

Université Jean Moulin Lyon 3

École doctorale : Droit

# **Le secret en droit des assurances**

Par Camila HABOUBI

Thèse de doctorat en Droit privé

Sous la direction de Luc MAYAUX

Présentée et soutenue publiquement le 13 novembre 2009

Membres du jury :

Sabine ABRAVANEL-JOLLY, Maître de conférences HDR, Université Lyon 3

Luc MAYAUX, Professeur des universités, Université Lyon 3

Anne PELISSIER, Professeur des universités, Université Montpellier 1

Katia SONTAG, Maître de conférences HDR, Université de Nice

# Liste des principales abréviations

- A** Arrêté
- AJ** Actualité jurisprudentielle (Recueil Dalloz)
- AJ pén.** Actualité juridique – Droit pénal
- al.** Alinéa
- anc.** Ancien(s)-ancienne(s)
- anc. C. pén.** Ancien Code pénal
- Art.** Article(s)
- Art. L.** Article partie législative
- Art. R.** Article partie réglementaire
- Bull. civ.** Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
- Bull. crim.** Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
- CAA** Cour administrative d'appel
- C. assur.** Code des assurances
- C. civ.** Code civil
- C. com.** Code de commerce
- C. consom.** Code de la consommation
- C. déont. méd.** Code de déontologie médicale
- C.E.** Arrêt du Conseil d'État (sous-sections)
- C.E. Ass.** Arrêt du Conseil d'État (assemblée du contentieux)
- CEDH** Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
- C.E. Sect.** Arrêt du Conseil d'État (section du contentieux)
- Ch. mixte** Arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
- Ch. réun.** Arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation
- Chron.** Chronique
- Circ.** Circulaire
- Civ.** Arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation
- CJCE** Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes
- C. mon. et fin.** Code monétaire et financier
- COB** Commission des opérations de bourse (devenue Autorité des marchés financiers)
- coll.** Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation
- Com. EDH** Avis de la Commission européenne des droits de l'homme

**comm.** Commentaire

**concl.** Conclusions

**Cons. conc.** Décision du Conseil de la concurrence

**Cons. const.** Décision du Conseil constitutionnel

**Contrats-Concur-Cons.** Revue Contrats-Concurrence-Consommation

**Conv. EDH** Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales

**C. pén.** Code pénal

**C. pr. pén.** Code de procédure pénale

**Crim.** Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation

**C. route** Code de la route

**C. santé publ.** Code de la santé publique

**C. sécu. soc.** Code de la sécurité sociale

**C. trav.** Code du travail

**D.** Recueil Dalloz

**Defrénois** Répertoire général du notariat Defrénois

**DDHC** Déclaration des droits de l’homme et du citoyen

**Doc. fr.** Documentation française

**Dr. et patr.** Droit et patrimoine

**Dr. fisc.** Revue Droit fiscal

**Dr. pén.** Revue Droit pénal

**Dr. soc.** Revue Droit social

**éd.** Éditions

**fasc.** Fascicule (Juris-Classeur)

**Gaz. Pal.** Gazette du palais

**ibid .** Au même endroit

**infra** Plus loin

**IR** Informations rapides – Recueil Dalloz

**J-Class. pén.** Juris-Classeur pénal (code)

**J-Class. pr. pén.** Juris-Classeur Procédure pénale

**J-Class. Resp. civ. et ass.** Juris-Classeur Responsabilité civile et assurances

**JCN** Juris-Classeur Numérique

**JCP** La Semaine Juridique – Edition Générale

**JCP éd. A** La Semaine Juridique – Edition Administration

**JCP éd. E** La Semaine Juridique – Edition Entreprise

**JCP éd. N** La Semaine Juridique – Edition Notariale

**JO** Journal officiel de la République française

**JOAN** Journal officiel – Assemblée nationale

**JOCE** Journal officiel des Communautés européennes

**JO déb.** Journal officiel (débat parlementaires)

**Jurisp.** Jurisprudence – Recueil Dalloz

**L.** Loi

**Lég.** Législation – Recueil Dalloz

**L.G.D.J.** Librairie générale de droit et de jurisprudence

**L.P.F.** Livre des procédures fiscales

**n°** numéro

**N.C.P.C.** Nouveau Code de procédure civile

**N, num.** Numérique

**obs.** Observations

**op. cit.** Déjà cité(e)

**ord.** Ordonnance

**ord. réf.** Ordonnance de référé

**p.** Page

**Petites affiches** Les petites affiches

**P.U.A.M.** Presses universitaires d’Aix-Marseille

**P.U.F.** Presses universitaires de France

**rapp.** Rapport

**RCA** Revue Responsabilité civile et assurances

**RD bancaire et fin.** Revue de droit bancaire et financier

**Rec. CJCE** Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes

**Recomm.** Recommandation du Conseil des ministres du Conseil de l’Europe

**Rép. civ.** Répertoire Dalloz - (Encyclopédie) - Droit civil

**Rép. pén.** Répertoire Dalloz - (Encyclopédie) - Droit pénal et de procédure pénale

**Rép. trav.** Répertoire Dalloz - (Encyclopédie) - Droit du travail

**Req.** Arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation

**Rev. jurisp. dr. aff.** Revue de jurisprudence de droit des affaires

**Rev. Lamy assur.** Revue Lamy du droit des assurances

**Rev. sc. crim.** Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

**RGAT** Revue générale des assurances terrestres

**RGDA** Revue générale de droit des assurances

**RJDA** Revue de jurisprudence de droit des affaires

**RTD civ.** Revue trimestrielle de droit civil

**RTD com.** Revue trimestrielle de droit commercial

**S.** Recueil Sirey

**s.** Suivant(e)

**Soc.** Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation

**Somm.** Sommaires commentés de jurisprudence (Dalloz)

**sous la dir.** Sous la direction de

**ss.** Suivants(es)

**supra** Plus haut

**TA** Tribunal administratif

**TGI** Tribunal de grande instance

**V.** Voir

**v<sup>o</sup> – v<sup>is</sup>** Mot – Mots

**Vol.** Volume

# [Introduction]

« Si nos pensées et nos arrières pensées nous étaient réciproquement accessibles, nos formes relationnelles s'écrouleraient : adieu mensonge, non dit, intimité et connivence, mais aussi indiscretion, confiance, méfiance et authenticité.  
L'ombre du secret abrite la moitié du monde »<sup>1</sup>

