené peu à peu l'assurance de responsabilité aux confins de ses limites économiques soit parce que le prix à payer pour couvrir la responsabilité devient financièrement de moins en moins supportable pour bon nombre d'assurés dans un contexte de crise économique, soit parce que tout simplement le risque devient inassurable.

Si l'évolution du risque de responsabilité semble bénéficier dans un premier temps aux personnes lésées, et parce qu'elle a en fait pour effet de restreindre peu à peu l'assurabilité du risque de responsabilité, cette évolution ne peut à terme que nuire aux victimes.

Il n'est plus permis à présent d'ignorer cette formidable mutation sociale, économique, technique et, par voie de conséquence, juridique que vit notre société. Elle s'impose à tous les acteurs économiques ou politiques tant elle est inexorable.

L'assurance en tant qu'acteur économique et en particulier l'assurance de la responsabilité civile des entreprises, parce qu'elle a pour naturelle vocation d'accompagner les aléas de la vie économique, doit impérativement suivre cette fantastique évolution, sauf à ne plus être en mesure de remplir son rôle.

Suivre l'évolution pour l'assureur de responsabilité, c'est, dans les délais les plus courts, apporter une réponse aux nouveaux besoins de couverture assurancielles des entreprises du fait de l'émergence de risques encore inconnus ces dernières années ou qui, même s'ils avaient été déjà recensés, sont d'une telle ampleur qu'ils nécessitent une approche spécifique.

Suivre l'évolution, c'est donc, pour l'assureur de responsabilité civile, devoir posséder la capacité de réactivité indispensable à l'adaptation constante de ses contrats.

Aujourd'hui, cette réactivité est entravée par de multiples obstacles d'ordre politique, législatifs, réglementaires, voire jurisprudentiels.

Le politique semble imprégner à l'assurance de responsabilité civile une fonction sociale de plus en plus forte avec les contraintes qui y sont liées. Ces contraintes tendent à la rupture du nécessaire équilibre entre vie économique et l'indispensable protection du consommateur, rupture d'équilibre d'ailleurs pas toujours finalement au bénéfice des consommateurs, ceux-là mêmes que l'on veut protéger.

La législation et la réglementation, notamment celles relatives aux assurances, ne permettent pas toujours, parce que leur évolution est lente, une réelle adaptation des formules d'assurances qui pourraient être proposées qu'il s'agisse de provisionnement ou tout simplement de solutions assurancielles nouvelles qui ne suivent pas le schéma traditionnel « branche par branche ».

Les tribunaux, dans leur volonté légitime d'opérer un rééquilibrage des termes du contrat d'assurance au profit du preneur d'assurance ont, au cours de la dernière décennie, fortement influé sur la liberté contractuelle, même si ces contrats sont conclus avec des assurés dont la compétence en la matière n'est plus à démontrer.

Face à ces problèmes l'assureur de responsabilité n'a-t-il d'autre alternative que de « se soumettre ou de se démettre » ? Nous ne le pensons pas mais des solutions efficaces ne seront trouvées que si l'on replace la responsabilité civile dans sa finalité sociale sans en ignorer les limites économiques, notamment celles qui résultent des limites de l'assurance de responsabilité elle-même .

La problématique actuelle de l'assurance de responsabilité doit partir d'une première question essentielle :

Comment concilier une indemnisation équitable des victimes avec une responsabilisation justifiée des entreprises ?

Telle est la problématique actuelle de l'assurance de responsabilité. Des réponses qui y seront apportées, dépendra essentiellement l'efficacité de la protection par l'assurance des assurés et des victimes. Ce n'est toutefois pas par une rupture du nécessaire équilibre contractuel qu'on tendra vers cette indispensable conciliation

Or qu'observons-nous ? des chaînes de risques, avec d'une part des preneurs et des transmetteurs de risques, et, in fine des victimes éventuelles en cas de sinistre.

Dans ces chaînes, on constate que, depuis quelques années, la charge du risque pèse de plus en plus sur les preneurs et transmetteurs de risques. L'événement dommageable du autrefois à « la faute à pas de chance » trouve à présent son responsable qu'il soit subjectif ou objectif. L'émergence d'une sorte de « droit des victimes » impliquant corrélativement « un droit à indemnisation » a conduit le juge à donner priorité à l'indemnisation des victimes, et pour cela à étendre de façon continue la notion de faute, et à interpréter les termes du contrat d'assurance.

L'insécurité juridique qui en résulte se traduit inéluctablement par une insécurité économique, d'abord pour les entreprises preneurs d'assurances, et par ricochet pour les assureurs.

Dans une société moderne ouverte, la question se pose du juste niveau du curseur de la charge des risques entre les preneurs de risques (les entreprises au sens large) peu

nombreux, créateurs de richesse dont profite la collectivité des citoyens et les victimes potentielles, nombreuses, dont les aspirations exprimées ou latentes conduisent en même temps à un accroissement des risques et à un accroissement du besoin de couverture de ceux-ci.

Une société qui porterait le curseur plutôt vers ceux susceptibles de supporter les risques (en même temps qu'ils bénéficient de la contrepartie de cette prise de risques) aurait un déficit de justice sociale. Une société qui porterait excessivement le curseur vers les preneurs de risques risquerait la paralysie et ses conséquences économiques et sociales.

Améliorer la situation actuelle, c'est-à-dire à la fois celle des victimes et celle des preneurs de risques nécessite que l'on puisse apporter des solutions équilibrées de part et d'autre. Ces solutions passent par une restauration de la sécurité juridique de l'assurance de responsabilité et par le développement des assurances directes.

Restaurer la contractualisation des rapports assurés/assureurs, donner les moyens aux assureurs de responsabilité de remplir leur mission dans des conditions de prévisibilité économique et de sécurité juridique, tel est le but recherché dans ce Livre Blanc de l'Assurance de Responsabilité Civile et des quelques propositions qui y sont contenues.

1ère partie

Le risque de responsabilité

1.1 Un risque évolutif

1.1.1 Du point de vue technique

La révolution technologique que nous connaissons ces dernières années et qui se poursuivra aux cours du troisième millénaire a un très fort impact sur le risque de responsabilité civile. Certains risques, connus mais considérés comme faibles, prennent de nos jours une intensité que rien a priori ne laissait présager. De nouveaux risques apparaissent dont la gravité et l'ampleur ne sont encore que « soupçonnées ».

Pratiquement tous les domaines d'activité sont touchés : la production, le commerce, la santé...

Dans le domaine de la production, le transfert de plus en plus fréquent de l'activité humaine vers la machine électronique (robotique, informatique...) a pour effet de concentrer le risque en amont des chaînes de production vers les opérateurs servant ces machines, vers les fabricants de ces dernières ou vers ceux qui ont pour tâche de les maintenir.

Certes, les sinistres sont a priori moins nombreux, l'erreur humaine manuelle étant écartée pour laisser place à l'erreur de conception et donc à une responsabilité plutôt de type professionnel. Mais lorsqu'un sinistre se produit, il ne concerne plus qu'une seule unité de produits, mais l'ensemble d'un lot de fabrication d'où l'apparition de plus en plus fréquente de sinistres sériels.

Dans le domaine médical, l'apparition de nouvelles techniques scientifiques à visée diagnostique ou thérapeutique a, sur le risque de responsabilité, un double effet.

Premier effet : elles permettent la détection de nouvelles maladies, de nouveaux virus ou bactéries jusqu'alors inconnus ou indécélables ou encore ont facilité la connaissance de l'origine antérieurement inexplicée de maladies connues depuis longtemps déjà. Ce faisant, ces nouvelles techniques ont favorisé et favorisent encore l'émergence de nouvelles causes d'actions en responsabilité. Il est également à noter que l'allongement sensible de la durée moyenne de la vie humaine, grâce en partie aux progrès de la médecine, augmente la probabilité de mises en cause.

Deuxième effet : la mise au point de nouvelles techniques de diagnostic ou opératoires a rendu l'acte thérapeutique plus sûr. Mais parallèlement, on constate que lorsque l'accident survient les dommages qui en résultent sont plus graves qu'auparavant.

Dans le domaine des services, l'utilisation toujours plus importante des moyens informatiques et surtout celle des nouvelles technologies de diffusion de l'information ouvre un nouveau champ au risque de responsabilité, notamment du fait de l'émergence de nouvelles professions de l'informatique et des télécommunications.

Des risques autrefois endogènes deviennent exogènes et donc source de responsabilité, du fait de l'externalisation de certaines fonctions de l'entreprise.

La profession d'audit ou de conseil n'a jamais connu un tel essor.

1.1.2 Un risque évolutif du point de vue socio-économique

Du point de vue économique, le débat sur l'assurance de responsabilité n'est plus uniquement franco-français. Il se mondialise.

Le nombre des échanges internationaux croît dans des proportions importantes. L'export ou l'import ne sont plus nécessairement réservés aux « grands risques ». Nombre de PME, si elles veulent survivre, sont tenues de s'ouvrir au marché mondial. L'impact en terme de risque de responsabilité est évident : il s'étend et se complexifie. L'assureur n'est plus confronté à un risque unique mais à autant de risques que d'acteurs participant à la chaîne contractuelle.

Dans le schéma « fabricant - (importateur) - grossiste - détaillant » s'intercalent de nombreux autres intervenants professionnels nouveaux liés à l'activité internationale, chaque maillon de la chaîne étant interdépendant.

Les relations entre les acteurs économiques changent. L'ère du papier est pratiquement révolue pour laisser place à des moyens de communication modernes, plus rapides et simples d'accès et qui accroissent l'interdépendance des acteurs.

Dans le domaine du service, là où l'organisation des relations prestataires/clients était simple (« 1 pour 1 »), elle devient complexe (« 1 pour n » ou « n pour n »). Ainsi, un même prestataire peut offrir une prestation "standardisée" à plusieurs de ses clients. De même, plusieurs prestataires se rassemblent autour d'un projet destiné à satisfaire les besoins de plusieurs clients. Les risques sont donc susceptibles de toucher simultanément un nombre de clients conséquent et d'engendrer des sinistres dits "sériels".

La politique de production dite de « flux tendus » ne laisse aux producteurs pratiquement plus de droit à l'erreur, d'où un besoin de couverture assurancielle accru.

Les risques de cumuls n'ont donc jamais été aussi nombreux et importants. Ces risques impliquent pour l'assureur de responsabilité des engagements à moyen et long terme qu'il ne peut, dans la situation actuelle, que difficilement maîtriser.

D'un point de vue sociologique, la société elle-même est en constante évolution. Elle est de plus en plus exigeante, accepte de moins en moins l'aléa. Elle devient risquophobe.

Les actions en responsabilité deviennent, de ce fait, plus nombreuses et posent la question essentielle de la solvabilité des acteurs économiques responsables. C'est le recours à l'assurance qui, en général, permettra de palier dans une certaine mesure, leur défaillance financière. L'efficacité des règles de responsabilité devient donc de plus en plus dépendante de la présence d'un assureur de responsabilité dans la relation responsable/victime.

Ces modifications socio-comportementales ont de multiples causes.

Les progrès de la science, et en général des technologies, permettent de mettre en évidence l'inexplicable d'hier et ainsi attribuer ce qu'on appelait autrefois « la faute à pas de chance » à une cause déterminée, voire à une personne nommément désignée.

Ces mêmes progrès offrent au consommateur une sécurité plus grande ; le moindre défaut est considéré comme une faute qu'il convient de sanctionner.

Le consommateur est de plus en plus averti, ce qui accroît par voie de conséquence son exigence. Il est de plus en plus « informé » par les ouvrages dits de vulgarisation et la presse écrite ou audiovisuelle relatant les événements ou expliquant les risques ou faits dommageables avec plus ou moins de partialité.

1.1.3 Un risque évolutif du point de vue juridique

En France, parallèlement ou du fait de l'évolution technologique, on assiste à une aggravation du risque de responsabilité dans son aspect juridique par l'élargissement de la notion de faute et l'installation progressive d'une responsabilité sans faute fondée sur le risque.

La notion de faute est élargie sous l'effet des deux facteurs technologique et social, précédemment évoqués et dans les domaines les plus sensibles, s'installe une responsabilité objective justifiée par le risque que fait encourir le producteur ou le prestataire aux consommateurs sans qu'il soit opposé à la théorie du risque une quelconque notion de bénéfice dans une analyse coût/bénéfice.

- L'introduction en droit français de la directive du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux par la loi du 19 mai 1998 est à présent achevée. L'obligation de sécurité que la jurisprudence mettait, par anticipation, à charge du producteur ou du fournisseur d'un produit est désormais encadrée par cette loi. Le nouveau texte laisse toutefois planer des incertitudes quant à l'interprétation de notions telles que "produits", "mise en circulation", "produits d'origine humaine"...

De même, le fait que les régimes de responsabilité préexistants subsistent aux côtés du nouveau régime ne permet pas la lisibilité du risque de responsabilité que l'on aurait pu souhaiter, notamment s'agissant de l'exonération pour risque de développement et de la durée de la responsabilité.

- L'évolution constatée précédemment n'épargne pas particulièrement les prestataires de services. Ces dernières années, on a pu observer une tendance des tribunaux à retenir à l'encontre des prestataires de services des manquements à des obligations de sécurité ou à des obligations particulières d'information (1). L'apparition de l'obligation de sécurité est particulièrement marquée dans les affaires comportant des dommages corporels (2), les tribunaux prenant en compte "l'attente légitime du consommateur".

Cette appréhension non plus de l'acte lui-même mais de l'attente du consommateur est directement importée d'Amérique du Nord. En effet, dans le domaine de la responsabilité médicale aux USA, l'acte médical importe peu dans l'établissement de la responsabilité. Il devient ipso facto malencontreux, donc fautif, si des conséquences considérées comme anormales sont révélées.

- Dans le domaine de la santé, la responsabilité médicale connaît actuellement une évolution sans précédent.

S'agissant des professionnels de santé, la responsabilité reste fondée, quant à l'acte médical proprement dit, sur la faute du praticien. Mais ils sont désormais tenus d'une obligation particulière d'information même pour les risques exceptionnels.

Quant aux établissements de santé publics ou privés, ils sont déjà soumis, dans certains cas, à un régime de responsabilité sans faute.

Mais, le Conseil d'Etat, dans son rapport public de 1998, met l'accent sur les effets pervers d'une évolution de la jurisprudence conduisant à la dissolution de la faute car une telle évolution pourrait entraîner une déresponsabilisation des professionnels de la santé dont les patients seraient les victimes finalement : *« la société échangerait alors une sécurité juridique contre une insécurité médicale »*.

Le rapport du Conseil d'Etat observe en outre qu'il est difficile de traiter une question de solidarité à l'égard des victimes de risques thérapeutiques par les voies de la responsabilité.

- Au niveau européen, les réflexions sur l'élaboration d'un régime de responsabilité civile pour atteintes à l'environnement ont débuté en 1993 avec le Livre Vert, document de réflexion de la communauté sur les responsabilités et la réparation des dommages causés à l'environnement.

La Commission Européenne étudie actuellement la mise en place d'une directive communautaire sur la responsabilité environnementale reposant

(1) *Le prestataire est tenu de prouver qu'il a satisfait à son obligation particulière d'information.*

(2) *C'est ainsi qu'un organisateur de séjours a été condamné sur ce fondement pour un accident survenu à un touriste à la suite d'une morsure d'une murène (Cass. Crim. 1er juillet 1997). Le prestataire n'aurait pu s'exonérer de sa responsabilité qu'en prouvant le caractère imprévisible et irrésistible de la présence de la murène sur les lieux.*

sur le principe d'une responsabilité sans faute de l'exploitant, y compris pour les dommages aux ressources naturelles (préjudice écologique).

En droit français, la loi du 2 février 1995 a pour objet le renforcement de la protection de l'environnement et donne, notamment, un droit d'action en justice étendu aux associations de protection de l'environnement.