1. Si le droit tel Saint Thomas a besoin de voir pour croire, comment croire l'homme quand il peut dire l'inverse de ce qu'il pense et jeter le voile sur la réalité : ce sera son secret. C'est avec appréhension que l'on envisage le secret, qui par essence ne peut être observé, compris ou dévoilé sans s'immiscer dans la vie d'autrui. Le secret n'a aucune existence propre, il a besoin d'un référent, d'un appui qui, pour le faire exister aura besoin de le dissimuler ou de le révéler. En cela le secret est propre à chacun, et chacun réagit différemment en fonction de son vécu et de ses attentes, c'est ce qui rend polymorphe le secret, tant il change de forme, de fonction et d'objet. Il se fait lourd quand il est subi, léger quand il est voulu, dangereux quand il nous échappe, dramatique ou salvateur quand il est dévoilé.

2. Interroger le secret en droit des assurances nous permet d'appréhender l'étendue de la complexité des relations nouées entre un assureur et son cocontractant, mais aussi d'envisager le droit commun des contrats sous un angle faisant clairement apparaître, que si le droit peut tout prévoir, il ne peut pas tout savoir.

L'appréhension du secret passe par sa compréhension, il est nécessaire de savoir ce que peut signifier un secret dans une sphère intime, ou ce qu'il représente au sein d'un groupe de personnes, car certaines professions sont même assujetties à une véritable culture du secret. Ce sont ces différents aspects du secret qu'il est nécessaire de maîtriser pour comprendre comment s'articulent les droits et obligations de chacun des acteurs impliqués dans une relation d'assurance lorsqu'ils se trouvent confrontés au secret à leur insu.

3. « **Personne ne garde un secret comme un enfant** »<sup>2</sup>. Le secret est de nos jours une notion omniprésente dans le langage courant, et dont l'utilisation constante rend le mot presque galvaudé tant nous sommes envahis par la culture médiatique du secret. Mais si nous sommes entourés par le secret, nous perdons souvent de vue les enjeux qu'il renferme. Le secret ne peut

---

<sup>1</sup>A. Petitat « *secret et formes sociales* » Paris PUF 1998.

<sup>2</sup>Victor Hugo, « *les misérables* »

être compris s'il est perçu sous l'angle trop réducteur de la révélation. Pour le décrire nous devrions pouvoir l'articuler autour de l'axe voilé-dévoilé, mais cela resterait toujours insuffisant à appréhender cette notion riche de sens et de sous-entendus en ce qu'il articule le perceptible et la pensée immatérielle.

4. Son origine même est mystérieuse, d'un point de vue étymologique plusieurs racines lui sont attribuées, le latiniste<sup>3</sup> ne manque pas de rappeler que c'est à partir de « *cerno* » que va se construire la thématique de la séparation inhérente au secret<sup>4</sup>, le préfixe « se » ne faisant qu'accentuer cette dichotomie. Cette racine implique une notion de séparation au sens de tri et d'évaluation, nécessitant l'action intellectuelle de juger et trancher. Le secret procède d'un choix entre ce qui doit être révélé ou non. C'est un acte de séparation maîtrisé de nos connaissances, et volontairement extériorisé.

Tandis que l'orientaliste reste attaché à la racine du mot indo-européen « *Krei* »<sup>5</sup> Dans sa signification actuelle, l'expression « passer au crible » implique cette notion de choix mûrement réfléchi, pour ne garder que l'essentiel, tout en laissant échapper ce qui à nos yeux représente un intérêt de moindre importance.

Dès lors, même si plusieurs étymologies sont envisageables, le sens premier de séparation et de sélection volontairement choisie, se retrouve dans le mot « secret » en ce qu'il induit une distinction entre ce qui est connu et ce qui ne l'est pas. Le secret est alors « le tamis de la psyché »<sup>6</sup> en ce qu'il porte sur une connaissance que possède un individu libre de le conserver ou de le communiquer.

5. Bien plus qu'une notion, le secret est un concept dont l'exégèse<sup>7</sup> nécessite de faire appel à des images, des formulations toutes faites, et des paraphrases bien ancrées dans le langage commun pour en comprendre le sens. Force est de constater qu'il suffit de rechercher dans un dictionnaire la définition du mot secret pour s'apercevoir que seule une simple phrase, somme toute très vague, le caractérise avant de reporter le lecteur à la très longue liste des synonymes qui s'y rattache, libre à lui de retrouver le sens le plus adapté à sa recherche. Rien n'est simple

---

<sup>3</sup> Le mot « secret » vient de « *secretum* » pour le substantif, de « *secretus* » pour l'adjectif, et de « *secerno* » pour le verbe qui signifie séparer, mettre à l'écart.

<sup>4</sup> Qui est à l'origine du mot « discernement », une qualité de l'esprit qui perçoit les différences permettant de distinguer par exemple le vrai du faux, et le bien du mal...

<sup>5</sup> Dont le sens de séparer se retrouve dans la famille du mot « crible » qui est à l'origine un tamis permettant de séparer le son du blé. V. J-P. Royer, *lever de rideau : le secret, quel secret ?*, introduction au colloque international « *secret et justice, le secret entre éthique et technique* ».

<sup>6</sup> Y. Coïnçon, Colloque « *les enjeux du secret dans la prise en charge des enfants victimes* » Psychothérapies vol. XXII n°3 p.153

<sup>7</sup> Pour les premières études de définition du secret, voir Nicot, « *Thresor de la langue française* » éd. 1606 p. 586 et J- F. Féraud « *Dictionnaire de la langue française* » (Marseille, Mossy) éd. 1787-1788 p. C539a.

avec le secret et cette difficulté d'appréhension se vérifie à la seule lecture des premières encyclopédies qui semblent le simplifier à l'extrême.<sup>8</sup> Le secret étant réduit jusqu'en 1832<sup>9</sup> à une simple « chose cachée »<sup>10</sup>.