Le contexte juridique de la responsabilité civile du fait des atteintes à l'environnement reste flou dans l'attente d'un régime de responsabilité adapté d'une part aux exigences des populations en matière d'environnement et d'autre part aux impératifs industriels. Certaines notions, comme le principe de précaution ⁽³⁾, qui a priori sont étrangères au domaine de la responsabilité, pourraient toutefois y apparaître en filigrane.

On peut ainsi craindre que l'application du principe de précaution n'aboutisse à contraindre l'exploitant à apporter la preuve de l'absence de risques compte tenu de l'état actuel de la science.

En Europe, on peut remarquer que si le sens de l'évolution est identique dans chaque pays de la communauté, les outils juridiques se superposent sans qu'il y ait de véritable harmonisation du droit européen de sorte que l'insécurité juridique s'en trouve aggravée.

L'ouverture du marché européen et au-delà même, l'internationalisation des échanges commerciaux renforcent les effets économiquement pervers de ces incertitudes juridiques.

Les directives communautaires instaurant un régime de responsabilité commun à tous les Etats membres prévoient souvent des options que le législateur national retient ou ne retient pas. Les Etats légifèrent en fonction de leur propre culture juridique.

Il s'agit, le plus fréquemment, d'une tentative d'harmonisation "a minima" aboutissant finalement à une non-harmonisation.

(3) *Principe selon lequel l'absence de certitude, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommage grave et irréversible à l'environnement à un coût économiquement acceptable.*

1.1.4 Conclusion

Le risque de responsabilité est soumis à des pressions multiformes et, malgré les tentatives d'harmonisation et de simplification, force est de constater une complexité croissante de son contexte juridique, complexité amplifiée par l'internationalisation des relations économiques et des situations juridiques qui en découlent.

1.2 Les conditions d'assurabilité du risque RC

1.2.1 Les conditions générales de l'assurabilité

La caractéristique de l'assurance est de ne porter que sur des événements aléatoires, c'est-à-dire dont la survenance n'est pas certaine. L'assureur n'accepte de souscrire de risque que dans la mesure où il est à même d'en résorber l'aléa au niveau de la mutualité : coût des risques survenus, réparti et compensé entre tous les autres.

Une société d'assurance mutualise les risques que les agents économiques assurés ont voulu transférer sur elle moyennant le paiement d'une cotisation. L'opération d'assurance se caractérise par la nécessaire estimation a priori (au moment de la perception des cotisations) du coût global ultérieur lorsque les événements aléatoires sur lesquels l'assureur s'est engagé se seront produits.

Pour effectuer cette estimation, l'assureur détermine à partir de statistiques des risques réalisés une fréquence moyenne et un coût moyen du segment des risques mutualisés, ce qui implique une expérience statistique du risque.

Il doit tenir compte des biais induits par deux phénomènes : l'anti sélection et le hasard moral.

- En cas d'anti sélection, la mutualité des assurés est essentiellement constituée par des risques lourds (sinistralité supérieure à la moyenne), les risques "normaux" n'ayant que peu d'intérêt à s'assurer parce que leur risque est faible ou bien ils estiment leur cotisation trop élevée du fait de la présence majoritaire de risques lourds. Le prix de l'assurance devient alors économiquement trop élevé. Le phénomène d'anti sélection se renforce si bien que seuls les risques lourds restent dans la mutualité, ce qui provoque mécaniquement une aggravation de la sinistralité.
- Le hasard moral est lié au fait qu'un agent économique, une fois assuré, peut modifier son comportement et ainsi influencer négativement sur la mutualité.

Le financement du risque par le jeu de la mutualisation est rendu difficile ou trop risqué dans les situations suivantes :

- risque insuffisamment aléatoire : le risque « d'entreprise » ⁽⁴⁾ en est un exemple. Il ne peut être pris en charge par l'assureur quand l'aléa dépend pour une trop large part de la volonté de l'assuré ;
- ampleur catastrophique du risque potentiel au regard de la faculté contributive des assurés à la mutualité ;

(4) *Le risque d'entreprise est le risque qui dépend des décisions économiques que prend l'assuré pour la gestion de son entreprise.*

- maîtrise insuffisante des risques liés aux nouvelles technologies faute d'expérience dans l'analyse du risque et d'outil statistique exploitable (exemple : nouvelles technologies).

L'histoire récente a cependant montré que les assureurs ont su prendre des risques difficilement assurables voire inassurables (RC nucléaire, catastrophes naturelles) quand les conditions de mutualisation du risque étaient restaurées (plafonds, large assise de la population assurée).

1.2.2 Application des conditions d'assurabilité au risque RC : la problématique du risque de développement

Les considérations qui précèdent ont une particulière importance en matière d'assurance de responsabilité civile car le risque est à développement long, c'est-à-dire qu'un temps important peut s'écouler entre la prise de risque et la survenance des événements aléatoires couverts ou, a fortiori, leur manifestation.

- **La nécessaire sécurité juridique**

Une caractéristique de l'assurance réside dans l'inversion du cycle de production : l'assureur vend un produit dont le prix de revient n'est connu qu'a posteriori puisqu'il dépend des sinistres à venir.

S'agissant du risque responsabilité civile, le cadre juridique existant lors de la souscription du risque doit être stable afin que l'équilibre des résultats de l'opération d'assurance ne soit pas compromis.

Cela suppose que les règles de responsabilité soient stables : si la loi, sauf disposition contraire, ne s'applique que pour l'avenir, la jurisprudence qui traite de situations dommageables déjà survenues a un caractère nécessairement rétroactif. On voit la difficulté d'estimation a priori d'un risque si des revirements jurisprudentiels remettent en cause un état de droit que l'on pouvait considérer comme acquis au moment de la conclusion du contrat. Cette question ne peut être dissociée de celle de l'application de la garantie dans le temps du contrat : des systèmes en base réclamation permettent d'adapter le contrat à d'éventuelles nouvelles règles de droit. Dans un système fait générateur, la situation contractuelle de l'assureur et de l'assuré reste figée à ce qu'elle était au moment où l'activité à l'origine du dommage a été exercée (cf. infra).

Il faut aussi que les clauses contractuelles d'assurance délimitant le champ du risque assuré (exclusions, plafond de garantie, application de la garantie dans le temps) ne soient pas remises en cause dès lors qu'elles ne contreviennent pas aux règles impératives du Code des Assurances.

L'opération d'assurance de responsabilité civile repose sur l'ensemble de la prévisibilité globale du risque. Par ailleurs, le risque garanti s'inscrit au travers des conditions du contrat d'assurance et son coût est calculé en fonction de ces conditions.

Il en résulte que lorsqu'un revirement de jurisprudence a pour effet de retenir des responsabilités qui, jusque là, n'avaient pas été retenues ou lorsqu'une clause contractuelle est invalidée, l'équilibre financier de l'opération technique d'assurance est compromis.

- **La prise de conscience que certains risques de responsabilité civile sont inassurables**

- Parce que la volonté de l'assuré joue un rôle primordial dans la réalisation d'événements dommageables à autrui, même si les conséquences de ces événements ne sont pas exactement déterminées dans leur nature et dans leur importance.

L'abstention délibérée devant un risque patent de prendre des mesures de nature à éviter un dommage inéluctable, supprime l'aléa, condition de mise en jeu du contrat d'assurance.

Ne sont assurables ni le risque d'entreprise qui dépend des décisions économiques que prend l'assuré pour la gestion de son entreprise, ni les dommages résultant du fonctionnement habituel de l'entreprise (nuisances, dommages causés par les rejets habituels dans l'environnement, même si l'autorisation administrative est respectée...).

- Parce que le risque constitue un risque de développement.

Par définition même, le risque de développement⁽⁵⁾ échappe à la prévisibilité quantitative et à l'analyse statistique. Il y a débat sur le point de décider si une responsabilité objective fondée sur la notion de risque créé doit s'étendre jusqu'au risque de développement ou s'il se situe au-delà des règles de responsabilité. Mais, on peut constater qu'en principe le risque de développement n'est pas du fait de ses caractéristiques même assurable, sauf à trouver des conditions de garantie adaptées à la problématique spécifique de ce risque au regard de l'opération d'assurance (cf. infra).

En tout état de cause, l'assurabilité se heurte à un plafond économique inhérent à toute opération d'assurance, notamment lorsqu'un petit nombre d'acteurs est exposé à d'énormes risques de responsabilité (parce

(5) *Le risque de développement se définit comme un risque indécélable au moment où l'activité génératrice de ce risque est exercée : mise en circulation d'un produit, rejet dans l'environnement. Pour être dans un cas de risque de développement, il faut que les études et expériences possibles en l'état de la connaissance scientifique du moment aient été accomplies et n'aient pas révélé le risque qui s'est manifesté ultérieurement, soit que le phénomène soit nouveau, soit que les progrès de la science apportent un nouveau regard sur les causes d'un phénomène jusque là non expliqué ou mal expliqué.*

que les victimes peuvent être très nombreuses et/ou les dommages exceptionnellement importants).

L'assurabilité pose donc tantôt un problème de principe, tantôt un problème de niveau.

1.2.3 Conclusion

Il apparaît bien qu'une réflexion globale sur l'assurance du risque de responsabilité et sur la responsabilité elle-même s'avère nécessaire.

L'affrontement entre une conception très extensive de la responsabilité entraînant mécaniquement l'assurance de responsabilité sur des terrains où l'opération d'assurance est techniquement difficile et une conception très défensive interdisant tout nouveau développement de la responsabilité, voire préconisant l'abandon des avancées déjà réalisées par des régimes de responsabilité civile objective, conduit à une impasse économique.

Les évolutions technologiques et les exigences de sécurité apportent de nouveaux défis auxquels les assureurs souhaitent répondre dès lors que les conditions fondamentales de la mutualisation des risques aléatoires ne sont pas remises en cause. Ils ont donc à imaginer d'autres formules de garanties ou des systèmes d'assurance permettant la restauration ou une meilleure assurabilité d'un certain nombre de risques. Certaines pistes sont d'ailleurs ébauchées dans la troisième partie de ce Livre Blanc sous la forme de propositions.

2ème partie

Le contrat d'assurance de responsabilité

Pour s'en tenir à l'essentiel, trois problèmes se posent principalement en matière d'application des contrats d'assurance de responsabilité :

- l'application des clauses d'exclusion ;
- l'application des plafonds de garantie ;
- l'application des clauses relatives à la garantie dans le temps.

2.1 L'application des clauses d'exclusion

Pour délimiter l'étendue du risque couvert par le contrat d'assurance, deux formules sont pratiquées :

- dans la formule "à périls dénommés", l'objet de la garantie est défini de façon précise par l'énoncé limitatif des risques couverts ;
- dans la formule « tout sauf », tous les risques sont garantis sauf ceux qui font l'objet d'une exclusion : l'assureur va donc établir la liste des risques qui ne peuvent pas entrer dans la mutualité de risques constituée soit parce qu'ils sont inassurables, soit parce qu'ils exigent d'autres conditions de garantie.

Cette formule « tout sauf » présente l'avantage pour l'assuré de bien préciser ce qui ne rentre pas dans la garantie : des situations nouvelles non visées par une exclusion seront couvertes dès lors qu'elles résultent de l'activité assurée et d'événements aléatoires.

Ce sont en fait les exclusions qui, a contrario, délimitent formellement l'objet de la garantie. L'assureur, en prévoyant l'exclusion de tout ou partie d'un risque à priori inassurable, rend l'ensemble des risques à couvrir mutualisable.

A noter que l'article L 113-1 du Code des Assurances énonce que l'assureur doit sa garantie sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police.

La loi, la jurisprudence subordonnent la validité des clauses d'exclusion à leur clarté et à leur précision.

Les assureurs ont fait de gros efforts dans ce domaine. Parmi les mesures qu'ils ont prises, le marché a élaboré des modèles de clauses recommandées pour certaines exclusions. Les clauses visées concernent notamment :

- les risques nucléaires ;
- le risque de développement ;
- les Organismes Génétiquement Modifiés ;
- les éléments du corps humain et les produits qui en sont issus ;
- la violation des lois et des règlements ;
- les dommages aux produits livrés ou coût de la prestation.

En matière de défectuosité du produit livré ou de la prestation exécutée, il faut rappeler que le contrat d'assurance de responsabilité civile couvre les dommages causés par la défectuosité et non le coût de remplacement du produit ou de la prestation.

L'harmonisation de la rédaction de ces clauses a pour but de permettre aux assureurs d'être mieux compris de leurs assurés. Il doit contribuer à l'indispensable sécurité juridique des contrats nécessaire à toute opération d'assurance.

2.2 L'application des plafonds de garantie

Le principe de la limitation contractuelle, fondement de l'assurance, est confirmé par la jurisprudence.

2.2.1 La nécessaire limitation des engagements par des plafonds de garantie

L'opération d'assurance a une enveloppe globale nécessairement limitée. La gestion des risques de responsabilité civile implique donc que l'assureur limite ses engagements de façon à ne pas compromettre sa solvabilité. En d'autres termes, la limitation des engagements individuels (par contrat) est une condition nécessaire de la sécurité financière des opérations d'assurance.

2.2.2 Le problème des modalités d'épuisement du plafond de garantie

Le Code des Assurances ne régit pas les modalités d'épuisement du plafond de garantie.

Le contrat d'assurance comporte parfois des clauses relatives à l'épuisement de la garantie :

- soit l'indemnité réclamée ou évaluée est bloquée par la réclamation et le plafond s'épuise au fur et à mesure des réclamations (cf. les articles L 124-1 et L 124-3 du Code des Assurances) ;
- soit l'indemnité est répartie au marc le franc (ce que semblent imposer les articles 2102-8 et 2097 du Code Civil relatifs aux créances privilégiées).

Au regard des principes liés à l'action directe, la sécurité juridique quant à l'imputation des règlements sur le plafond de garantie n'est pas absolue.

Ceci est particulièrement vrai pour les règlements amiables à effectuer dans le cas de sinistre catastrophique ou dans le cas de sinistre sériel si les

diverses victimes se manifestent dans un délai très long (plusieurs années parfois).

Dans le premier cas apparaissent des difficultés d'estimation des préjudices à l'ouverture des dossiers sinistres notamment dans l'hypothèse de dommages corporels alors que l'état de la victime n'est pas encore consolidé ; dans le deuxième cas, l'assureur doit attendre que l'ensemble des réclamations afférentes à un même sinistre aient été enregistrées et que la créance des victimes soit devenue certaine.

C'est donc des règles pratiques de modalités d'épuisement de la garantie que demandent les assureurs, règles qui satisfassent à la fois la bonne indemnisation des tiers lésés et une gestion des sinistres en toute sécurité économique.

2.3 L'application de la garantie dans le temps

Il convient de rappeler que le contrat d'assurance est passé entre un assureur et un preneur d'assurance dans le but de prémunir ce dernier, totalement ou partiellement, des effets économiques que peut engendrer l'apparition de dettes de responsabilité dans son patrimoine ou dans celui de son entreprise : les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile de l'assuré sont – aux conditions et limites du contrat d'assurance – transférées sur l'assureur.

Le contrat formé prend en compte les éléments économiques propres à l'assuré et ceux qui permettent cette assurance, c'est-à-dire son assurabilité. Il trouve ainsi son équilibre financier.

C'est pourquoi les contrats d'assurances comportent divers critères d'application de la garantie dans le temps permettant de choisir en fonction de la catégorie de risques le critère le plus approprié.

2.3.1 La situation sur le marché français

La Cour de Cassation ne reconnaît comme seul critère d'application de la garantie dans le temps que « le fait à l'origine du dommage » commis pendant la durée du contrat. La seule dérogation admise à ce principe jurisprudentiel est la clause d'origine réglementaire d'un contrat d'assurance obligatoire qui prévoit un autre critère.