6. Dans sa version moderne, le secret n'est plus une chose mais « une information ou un savoir qui se trouve soit caché soit inaccessible » et la liste des expressions et synonymes qui le définit, s'organise autour de plusieurs thèmes démontrant à la fois l'aspect technique et fonctionnel du secret<sup>11</sup>, mais aussi son implication métaphysique quand il entoure le savoir et la connaissance d'une aura mystérieuse ou irrationnelle<sup>12</sup>.

7. La quête d'un secret personnel et préservé nous mène invariablement en terre inconnue, que ce soit l'âme, l'inconscient, ou le cœur, c'est toujours au plus profond de la personne humaine qu'il trouve refuge; qu'il s'agisse de le protéger ou de l'oublier, la démarche est identique : il est mis hors de portée des autres. Une suspicion tenace reste attachée au secret, il est nimbé d'une aura de mystère qui le rend sombre et lourd.

Pourtant il est des « jardins secrets » légers et agréables cultivés comme un « violon d'Ingres ». Mais tant qu'il n'est pas dévoilé il représente une chape de plomb difficile à

---

<sup>8</sup> Dès 1694, le secret s'il est un substantif, est « *une chose qui ne doit pas être révélée, qui doit être tenue secrète* », suit toute une liste permettant de le situer dans un champ lexical approprié « *Grand secret, secret d'état, le secret d'un amy, le secret des consciences, sous le secret de la confession, je ne diray mon secret à personne, garder le secret, confier son secret à quelqu'un, découvrir, révéler le secret, manquer au secret, trahir le secret, publier le secret, deviner un secret, pénétrer dans les secrets de quelqu'un* » dictionnaire de l'Académie française, 1<sup>st</sup> édition 1694, p. 452.

<sup>9</sup> Cette version comprend une variante permet tant de déceler les nouvelles préoccupations que peut susciter le secret au sein de la société qui est désormais défini comme « *ce qui doit être tenu secret, ce qu'il ne faut dire à personne, ... ce que l'on dérobe aux autres* ». Le secret n'est plus envisagé de manière abstraite, mais de manière personnelle, presque morale, ce que laissent deviner les nouvelles citations stylistiques laissant principalement imprimer la crainte de la violation du secret par un tiers. Les expressions principalement utilisées sont « *... Promettez moi le secret, il a manqué au secret, il n'a pas observé le secret, je vous garderai le secret le plus inviolable, les affaires ont été traitées dans le plus grand secret, ce dessein était couvert d'un secret impénétrable...* » marquant une sacralisation du secret « *... laisser échapper son secret, rien ne lui pèse tant qu'un secret, le secret est entre trois ou quatre personnes, il est le dépositaire de mes secrets, je ne veux pas vous arracher, vous surprendre votre secret, ce secret commence à transpirer, il m'a fait un secret de cette affaire, participer aux secrets de quelqu'un... Dieu connaît nos plus secrètes pensées, un sentiment secret, une douleur secrète...* » in Dictionnaire de l'Académie française, 6<sup>th</sup> édition 1832-5, p. 2 :720.

<sup>10</sup> S'il est un adjectif le secret est « *caché, qui n'est connu que d'une ou de fort peu de personnes* » suivi également d'une longue liste stylistique « *Dessein secret, affaire secrète, résolution secrète, il sollicite contre lui, c'est sa partie secrète, ses plus secrètes pensées, négociation secrète, traité secret... sciences secrètes, motifs secrets, ressorts secrets, chemin secret, porte secrète* » in Dictionnaire de l'Académie française 1<sup>st</sup> édition 1694 p. 452. Une définition qui n'évoluera pas jusqu'en 1798 Dictionnaire de l'Académie française, 5<sup>th</sup> édition 1798 p. 551.

<sup>11</sup> Tel que le secret bancaire, le secret médical, le secret professionnel, le secret d'Etat, le secret de l'instruction...

<sup>12</sup> Il est de fait que la compréhension du secret passe par une étude des mots censés le définir, on peut s'apercevoir que le secret à quelques exceptions près, possède un champ sémantique très paradoxal et ambigu, à la fois sombre et mystérieux, il se situe aux confins du connu et l'inconnu avançant à la fois masqué et à découvert... tout en lui est fuyant. Tel que sciences secrètes (pour les pratiques occultes, l'astrologie, la nécromancie...), comité secret, maladie secrète, secret de fabrication, secret des affaires...



soustraire de la curiosité de ceux qui en soupçonnent l'existence. Dans l'imagerie populaire le simple fait de garder un secret est opposé à la vérité et donc assimilé au mensonge.

**8.** Il semblerait que l'on ne puisse atteindre le secret que métaphoriquement. Il n'est pas rare pour décrire une notion ambiguë ou paradoxale de faire appel à la métaphore de Janus<sup>13</sup>, cette figure mythologique dont chaque visage, pourrait être une représentation de la mise en abîme du secret.

Le secret tel Janus, est composé de deux visages, auxquels pour être complet il faudrait ajouter deux masques. Le visage bienveillant du secret est celui qui est confié volontairement, et dont on peut dire en soulevant le masque qu'il est conforme à la vérité. Le visage malveillant du secret est celui, et dont on peut dire en soulevant le masque qu'il n'est pas conforme à la réalité. Dans cette optique, dévoiler son secret est une marque de confiance à la condition toutefois que l'acte émane du détenteur du secret et ce de manière volontaire. À l'inverse, cela suscitera de la méfiance envers celui qui traquera le secret à seule fin de le percer à jour, une telle intrusion justifiant qu'il soit mystifié par le maître du secret.

**9.** Le secret transcende la somme des individualités qui compose notre société. C'est une science avec son domaine de recherche : la cryptologie<sup>14</sup>, et son théoricien, Georg Simmel<sup>15</sup> pour qui « Toutes les relations entre les hommes reposent sur le fait qu'ils savent des choses les uns sur les autres », une théorie faisant du secret le contrepoint de l'interdépendance et de la confiance nécessaire dans tout groupe humain. Pour lui il ne peut y avoir de société sans secret, il est présent en puissance derrière tout ce qui nous unit : « la croyance, le politique, et la production ». Mais en tant que savoir ou connaissance, c'est aussi un signe de pouvoir. Il devient un enjeu dès que sa transmission-révélation intéresse et favorise l'élaboration de stratégies d'un groupe de personnes.

---

<sup>13</sup>Janus est considéré comme le père des dieux au cours de l'antiquité romaine car rattaché à tous les commencements et au passage faisant la transition entre deux lieux ou deux époques. Il est couramment figuré sur les pièces de monnaies romaines sous l'aspect d'un homme barbu dont la tête porte deux visages opposés regardant l'un vers l'avant et l'autre vers l'arrière.

<sup>14</sup>Principalement développée par de grands mathématiciens, pour les gouvernements et utilisée dans l'espionnage, elle a pour principal objet de préserver et de découvrir les secrets d'états, mais aussi les secrets industriels. Basée sur le chiffre, cette science permet notamment de transformer un message de manière à le rendre incompréhensible pour autrui tout en perçant à jour ceux détenus par les forces ennemies ou des concurrentes. Concrètement, la cryptologie est une technique consistant à crypter un message afin de le rendre inintelligible à celui qui ne possède pas la clé de décodage. Le premier système de cryptologie est appelé l'alphabet de Jules César, il consiste à remplacer chaque lettre du message par celle située trois positions plus loin. Mais l'apogée de cette science sera atteinte avec la découverte d'« Enigma », machine ressemblant à une machine à écrire et pouvant réaliser plus d'un million de combinaisons chiffrées, qui est réputé avoir assurée l'hégémonie allemande durant la deuxième guerre mondiale. Pour une étude complète, voir J. STERN « *La science du secret* » édition Odile Jacob, 1997.

<sup>15</sup>G. Simmel, « *Soziologie* », éd. 1908, v. Chapitre V 'le secret'.

**10. « Celui à qui vous dites vos secrets devient maître de votre liberté »<sup>16</sup>.** Sous un angle mystique, le secret tient lieu de ciment entre différentes personnes regroupées autour d'un centre d'intérêt unique ne pouvant être dévoilé à des personnes extérieures au groupe<sup>17</sup>. Les mouvements sectaires<sup>18</sup> se développent autour d'un secret composé d'idées et de rituels devant rester inaccessible et incompréhensible à toute autre personne non initiée<sup>19</sup>.

Cette forme de secret présente la particularité de servir d'identifiant, qu'il s'agisse d'appartenance à un clan, d'autorisation de pénétrer dans un lieu, ou d'acquérir des connaissances. Dans ce cadre détenir un secret nous permet d'accéder à un autre secret plus important et donc, mieux protégé<sup>20</sup>. Cette forme de secret 'à tiroir' est d'usage courant, et principalement destiné à démontrer à son interlocuteur que l'on est un initié, et donc apte à recevoir des informations qui n'auraient pas été dévoilées autrement. Le secret est une clé nous permettant d'accéder à un autre secret, qui tel un sanctuaire reste très difficile d'accès pour le profane.

---

<sup>16</sup> La Rochefoucault, « *Mémoires* ».

<sup>17</sup>Notamment le gnosticisme dont l'enseignement était secret, et principalement fondé sur des textes comportant la relation d'une doctrine ésotérique, communiquée aux apôtres par le Christ ressuscité et concernant le sens secret de la vie ; ces livres sont qualifiés d'apocryphes, l'une des principales sources d'information les concernant, nous est dispensé par Irénée de Lyon (II<sup>ème</sup> siècle après JC) à seule fin de démontrer qu'il ne pouvait y avoir aucun rapport entre la gnose et le christianisme. Lire sur le sujet Y.de SILKE « Histoire de la divination » éd. Larousse 2001 p.147.

<sup>18</sup>Tels que les Assassins au Moyen Orient, les Chauffeurs en France, les Gardunas en Espagne...

<sup>19</sup>La création de la première secte est attribuée à Pythagore (569- 475av J.C) qui fonda la « fraternité pythagoricienne » qui comptait entre 600 et 218 élèves et dura 150 ans. L' un de ses élèves fut Hippocrate de Kos, considéré comme 'le père fondateur' du secret médical (470- 410 av J.C) ; essentiellement fondé sur les mathématiques, l'enseignement était dispensé à chaque disciple ayant fait don de toutes ses possessions à un fond commun ( qu'il récupérait à la sortie), et à la condition qu'il ait réussi le test du secret durant lequel Pythagore lui-même vérifiait si l'élève était capable de « tenir sa langue » ; ils étaient ensuite répartis en 2 groupes dans une salle séparée d'un rideau, les ésotériques placés du côté du maître pour le restant de leur vie, et les exotériques placés de l'autre côté, hors de portée de vue .Les textes eux-mêmes étaient soumis au secret, car rédigé dans un langage à double sens, et seulement accessibles aux initiés, ils parlent de *sumbola* (symboles) et d'*ainigmata* (énigmes). Les connaissances se transmettaient à l'oral et de manière séparée, les *acousmaticiens* avaient les résultats mais pas les démonstrations, et les *mathématiciens* avaient les résultats et les démonstrations. Cette vision mystique des nombres fondée sur le secret causera la perte de la fraternité dont la rétention du savoir n'était pas acceptée par les esprits brillants du moment qui malheureusement étaient souvent recalés au test du secret ; c'est ainsi que Cylon refusé de l'école pour ne pas « savoir tenir sa langue », ne manqua pas lors d'une révolte, d'attiser la vindicte du peuple de Crotona contre le sanctuaire secret, l'issue en fut la destruction de l'école de la fraternité pythagoricienne., et la fuite de tous ses membres ; voir M.Ghyca. « *Philosophie et mystique du nombre* », éd. Payot, Paris 1992 ; voir aussi la Revue Tangente, Hors Série n°30 « *Histoire des mathématiques de l'antiquité à l'an Mil* », éd. Pôle Paris 2007.

<sup>20</sup>Mais encore plus proche de nous, c'est parce que nous détenons la combinaison d'un digicode que nous pouvons accéder à notre appartement, ou le code d'accès de notre banque que nous pourrions avoir accès à notre compte bancaire également protégé d'un code d'accès différent.