Il doit être observé que le risque de responsabilité est un risque complexe qui exige une constante adaptation par des solutions innovantes mais qui ne peuvent être mises en œuvre dans l'état actuel de la jurisprudence. La maîtrise du risque a donc été rendue difficile.

Dans ces circonstances, le marché a dû s'organiser pour conserver l'utilisation d'autres critères car la généralisation, à tout contrat d'assurance RC 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 fallu rendre inopposable entre assureurs (membres de l'APSAD) cette jurisprudence par la convention du 18 décembre 1991. La convention, conclue pour deux ans, a été prorogée sine die en 1993.

Actuellement, la situation peut être 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 RC ;
- 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 5 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).

2.3.2 La situation sur les marchés européens

Dans la plupart des pays de la Communauté, la liberté contractuelle prévaut. En annexe figurent les pratiques des marchés de l'assurance étrangers quant aux critères de garantie dans le temps appliqués.

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 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 de la place de Paris.

Il convient, en outre, de rappeler qu'à maintes reprises l'AMRAE⁽⁶⁾ a réclamé la liberté contractuelle.

(6) *Association pour le Management des Risques des Assurances de l'Entreprise.*

3ème partie

Les propositions

Les différents constats dégagés précédemment conduisent les assureurs à s'interroger sur des solutions de nature à permettre de lever les ambiguïtés auxquels ils se heurtent quotidiennement, de clarifier certaines situations qui font, totalement ou partiellement, obstacle au jeu plein et entier des garanties d'assurance et, dans une certaine mesure, de favoriser la restauration de l'assurabilité de certains risques dont la mutualisation est devenue problématique.

Si les solutions d'ordre interne ont été privilégiées par des recommandations professionnelles ou des conventions passées entre assureurs, la voie législative ou réglementaire a été retenue dans la mesure où la voie interne ne pouvait suffire à la mise en œuvre des solutions préconisées.

Le but recherché est celui d'aboutir à un système d'assurance qui marche et donc à un système d'indemnisation économiquement contrôlable.

3.1 Les propositions relatives au contrat d'assurance de responsabilité

3.1.1 Les plafonds de garantie

L'introduction de limitations en montant de la garantie constitue un des éléments essentiels de l'assurabilité du risque de responsabilité. Cette règle, à laquelle il ne peut être dérogé sans mettre en péril la mutualisation, doit être observée rigoureusement lors du paiement des indemnités.

A partir du constat suivant :

- les contrats prévoient en général un plafond par sinistre et un plafond par année d'assurance quel que soit le nombre de sinistres affectés à cette année, le sinistre étant entendu comme l'ensemble des événements dommageables ayant une même cause technique ;
- les clauses d'épuisement de la garantie sont, en principe, retenues par les tribunaux mais risquent d'être contestées par les victimes ou les organismes sociaux subrogés qui considèreraient qu'elles ne leur sont pas opposables,

trois types d'actions sont proposés :

3.1.1.1 - Les actions propres au marché

L'homogénéisation des pratiques du marché apparaît indispensable. Celle-ci ne peut être atteinte que par l'utilisation par les assureurs d'une même clause d'épuisement de la garantie. Le cas des sinistres très importants doit toutefois être considéré séparément (voir ci-dessous 3.1.1.3).

Parmi les différentes clauses envisageables, celle qui prévoit l'épuisement du plafond de garantie au fur et à mesure des règlements effectués à l'assuré par les sommes réglées ou mises en réserve pour la réparation des dommages

paraît souvent la plus adaptée malgré sa complexité de sa mise en œuvre. Cette clause pourrait être rédigée ainsi :

"Les montants de garantie s'épuisent, dans l'ordre chronologique de présentation des réclamations des lésés à l'assuré - ou à l'assureur pour les réclamations qui lui sont adressées directement - par toute somme mise en réserve pour l'indemnisation des dommages et par tout règlement amiable ou judiciaire d'indemnités.

La réclamation portant sur une aggravation de dommages déjà indemnisés est inscrite dans l'ordre chronologique à la date à laquelle elle a été présentée à l'assuré ou à l'assureur".

Il faut rappeler ici que l'assureur constitue des provisions par sinistre en fonction de l'estimation qu'il peut faire des dommages donnant lieu à réclamations. En cours de gestion de dossier, il affine cette estimation au fur et à mesure des précisions obtenues sur la nature des dommages. L'épuisement par ordre des réclamations permet de suivre et de corriger au besoin la situation de chaque victime au regard du plafond de garantie.

Toute autre solution serait moins favorable aux victimes. Par exemple, le système d'indemnisation au "marc le franc", appliqué lorsque l'ensemble des victimes d'un sinistre ou d'une année d'assurance ne sont pas connues, aurait pour inconvénient d'attendre que l'ensemble des victimes ait adressé une réclamation et d'attendre que les dommages soient évalués de manière définitive.

Les sinistres sériels, ou plus généralement échelonnés dans le temps, font apparaître encore plus nettement l'impossibilité pratique d'attendre de connaître toutes les réclamations des victimes avant de procéder à l'indemnisation et l'intérêt de pouvoir appliquer et opposer, en toute sécurité, une clause indiquant comment le plafond se réduit puis s'épuise.

De plus, afin de permettre l'indemnisation par l'assureur du plus grand nombre de victimes, le règlement des sommes demandées au titre d'actions subrogatoires (assureurs, organismes sociaux...) ne devrait pas pouvoir être effectué tant que les dommages des victimes directes ou par ricochet n'ont pas été indemnisés.

3.1.1.2 - Consolidation de l'action du marché par la législation

Il apparaît particulièrement difficile de proposer telle ou telle modification de textes législatifs ou réglementaires sans déclencher d'emblée une suspicion de la part des consommateurs tant le sujet est particulièrement sensible. Le problème pourrait être approché par la recherche d'une disposition donnant priorité aux victimes sur les organismes sociaux subrogés.

Une vaste concertation avec les Pouvoirs Publics s'avère donc incontournable étant rappelé que l'assureur RC n'est tenu que dans les termes et conditions du contrat qu'il a souscrit avec son assuré et que toute solidarité entre eux ne peut être que conditionnelle.

3.1.1.3 - Proposition pour la gestion des sinistres très importants

Il est à noter que la consolidation envisagée au § 3.1.2 permettrait un règlement rapide des sinistres très important mettant en cause une pluralité d'assureurs.

Le projet de convention élaboré en mai 1995 ("*convention de gestion des sinistres corporels catastrophiques*") pourrait être repris et le cas échéant actualisé.

Cette convention pourrait poursuivre les objectifs suivants :

- déterminer très rapidement les possibilités d'intervention au profit des victimes,
- gérer en commun l'indemnisation de celles-ci dans la limite des garanties concernées,
- procéder, dans un deuxième temps, à la répartition définitive de la charge des indemnisations entre assureurs lorsque les responsabilités sont déterminées.

3.1.2 Les exclusions

L'appréciation de la limitation et de la clarté des exclusions des contrats d'assurance de responsabilité de forme "tout sauf" s'apprécie in concreto une fois le sinistre survenu et donc souvent trop tard. D'où une déconvenue possible pour la victime et l'assuré et une incertitude pour l'assureur pour qui cette clause d'exclusion invalidée constituait un élément essentiel de l'environnement contractuel fixant les conditions de sa garantie.

Depuis de nombreuses années, la Profession a tenté d'homogénéiser, à la lumière de la jurisprudence, la rédaction de certaines clauses d'exclusions (voir modèles en annexe).

Toutefois, ces clauses d'exclusions, même si elles sont reprises par l'ensemble des assureurs de responsabilité, n'en restent pas moins soumises à la censure des tribunaux. Une part d'incertitude demeure.

Les assureurs proposent, afin que chaque modèle puisse devenir un référentiel, qu'il puisse être soumis à l'avis d'une Commission composée d'assureurs et de magistrats.

Cette proposition ne vise bien entendu pas à prescrire les exclusions qui doivent figurer dans un contrat d'assurance de responsabilité (cela relève de la discussion au

moment de la souscription d'un contrat) mais à s'accorder sur la rédaction des clauses usuellement insérées dans les contrats d'assurance.