En ce sens, le secret est surtout une marque de puissance<sup>21</sup>. Il est ce qui nous différencie des autres, tout en nous apparentant à un groupe. Ce secret très apprécié en politique, nous permet d'accéder à une parcelle (même insignifiante) du pouvoir. C'est l'information elle-même qui est secrète, et qui donne une valeur ajoutée à la personne qui en a connaissance, elle sait ce que d'autres ignorent et seuls ceux qui partagent ce savoir méritent une attention particulière : Ils sont les maîtres du jeu.

**11.** Savoir dissimuler ses secrets est l'art du prince<sup>22</sup>, et pouvoir le revendiquer est l'art du roi<sup>23</sup>, tel Louis XI dont la devise était « Qui ne sait dissimuler, ne sait régner ». Le secret marque la frontière entre les détenteurs<sup>24</sup> et les ignorants<sup>25</sup>, ces derniers, exclus de toutes stratégies politiques ne pourront prétendre à la moindre parcelle de pouvoir, à défaut d'être les manipulateurs, ils resteront manipulés<sup>26</sup>. Cette culture du secret '*stratégique*'<sup>27</sup> est signe de

---

<sup>21</sup> Dès l'Égypte antique, le pouvoir des religieux qui assistent le souverain dans sa prise de décision politique, prend un essor considérable et, s'ils obtiennent une place prédominante du fait de leur position sociale, c'est surtout par leur aptitude à garder un secret qu'ils s'y maintiennent « *Le secret des paroles magiques était bien entendu l'apanage du roi et de quelques initiés. Il en était de même des rituels secrets. Quand au culte divin journalier, seul le roi ou le grand prêtre qui le représentait avait accès dans le sanctuaire à la personne du dieu... Quand aux pratiques funéraires et à la momification, on sait qu'elles ont été enseignées à un nombre restreint de privilégiés, par les détenteurs divins de leurs secrets...* » B. MENU, *le secret dans l'Égypte pharaonique*, in « *secret et justice* » op. cité p. 27 ;

<sup>22</sup> « Mais il faut savoir se bien caché et entendre l'art de dissimuler : car les hommes seront toujours assez simples et assez pressés par les besoins présents pour que celui qui veut tromper trouve toujours des dupes. » N. Machiavel, « *Le prince* », Chap. 18 ; éd. libro p. 83.

<sup>23</sup> Louis XI est un des premiers monarques à ériger le sens du secret au service de la politique, en créant « son conseil privé, constitué des intimes à qui le roi avait accordé sa confiance, discutait avec lui de la politique du royaume et partageait le secret de ses décisions. », de même qu'il cultivait avec passion l'art de l'espionnage « de curieux personnages arrivaient à Orléans où ils avaient de longs entretiens avec le roi avant de disparaître... d'autres hommes encore entretenaient des relations secrètes avec le roi de France et surveillaient attentivement les premiers signes de troubles qui se manifestaient en Normandie... Le roi était au courant des moindres faits et gestes de son frère... » P. M. Kendall « Louis XI » éd. Le livre de poche 1978 p.269 ;

<sup>24</sup> « ... dans cet univers du soupçon, dans ce monde très machiavélique, secret et cupide, où Dieu et le hasard brouillent constamment les cartes et où les événements nous échappent, il importe d'être bien armé... La politique est un métier qui requiert subtilité et expérience », Commynes « *Mémoires sur Louis XI* » préface de J. Dufournet, éd. Folio 1978.

<sup>25</sup> Pour une analyse du secret politique dans la littérature shakespearienne, et notamment concernant Hamlet « ils épient ses conversations, ils l'interrogent, interceptent ses lettres...car la politique ici, pèse sur chaque sentiment et il n'existe pas d'échappatoire...Le cri dramatique de Hamlet : « Ophélie, va au couvent ! » ne s'adresse pas seulement à Ophélie, il est destiné à tous ceux qui épient les amants. » J. Kott, « *Shakespeare notre contemporain* » éd. Marabout université 1965, p.76.

<sup>26</sup> C'est ce que prône la théorie développée par Platon pour qui l'accès à certaines vérités publiques devaient être limitées à l'élite des citoyens les plus exceptionnels, et donc soit « ensevelies dans le silence » soit « se faire en secret devant le plus petit nombre possible d'auditeurs, afin qu'il y ait aussi peu d'initiés que possible ». PLATON « *la République* » Titre II , 377 b, 378 b, p. 127. Il est à noter que PLATON envisage le secret comme une arme absolue et indispensable à l'exercice du pouvoir car « *n'est-il pas bon gardien d'une armée celui qui dérobe aux ennemis leurs secrets, leurs projets et tout ce qui les concerne ?...* » Titre I 333 e, 334 d, p. 82 ; éd. 1966, GF Flammarion.

<sup>27</sup>Ce phénomène peut être observé aussi très tôt dans la vie d'un homme, qui, dans une cour de récréation n'a pas entendu cet enfant narguer avec plaisir son petit camarade de classe et lui dire malicieusement « J'ai un secret et je ne te le dirais pas !! », ce secret de par sa simple évocation, et sans même savoir s'il existe réellement, va donner une grande importance à son détenteur. Tel Dargelos qui tout auréolé de mystère, aura de ce seul fait

supériorité, d'autorité et de pouvoir. Ne pas savoir signifie très clairement être exclu des arcanes du pouvoir.

**12. « un secret a toujours la forme d'une oreille »<sup>28</sup>.** Le secret à plusieurs égards ressort plus de l'ethnologie ou de l'anthropologie que du droit, mais il reste si étroitement lié à la protection de principes fondamentaux attachés à l'être humain, qu'il ne pouvait être ignoré du législateur. Comment le droit envisage-t-il le secret ? De tous les aspects que nous venons d'observer, il est des aspects qui ne pouvaient être ignoré du droit, mais encore faut-il être en mesure de comprendre en quoi le secret serait susceptible d'intéresser le droit, et pour cela, délimiter les intérêts en présence, car, si le droit intervient c'est avant tout pour protéger, réglementer et instaurer des pratiques favorisant la sécurité et la stabilité des rapports humains rythmant notre société. Le droit n'ignore pas le secret<sup>29</sup>, et certains termes utilisés sont directement empruntés au champ lexical du secret, qu'il s'agisse de vote à bulletin secret, de l'acte occulte<sup>30</sup>, de testament mystique<sup>31</sup>, ou en matière de filiation, avec le secret des origines. De même que le droit crée des mécanismes imposant en fonction des intérêts en présence la protection ou la révélation du secret<sup>32</sup>.

**13.** Il est un secret encadré et imposé de manière très spécifique par des dispositions légales auquel sera très souvent confronté l'assureur, c'est le secret professionnel. Un secret élaboré, encadré et respecté bien avant que l'opération d'assurance n'ait existé. Un secret auquel pourra se heurter très fréquemment l'assureur, et ce pour des raisons historiques et sociales qu'il convient d'observer afin de comprendre que les impératifs qui lui sont attachés dans le domaine juridique et médical est une préoccupation qui n'a pas perdu de son intérêt depuis l'antiquité<sup>33</sup>, et qui ne peut être compris sans revenir aux sources de sa création : le secret de la confession. En ce sens, aborder sur les rives du secret nous mène souvent aux confins du

---

acquis la légitimité d'être le chef de bande au sein de son école « Ces grands comédiens savent se hérissier...et ne divulguent jamais les rites obscurs de leur religion. À peine savons nous qu'elle exige des ruses des victimes, des jugements sommaires...Les détails restent dans l'ombre et les fidèles possèdent leur idiome... » J. Cocteau « les enfants terribles », éd. Livre de poche 1987 p.10

<sup>28</sup> J. Cocteau, « *Le rappel à l'ordre* ».

<sup>29</sup> La confiance « ne doit pas être dévoilé par ceux qui sont légalement dans le secret, (ce qui) exclut non seulement la divulgation au public mais toute communication ou révélation même privée ». Cette protection consistant soit « pour celui qui connaît la chose, dans l'interdiction de la révéler à d'autres... soit pour celui qui ne la connaît pas dans l'interdiction d'entrer dans le secret » G. Cornu, « *Vocabulaire juridique* », V<sup>o</sup> *secret professionnel*, 7<sup>ème</sup> éd. PUF, p. 835 et suivantes.

<sup>30</sup> C'est un acte dont le contenu ne peut être révélé à des tiers et qui contient la volonté réelle des parties, ce principe est intégré au mécanisme de la simulation, tel que prévu à l'article 1321 du Code civil.

<sup>31</sup> Article 976 du Code civil.

<sup>32</sup> Il pourra s'agir du secret des affaires ou commercial avec la protection des secrets de fabrication Article 418 du Code pénal. Du secret de défense nationale Article 413-9 du Code pénal. Du secret de l'instruction Article 11 du Code de procédure pénale. Le droit au respect et donc, au secret de la vie privée Article 9 Code civil, loi n° 70-643 du 17 Juillet 1970, et son corollaire, le secret de la correspondance Article 226-15 du Code pénal.

sacré<sup>34</sup>. Il faudra attendre le IV<sup>ème</sup> siècle de notre ère, pour que le Concile de Carthage pose le principe fondamental de la protection du secret de la confession<sup>35</sup>, démarche qui, comme le souligne un auteur, permet à la chrétienté « sous couvert du pouvoir de Pardon ... (*de se placer*)... dans une position stratégique du secret »<sup>36</sup>.

Ce serait un tort de sous estimer la valeur sacramentelle du secret de la confession<sup>37</sup> en tant que précepte fondateur de la logique absolutiste du secret<sup>38</sup>. C'est l'étude du droit canonique<sup>39</sup> qui

---

<sup>33</sup> Tandis que la tradition orale, prête à Salomon la grave nécessité de savoir garder les secrets appartenant à autrui, la Bible reprend dans le chapitre des proverbes son avertissement prophétique « As-tu un procès avec ton prochain, défends toi mais sans dévoiler des secrets qui ne t'appartiennent pas. Tu seras blâmé par ceux qui t'entendent et décrié sans retour », d'évidence ce secret appartenant à autrui est sacralisé, et ne souffre aucune divulgation même s'il est question pour le médecin de se défendre. Ce même postulat semble inquiéter Cicéron, conscient de ce que peuvent apprendre les médecins sur nos habitudes intimes lorsqu'ils « pénètrent sous le toit et dans les chambres à coucher d'autrui, (*ils*) doivent cacher beaucoup de choses même sous l'offense, quoi qu'il soit difficile de se taire quand on pâtit » mais il est plus réservé quand à l'impossibilité de se défendre à l'aide des secrets qui ne nous appartiennent pas. Cependant il est vrai que sa profession d'avocat et sa position de tribun lui permettait d'être plus lucide quand à la nature humaine, v. Cicéron « *De la vieillesse, de l'amitié, des devoirs* » traduction de C.Appuhn ; éd. Garnier Flammarion, 1967. La partie traitant des devoirs énumère les devoirs mis à la charge du professionnel dont l'activité doit être faite conformément aux préceptes moraux devant dicter sa conduite.

<sup>34</sup> Les récits bibliques évoquent à plusieurs reprises la nécessité de savoir garder un secret « *parce que tout ce que vous avez dit dans l'ombre sera entendu au grand jour ; et ce que vous avez dit à l'oreille dans la cave sera proclamé sur les terrasses* » v. La Bible, Luc XII, 3.