3.1.3 L'application de la garantie dans le temps

La Cour de Cassation n'est jamais revenue sur la jurisprudence du 19 décembre 1990 qui reconnaît comme seul critère d'application de la garantie dans le temps « le fait à l'origine du dommage » commis pendant la durée du contrat. La seule dérogation admise à ce principe jurisprudentiel est la clause réglementaire d'un contrat d'assurance obligatoire qui prévoit un autre critère.

La solution jurisprudentielle retenue n'est certes pas la meilleure. Elle restreint la lisibilité et la prévisibilité d'un risque par nature à développement long.

Les différentes tentatives des assureurs auprès des Pouvoirs Publics ou des magistrats n'ont pas permis d'obtenir un assouplissement des différentes positions.

Les assureurs estiment toutefois devoir à nouveau attirer l'attention des autorités sur les effets pervers de la situation actuelle.

Si les solutions conventionnelles peuvent certainement être encore améliorées pour éviter des trous de garanties, ces solutions sont difficilement adaptables aux grands risques.

C'est pourquoi les propositions suivantes distinguent les "grands risques" des "risques de masse" au sens du Code des Assurances.

3.1.3.1 - Les risques de masse

La convention de 1991, interdisant aux assureurs membres de l'APSAD de se prévaloir de la jurisprudence dégagée par les arrêts de décembre 1990, aura permis aux assureurs de gommer en partie les effets de la jurisprudence. Afin de compléter le dispositif, il convient de rechercher les solutions qui permettent de résoudre la quasi-totalité des "trous de garantie".

Ces solutions peuvent être trouvées à deux niveaux :

nouvelle convention entre assureurs comportant :

- la recommandation de critères d'application de la garantie en fonction de l'activité exercée ;
- 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 en montant spécifique pour cette période.

Le projet de convention, dans ses grandes lignes, pourrait prévoir :

1. la recommandation de critères d'application de la garantie dans le temps en fonction de la profession assurée,
2. l'insertion d'une garantie subséquente ne pouvant être mise en jeu qu'à titre subsidiaire, c'est-à-dire lorsque le sinistre n'est pas normalement couvert par des dispositions contractuelles d'un autre contrat ou pris en charge par un autre contrat selon les règles professionnelles édictées par cette convention,
3. la prise en charge du passé inconnu si le critère recommandé n'est pas le fait générateur.

Comme par le passé, l'assureur ne pourra se prévaloir de la jurisprudence initiée par la Cour de Cassation le 19 décembre 1990.

Afin d'éviter que les conflits entre assureurs ne soient soumis aux tribunaux, le recours à la procédure d'arbitrage s'avère indispensable.

La mise en place d'un système de couverture des "trous de garanties" en cas de cessation d'activité de l'assuré dans les conditions suivantes :

En complément de la convention proposée ci-dessus, il pourrait être envisagé un dispositif qui interviendrait en cas de réclamation adressée à l'assuré ou à l'assureur après la cessation d'activité lorsque les dommages déclarés auraient été garantis par le dernier assureur et que le montant de la garantie prévu pour la subséquente était suffisant ou que le délai de cette dernière est expiré. L'indemnisation à charge de ce dispositif ne pourrait excéder celle qui aurait été due dans le cadre de la garantie principale du contrat expiré.

Ce dispositif pourrait prendre la forme d'un pool de coassurance "blanc" intervenant en cas de sinistres. Les règlements seraient alors répartis entre les sociétés membres au prorata de leur encaissement RC autres que particuliers de l'exercice antérieur.

3.1.3.2 - Pour les grands risques⁽⁷⁾

Il convient de souligner :

- **que les risk-managers sont des professionnels du risque.** Ils achètent, auprès de l'assureur, une capacité financière annuelle destinée à couvrir financièrement les réclamations que leur entreprise est susceptible de recevoir dans l'année. Par ailleurs, ils souscrivent leurs

(7) Définis par l'article R 111-1 :

Le souscripteur doit remplir au moins deux des conditions suivantes :

- total du dernier bilan > 6,2 millions d'unités de compte de la Communauté Européenne ;
- dernier chiffre d'affaires > 12,8 millions d'unités de compte de la Communauté Européenne ;
- effectif moyen du dernier mois > 250 personnes.

contrats d'assurances en toute connaissance de cause. Les contrats d'assurance sont négociés entre assureurs et assurés. Il ne s'agit plus, comme dans le cas des risques de masse, de "*contrats d'adhésion*" sur lesquels les tribunaux exercent un contrôle pour rétablir, le cas échéant, l'équilibre économique du contrat ;

- **que le risque d'insolvabilité des entreprises assurées satisfaisant aux critères définis à l'article R 111-1 du Code des Assurances pour être considérées comme grands risques est peu important, l'indemnisation des victimes ne posant pas de problèmes particuliers qui justifient l'instauration de mesures spécifiques.**

La liberté contractuelle doit donc être restaurée pour ces risques, ce d'autant plus que la loi française (article L 181-1, 5ème alinéa du Code des Assurances) leur donne la possibilité de choisir librement la loi applicable au contrat.

Le choix de la distinction risques de masse/grands risques, telle que prévue à l'article L 111-6 du Code des Assurances, vise à assurer une détermination objective de la population d'assurés qui devraient pouvoir librement négocier les clauses de leur contrat d'assurance RC.

3.1.3.3 - Consolidation par la législation

Afin de consolider cette position, un article additionnel pourrait être inséré dans le Code des Assurances (chapitre IV : Assurances de Responsabilité) :

Article L 124-5 : Application de la garantie dans le temps

"Les contrats d'assurances de responsabilité souscrits par les preneurs d'assurance satisfaisant aux conditions de définition des grands risques conformément à l'article L 111-6 du présent Code peuvent comporter une clause d'application de la garantie dans le temps librement déterminée par les parties".

3.1.4 L'utilisation d'une langue étrangère

La loi française n'autorise pas l'assureur souscrivant un risque sur le territoire national à rédiger le contrat dans une autre langue que la langue française lorsque l'assuré est de nationalité française, cela même quand le droit applicable au contrat d'assurance n'est pas le droit français.

Or, les contrats d'assurance qui couvrent des risques situés dans des pays différents sont de plus en plus souvent rédigés en langue anglaise, langue généralement comprise par l'ensemble des acteurs.

Dans un contexte largement internationalisé des relations assureurs / assurés, le choix de la langue de rédaction doit être, pour les grands risques, librement

déterminé par les parties. La crainte légitime que l'assuré « grand risque » ne comprenne pas la langue choisie est sans fondement dès lors que ce dernier aura donné son accord.

Le code des assurances pourrait prévoir l'obligation d'insérer dans ce type de contrats, une mention particulière selon laquelle l'assuré a donné expressément son consentement pour l'utilisation d'une autre langue que la langue française.

3.1.5 L'assurance du risque de développement

Depuis les premières discussions qui se sont engagées en 1992 lors de la première tentative d'introduction de la directive du 25 juillet 1985, le risque de développement a été considéré par notre Profession comme étant globalement inassurable.

Il a également été dit que le problème du risque de développement ne se posait pas puisque, par le passé, il n'était pas exclu.

Or, l'essentiel du risque de développement est inscrit dans l'avenir. En effet, les techniques nouvelles permettent de déceler ce qui était avant elles indécélable, de connaître ce qui était avant elles inconnu. Par ailleurs, l'allongement de la durée de la vie humaine fait apparaître des effets jusqu'alors totalement ignorés.

Certes, le nouveau régime de responsabilité objective issu de la loi du 19 mai 1998 intégrant la directive précitée en droit français permet au producteur d'invoquer le risque de développement comme cause d'exonération.

Toutefois, cette loi ne supprime ni le régime de responsabilité fondé sur la garde de la structure (article 1384 du Code Civil), ni la garantie des vices cachés prévue aux articles 1642 et suivants du même Code, ces derniers régimes ne connaissant pas ce cas d'exonération pour les professionnels.

Or, par sa nature même, le risque de développement ne remplit par les conditions normales d'assurabilité des risques de responsabilité civile (cf. chapitre 1.2.2. ci-dessus).