<sup>35</sup> Le secret de la confession était inconnu des prêtres contemporains de Jésus, la confession étant alors publique. Elle ne deviendra secrète qu'à partir de l'interprétation faite de sa déclaration à un croyant « *garde-toi bien de rien dire à personne, mais va te montrer au prêtre et offre pour ta purification ce que Moïse a prescrit : ils auront là un témoignage* » v. La Bible Marc I,44 et Luc IV, 14

<sup>36</sup> Dans la religion catholique, c'est quand le secret est librement dévoilé que la délivrance est offerte par le biais de la confession. Déposer son secret comme on se débarrasse d'un fardeau aux pieds de son confesseur, et obtenir en contrepartie une absolution qui soulagera nos consciences, en nous permettant d'effacer ce secret devenu bien encombrant. Pour ce qui concerne le traitement du secret sous l'angle religieux, le rôle du prêtre dépositaire du secret de la confession mérite une attention particulière. D'un point de vu théorique ce n'est pas à lui qu'est adressée la confession, mais au Seigneur, représenté pour ce faire par un officier du culte. Il exerce cette fonction avec une neutralité confinante à la transparence, mais cet intermédiaire même dissimulé, entend et, nous le supposons, reconnaît sans peine les pêcheurs en quête de repentance. Il devient donc dépositaire de secrets qui bénéficient d'une protection absolue, mais qui pourraient présenter un intérêt pour les services judiciaires. Voir L. Dumaine *Le secret de l'avocat au XXème siècle* in « *Secret et justice, le secret entre éthique et technique ?* » colloque international Décembre 1999, p. 278.

<sup>37</sup> L'histoire judiciaire du XVIIème siècle nous en offre un exemple très frappant avec la fameuse « affaire des poisons » et plus particulièrement le procès de « la Brinvilliers » dont le point de droit âprement discuté était de savoir si la confession écrite de la Marquise, destinée à son confesseur, pouvait constituer un aveu et donc servir de valeur probante à ses crimes. La confession commence par ses révélations « *Je me confesse à Dieu d'avoir empoisonné mon père, mes deux frères et ma sœur* ». Cité dans « *Grandes plaidoiries et Grand procès du XVè au XXè siècle* cité infra.cité dans « *Grandes plaidoiries et grands procès du XVè au XXè siècle* » sous la direction de N. Corato, en partenariat avec l'Ordre des avocats de Paris, éd. Prat Octobre 2005 ; le procès de la Marquise de Brinvilliers, p.77 et suivant.

<sup>38</sup> Certes, l'arrêt de jugement rendu le 16 Juillet 1676 la déclare coupable sans mentionner la confession litigieuse, mais la plaidoirie de Maître Nivelles empreinte d'une éloquence rare, nous offre un fondement juridique au respect du secret de la confession en opposant la justice des hommes à la justice immanente, tout en rappelant la nécessité de protéger la relation de confiance instaurée avec son confesseur en la rendant inviolable « *... de ce principe sacré, il résulte que tous les moyens qu'on met en usage pour parvenir à la confession, doivent être couverts du sceau inviolable du silence. Si ceux qui ont entendu une confession ne sont pas recevables à en déposer comme témoins dans un procès, il serait encore plus dangereux de recevoir les*

a élaboré les principes<sup>40</sup> de l'inviolabilité du secret<sup>41</sup>. Des principes directeurs redécouverts par la jurisprudence pour élaborer la théorisation actuelle du secret de la confession, qu'elle a rattaché de manière certes incertaine, mais durable, au secret professionnel<sup>42</sup> dont la pérennité est aujourd'hui acquise.

À cet égard, il est intéressant de relever ces petites ironies de l'histoire quand elles se présentent car, rattacher le secret de la confession au secret professionnel<sup>43</sup> afin de lui accorder une assise juridique, ne doit pas nous faire oublier que le secret professionnel puise son origine dans le secret de la confession.

**22. « Un homme qui ne boit que de l'eau a un secret à cacher à ses semblables »<sup>44</sup>** Le secret en tant que force régulatrice, utile et nécessaire au bon déroulement des rapports humains au sein de notre société, ne pouvait être ignoré du droit. Mais quelle signification recouvre le secret observé sous l'angle de la relation d'assurance ? Il n'existe pas de définition de la relation d'assurance ni dans le code civil, qui n'envisage le contrat d'assurance que sous

---

*confessions par écrit, parce que les preuves littérales sont plus fortes que les testimoniales. Le principe sur lequel est établie l'obligation de garder le secret de la confession, est tellement puissant, qu'il n'est pas besoin de le corroborer de l'opinion des Pères de l'Église et des anciens magistrats ... Cette loi inviolable a été dictée par Jésus-Christ, en même temps que le précepte de révéler ses péchés à son confesseur... parce que la loi inviolable du secret la rend inutile à tous les usages de la vie civile ... sans cette condition du secret, qui donc oserait avouer ses fautes ? ».*opus cité infra.

<sup>39</sup> Le secret de la confession est le plus connu des secrets, et semble de ce fait s'imposer d'office, cependant, il n'existe aucun fondement textuel délimitant sa mise en œuvre ou imposant son inviolabilité, cette lacune peut trouver à s'expliquer du fait de la séparation de l'Église et de l'État, qui ne permet pas au législateur d'élaborer des dispositions législatives ou réglementaires laïques en matière religieuse, et plus particulièrement les modalités d'organisation de la fonction des ministres du culte. C'est le 983<sup>ème</sup> canon du Droit canonique fixe les secrets d'ordre sacramentel.

<sup>40</sup> H. Moutouh, *Secret professionnel et liberté de conscience : l'exemple des ministres du culte*, D. 2000.431

<sup>41</sup> Ce secret repose sur trois piliers : les aveux faits à un prêtre, la manifestation d'un péché et la volonté de recevoir l'absolution Cette volonté doit exister et doit être distinguée du cas où le pénitent ne recherche qu'un avis éclairé du ministre du culte. Si une de ces trois conditions manque, nous sommes hors du cadre du secret de la confession.

<sup>42</sup> Cass crim., 4 Décembre 1891, DP 1892, 1 p.139.

<sup>43</sup>La plus ancienne trace écrite du secret professionnel est relatée par Ovide. Midas devant choisir qui, du dieu Pan ou d'Apollon était le meilleur musicien, a désigné ce dernier. La vengeance de Pan s'est portée sur le physique du malheureux arbitre, en le coiffant des oreilles de l'âne. Soucieux de cacher cette difformité, Midas n'a cependant pu les soustraire à la vue de son barbier, qui, effrayé et incapable de taire ce secret, « se retire et fait un trou dans le sol ; il y rapporte à voix basse, quelles oreilles il a vu de son maître... ». Ce sont les roseaux qui divulguent le secret, et « ...répètent les paroles enfouies par le serviteur, ils publient ce que sont devenues les oreilles de son maître », Ovide, « *Les Métamorphoses* », XI, 70-96, *Midas* ; éd. Folio Classique, 1998 p. 355.