La recommandation d'une clause générale d'exclusion pour risque de développement, faite par la circulaire APSAD RC n° 18/96, doit donc être maintenue.

Est-ce à dire qu'il est absolument impossible de délivrer de garantie d'assurance couvrant la responsabilité civile en cas de risque de développement ?

Non, si l'engagement global de l'assureur peut être maîtrisé.

Le risque de développement peut donc être couvert dans un cadre d'assurance bien délimité et cette délimitation ne peut résulter que des limitations de garantie dans le temps et en montant. La sécurité juridique des clauses du contrat d'assurance est, à cet égard, fondamental.

Mais, l'assureur doit aussi veiller aux cumuls d'engagement : lorsqu'il n'y a pas de lisibilité technique, la dispersion du risque de responsabilité civile en multiples

acteurs compromet la possibilité d'assurance. Il faut donc instaurer une canalisation de la responsabilité. L'exemple du risque atomique montre que l'assureur peut donner des réponses positives lorsque ses engagements sont bien définis et limités.

3.2 Le développement de l'assurance directe

L'amélioration de l'indemnisation des victimes peut également être obtenue par des solutions d'assurance nouvelles et notamment les techniques d'assurance directe (first party). Celles-ci peuvent favoriser l'indemnisation des victimes lorsque les risques de responsabilité deviennent difficilement assurables.

Dans ce système, les garanties délivrées prévoient une couverture du risque qu'il y ait faute ou non. Les assureurs concernés exercent ensuite leurs recours *en cas de faute* contre les assureurs du (ou des) responsable(s).

L'assurabilité est restaurée par une mutualisation en amont du risque de responsabilité et le risque d'insolvabilité (notamment en cas de non-assurance) du (ou des) responsable(s) est en partie transféré vers l'assureur direct.

L'introduction généralisée d'un système d'assurance directe permet de plus une responsabilisation et une sensibilisation des consommateurs au risque accidentel qu'ils peuvent subir personnellement ou atteindre leurs proches. C'est alors à l'assuré de définir, avec l'aide des professionnels de l'assurance, ses besoins en couverture.

La première application ⁽⁸⁾ de cette solution a été mise en œuvre avec le lancement de la « *Garantie Accidents de la Vie* ». Les assurés « victimes » ne sont plus soumis aux longues discussions sur la responsabilité. Ils sont indemnisés directement par leur assureur. Le poids de l'aléa judiciaire pèse sur l'assureur direct.

Cette garantie permet d'offrir en cas d'accident, l'indemnisation et les services correspondant aux préjudices, pour les membres d'une famille (ou leurs ayants droit) victimes d'un dommage corporel résultant d'un accident domestique, d'un accident médical, de coups et blessures (attentats et infractions), d'une catastrophe (naturelle ou industrielle).

Plusieurs enquêtes réalisées par la Fédération Française des Sociétés d'Assurances en 2000 (CREP, IPSOS) montrent que les français connaissent mal ces risques (dans leur nature et surtout dans leurs conséquences et les besoins engendrés) et pensent être déjà couverts. Il y a plus de 8 millions d'accidents de la vie chaque année dont 100.000 graves, donnant lieu à une IPP ⁽⁹⁾, soit deux fois plus que les accidents de la circulation.

La GAV indemnise en droit commun conformément à une procédure de type BADINTER et offre des services d'assistance. Les adhérents de la Fédération Française des Sociétés d'Assurances ont signé une charte d'engagement ⁽¹⁰⁾, les

⁸ Autre que la garantie RC Automobile qui fait application de la loi Badinter du 25 juillet 1985

⁹ IPP : Incapacité Permanente Partielle.

¹⁰ « Garantie des Accidents de la Vie/GAV » est une marque déposée à l'INPI, avec un cahier des charges auquel est annexé le contrat socle GAV. Des sanctions sont prévues pour les assureurs qui labelliseraient un contrat GAV sans se conformer à l'engagement.

obligeant à respecter un cadre type minimal, correspondant aux besoins de base des familles françaises. Les assureurs se sont engagés dans une campagne collective de la GAV, de manière à optimiser et accélérer sa pénétration. Si les objectifs des assureurs sont atteints dans un délai raisonnable ⁽¹¹⁾, une large part de la population serait ainsi protégée ⁽¹²⁾.

La GAV est proposée non seulement en garantie individuelle mais aussi en collective. Les partenaires sociaux devraient être incités à favoriser cette deuxième voie qui permet d'accroître le taux de pénétration et la mutualisation. Il n'en reste pas moins que la GAV correspond à un choix du chef de famille, et notamment à un arbitrage financier entre plusieurs type de besoins de la famille. Mais le coût moyen de la GAV est inférieur à des coûts d'abonnements de services et loisirs qui ne sont pas essentiels à la famille et qui sont cependant largement répandus dans toutes les couches de la population, y compris dans les familles à faible revenu.

La GAV, assurance directe, permet d'indemniser rapidement et équitablement les victimes de dommages corporels, qu'il y ait ou pas de responsable. Dans le second cas, l'assuré est subrogé dans les droits de la victime pour recourir contre les fautifs et les assureurs. Les assureurs signataires de la charte d'engagement ⁽¹³⁾ ont mis au point une convention de recours conçue comme un compromis optimal entre deux objectifs :

- exercer les recours, afin de responsabiliser les fautifs ;
- minimiser le contentieux et les coûts engendrés.

Cet équilibre ne consiste pas à se baser sur l'état actuel de la jurisprudence, dont on connaît une partie des raisons qui l'ont conduite à l'état actuel. La convention repose sur des motivations de recours équitable, et par exemple pour les médecins sur la faute prouvée. Il ne s'agit donc pas d'éliminer les responsabilités, mais de les canaliser, ce qui permet aux preneurs de risques et à leurs assureurs de mieux cerner, et donc de mieux les prévenir et les couvrir.

L'assurance directe a également vocation à s'appliquer chaque fois qu'un lésé est susceptible d'être confronté à de multiples acteurs intervenant dans une chaîne contractuelle. Le cas de l'assurance des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) en est un exemple. L'utilisateur final d'Internet ne connaît pas nécessairement l'acteur professionnel responsable de son dommage tant le nombre d'intervenants peut être important.

Il faut souligner que l'assurance directe évite aux victimes le risque de ne pouvoir être effectivement indemnisées lorsque le plafond de garantie de l'assureur du responsable est dépassé et que le responsable lui-même est insolvable ; c'est l'assureur direct qui subit alors les conséquences de cette insolvabilité et non plus la victime.

¹¹ La garantie multirisque habitation (MRH), lancée il y a 20 ans, couvre ainsi aujourd'hui 95 % des familles françaises.

¹² Un bilan pourrait être établi dans 3 à 4 ans, à l'issue de la première phase expérimentale et des solutions pourraient être imaginées pour les familles qui auraient des difficultés spécifiques d'accès à la garantie.

¹³ La labellisation GAV est ouverte à tous, y compris aux non adhérents à la Fédération Française des Sociétés d'Assurances, sur la base d'un contrat de licence qui reprend les mêmes engagements que ceux de la charte et du cahier des charges au dépôt de l'INPI : le respect du contrat socle et de la convention de recours.

3.3 Propositions relatives aux mécanismes financiers

L'assurance responsabilité civile couvre des risques de grande intensité se caractérisant par des sinistres peu fréquents mais très importants.

Pour que l'assurance de RC puisse prendre en charge avec des montants de garantie conséquents de tels sinistres, il est nécessaire que l'assureur puisse mettre en provision, lorsque les résultats techniques d'un exercice le lui permettent, des sommes qui seront disponibles pour prendre en charge le moment venu des sinistres rares mais d'ampleur catastrophique.

La stabilité financière de l'assurance RC, compte tenu en outre du développement long de la branche, doit donc impérativement être renforcée par l'admission par les Pouvoirs Publics de provisions d'égalisation, lesquelles sont autorisées pour l'assurance des atteintes à l'environnement et celle des catastrophes naturelles.

Conclusion :

Les propositions que les assureurs de responsabilité présentent dans le Livre Blanc constituent une plate-forme minimale de mesures dont la mise en œuvre leur est apparue indispensable au bon fonctionnement de l'opération d'assurance particulière qu'est la couverture du risque de responsabilité.

Les réflexions n'ont pas porté sur les régimes de responsabilité, étant entendu que la sécurité juridique en la matière facilite l'opération d'assurance de responsabilité. A cet égard, l'unification des règles de prescription de droit commun devrait être envisagée notamment la réduction de trente à dix ans de la responsabilité contractuelle.

Les assureurs engagent, par ce Livre Blanc de l'Assurance de Responsabilité Civile, un vaste dialogue auquel ils invitent les Pouvoirs Publics, les magistrats et tous ceux qui y sont intéressés.

C'est dans la permanence de ce dialogue que les solutions pourront être introduites, solutions adaptées aux profondes mutations de notre société dans la perspective du prochain millénaire.

De nouveaux risques naissent, de nouveaux besoins d'assurance apparaissent. Dans ce contexte, les assureurs entendent pleinement assumer leur rôle dans la mesure où la règle fondamentale de l'assurabilité du risque, sa mutualisation, ne sera pas mise en péril.

Quelques chiffres

Caractéristiques du marché:

Le marché de la responsabilité civile se caractérise par sa très grande concentration. Compte tenu des regroupements d'entreprises survenues en 1998, les dix premières sociétés d'assurances opérant sur le marché français représentent près de 80 % de l'encaissement de la branche.

Encaissement de la branche Responsabilité Civile générale¹⁴ :

	Mds F	Mds euros
1993 :	9.2	1.40
1994 :	9.7	1.48
1995 :	9.8	1.49
1996 :	10.6	1.62
1997 :	10.8	1.65
1998 :	11.2	1.71
1999 :	11.3	1.72

¹⁴ L'assurance de responsabilité civile générale comprend les risques de responsabilité autres que ceux qui sont liés à l'utilisation de véhicules terrestres, aériens, maritimes ou fluviaux, la responsabilité décennale des constructeurs et les garanties comprises dans les contrats multirisques. Son chiffre d'affaires reste presque stable en 1999, s'établissant à 11,3 milliards de francs (+ 1% par rapport à 1998). Les risques de responsabilité civile des professionnels représentent à eux seuls 93% de ce montant.

Annexe 1 : Modèles de clauses d'exclusion

1. Organismes Génétiquement Modifiés

"Sont exclus les dommages résultant de l'utilisation ou de la dissémination d'organismes génétiquement modifiés, visés par la loi n° 92-654 du 13 juillet 1992 et les textes qui pourraient lui être substitués ainsi que ceux pris pour son application".

Par Organismes Génétiquement Modifiés (OGM), on entend les organismes dont le matériel génétique a été modifié autrement que par recombinaison ou multiplication naturelle.

Les activités liées à l'utilisation ou la dissémination d'OGM présentent des risques spécifiques qu'il est difficile d'appréhender et quantifier, ce qui justifie la clause d'exclusion.

2. Produits d'origine humaine

"Est exclue la responsabilité découlant de la fourniture de produits d'origine humaine ou de produits de biosynthèse dérivant directement de produits d'origine humaine destinés à des opérations thérapeutiques ou diagnostiques sur l'être humain.

Cette exclusion ne s'applique pas aux polices de responsabilité civile couvrant les établissements de soins ou les professions médicales et paramédicales".

L'exclusion vise les produits d'origine humaine destinés à des opérations thérapeutiques ou diagnostiques sur l'être humain. Par dérogation, l'exclusion ne s'applique pas aux polices couvrant la responsabilité civile des établissements de soins (les centres de transfusion sanguine ne sont pas visés dans la notion d'établissement de soins) et aux polices couvrant la responsabilité civile des professions médicales et paramédicales (la liste des professions paramédicales figure à l'annexe IV du Code de la Santé Publique).

3. Violation des lois et règlements

"Sont exclues les conséquences pécuniaires de la violation délibérée des règles particulières de sécurité et de prudence imposées par une loi ou un règlement quand celle-ci :

- constitue une faute d'une gravité exceptionnelle 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

- et était connue ou ne pouvait être ignorée par les représentants légaux de l'entreprise".

Il convient d'observer que la clause d'exclusion relative à la violation des lois et règlements s'inspire des éléments constitutifs de la faute inexcusable fixés par une jurisprudence constante depuis 1941.

4. Les dommages nucléaires

"Sont exclus les dommages ou l'aggravation des dommages causés par :

- ♦ *des armes ou engins destinés à exploser par modification de structure du noyau de l'atome,*
- ♦ *tout combustible nucléaire, produit ou déchet radioactif, ou par toute autre source de rayonnements ionisants si les dommages ou l'aggravation des dommages,*
 - *frappent directement une installation nucléaire,*
 - *ou engagent la responsabilité exclusive d'un exploitant d'installation nucléaire,*
 - *ou trouvent leur origine dans la fourniture de biens ou de services concernant une installation nucléaire.*
- ♦ *Toute source de rayonnements ionisants (en particulier tout radio-isotope) destinée à être utilisée hors d'une installation nucléaire à des fins industrielles, commerciales, agricoles, scientifiques ou médicales.*

Toutefois, cette dernière disposition ne s'applique pas aux dommages ou aggravations de dommages causés par des sources de rayonnements ionisants

- *nécessitant une autorisation de détention (sources classées C.I.R.E.A. S1, S2, L1, L2) pour le secteur industriel,*
- *ou ayant l'agrément A à H du Ministère de la Santé pour le secteur médical*

et utilisées ou destinées à être utilisées en France hors d'une installation nucléaire."

La clause "dommages nucléaires" s'adapte sur la clause d'exclusion des traités de réassurance RC générale. Cette dernière a été modifiée d'une part du fait de la nouvelle version de la clause LMNA75 désormais applicable, et d'autre part sur demande des assureurs afin de permettre la couverture des dommages non nucléaires dans les contrats de la RC des fournisseurs spécialisés d'installations nucléaires jusqu'alors exclus.

5. Risque de développement

"Sont exclus les dommages dont l'éventualité ne pouvait être décelée en l'état des connaissances scientifiques et techniques en vigueur au moment où les faits à l'origine du dommage ont été commis."

Le nouveau régime de responsabilité instauré par la loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité des producteurs du fait des produits défectueux permet l'exonération de la responsabilité du producteur en cas de risque de développement sauf pour les éléments du corps humain ou pour les produits qui en sont issus.

Toutefois, il convient de souligner que le maintien par la loi des régimes de responsabilité antérieurs laisse subsister une grande incertitude sur la réalité de la possibilité pour le producteur de s'exonérer.

Annexe 2 : Critères d'application de la garantie dans le temps dans les pays européens

(source CEA ; juillet 1998)

8. VALIDITE DANS LE TEMPS	A	D	B	DK	E	SF	F	I	N	NL	P	UK	S	CH	CS
8.1. Fait générateur	NON	OUI/R	NON	OUI	OUI	OUI/T	NON	NON	NON	OUI/T	NON	OUI/F	NON	OUI/T	OUI/R
8.2. Survenance du dommage	OUI	OUI/F	OUI/F	NON	OUI	OUI/F	NON	OUI/T	NON	OUI/T	OUI/F	OUI/F	OUI/T	OUI/R	OUI/F
8.3. Réclamation du dommage	NON	OUI/R	OUI/R	OUI/T	OUI	OUI/R	OUI	NON	OUI/R	OUI/T	OUI/F	OUI/R	OUI/R	OUI/R	OUI/F
8.4. Autres									OUI/F						

(R) : Rarement ; (F) : Fréquent ; (T) : Toujours.

A : Autriche; D : Allemagne; B : Belgique; DK : Danemark; E : Espagne; SF : Finlande; F : France; I : Italie; N : Norvège; NL : Pays-Bas; P : Portugal; UK : Royaume-Uni; S : Suède; CH : Suisse; CS : République tchèque