<sup>44</sup> Charles Baudelaire, « *Du vin et du haschisch* ».

l'aspect de l'aléa<sup>45</sup>, ni dans le code des assurances élaboré par deux grandes lois<sup>46</sup> qui muettes à ce sujet, ne font qu'accentuer la complexité<sup>47</sup> et la spécificité du contrat<sup>48</sup> d'assurance<sup>49</sup>.

Dès à présent, il convient de préciser que nous limiterons notre étude au secret observé au sein de la relation contractuelle liant l'assureur à ses assurés, et envisagée dans un sens très large, car incluant les tiers parties et absolus pouvant être intégrés à la sphère assurantielle. Dès lors, nous n'évoquerons pas les secrets entretenus et développés entre les compagnies d'assurances pour les besoins de leurs activités telles que les ententes favorisant une position dominante sur le marché économique, qui selon nous relèvent du droit des affaires. De même que notre étude ne portera pas sur l'existence de contrats d'assurances maintenus secrets car contraires aux dispositions législatives en vigueur telles que les « assurances kidnapping » qui sont interdites en France, mais d'usage très courant outre manche. Ni le droit dérogatoire pratiqué en Alsace -Moselle.

**23.** Selon nous, en assurance, le secret recouvre deux aspects. Soit il représente une circonstance que l'on décide de maintenir dissimulée et c'est un secret. Soit il s'agit d'une circonstance que l'on divulgue en toute confiance à son assureur et c'est une information. Le secret est une information privilégiée et essentielle pour l'assureur qui est pour lui secrète, jusqu'au moment où elle lui est dévoilée. Il est de fait que l'assurance ne raisonne pas en termes de secret mais en termes d'information, deux notions qu'il convient de définir afin de

---

<sup>45</sup> Plusieurs auteurs se sont donc attachés à caractériser la relation d'assurance, comme étant l'opération par laquelle « un assureur organise en une mutualité une multitude d'assurés exposés à la réalisation de certains risques et indemnise ceux d'entre eux qui subissent un sinistre grâce à la masse commune des primes collectées » Selon L. Mayaux, « cette définition met en avant quatre notions fondamentales : le risque, la prime, le sinistre et la mutualité », mais aussi que le secret est de nature à investir chacun de ces éléments fondamentaux de la relation d'assurance, v. Rép. Dalloz, *Assurances terrestres*, n° 4. Pour une comparaison des différentes définitions du contrat d'assurance, voir J. Bigot, « *Traité de droit des assurances* », éd. LGDJ 2002, n° 11.

<sup>46</sup> La loi du 13 juillet 1930 dite loi Godart relative au contrat d'assurance (JO 18 juillet 1930 p. 8003). Réformée par la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du Code des assurances à l'ouverture du marché européen.

<sup>47</sup>H. Groutel « *Le contrat d'assurance* », éd. Dalloz, connaissance du droit, 1997. Cette présence du secret est accentuée si l'on retient la classification développée par H. Groutel, qui présente d'une part l'opération d'assurance en tant que contrat qui en tant qu'acte unique et purement juridique unit deux cocontractants, mais qui présente la spécificité d'autre part de s'insérer dans un ensemble d'opérations de même nature permettant à l'activité d'assurance de mutualiser les risques en en répartissant la charge entre l'ensemble des assurés. Ce qui laisse présager de l'ampleur que peut y prendre le secret.

<sup>48</sup> Il existe différents contrats d'assurances pouvant être classés selon leur finalité. Il pourra s'agir de protéger son patrimoine avec les assurances à caractère indemnitaire comprenant les assurances de biens et de responsabilité ; ou d'assurer la sécurité des personnes, avec les assurances de dommages corporels comprenant les risques d'accidents corporels, et les assurances maladie invalidité ; ainsi que les assurances sur la vie. Le droit des assurances est présent dans tous les domaines de la vie courante, ce qui laisse présumer de l'importance des contrats conclus quotidiennement, et donc de l'importance des informations les plus intimes et donc les plus secrètes recueillies chaque jour.

<sup>49</sup> Le contrat d'assurance cumule plusieurs caractéristiques, étant un contrat d'adhésion, nommé, spécifique, consensuel, synallagmatique, aléatoire, à titre onéreux, et à exécutions successives.

comprendre l'effet produit par une information volontairement occultée, notamment en ce qu'elle crée un déséquilibre sur la connaissance du risque soumis à garanti.

En droit des assurances, le secret et l'information semblent synonymes, mais en réalité sans être antinomiques, force est de constater que ces deux notions ne se superposent pas. L'information d'un point de vue étymologique, signifie soit l'action de mettre en forme, soit l'extériorisation d'une conception de l'esprit<sup>50</sup>. À l'origine, c'est une idée ou un savoir, dont l'accès implique un acte permettant son extériorisation, son accès doit être matérialisé par un échange de renseignement<sup>51</sup>. On ne s'informe pas soi-même, on informe autrui<sup>52</sup>. Tandis que le secret est une idée ou un savoir intériorisé et totalement abstrait qui existe en silence dans ses pensées. Si le secret n'est ni formalisé ni extériorisé, il est mis hors de portée de la connaissance d'autrui.

En ce sens, l'existence du secret précède l'essence de son extériorisation, révélée sous la forme d'une information. L'information n'est divulguée que si l'esprit qui l'a façonnée, ou qui en connaît le contenu, décide de manière consciente et volontaire de l'extérioriser par la parole ou de la matérialiser par un écrit. Une fois extériorisé le secret est désacralisé et vulgarisé pour ne devenir qu'une simple information. Le secret en tant que 'tamis de la psyché'<sup>53</sup> est antérieur à l'information. C'est en cela que le secret nuit à la relation d'assurance, le fait est connu mais volontairement dissimulé au cocontractant.

**24.** Comme pour le secret, l'information<sup>54</sup> n'est pas définie par le législateur<sup>55</sup>. En droit des assurances, l'information n'est envisagée que pour imposer à l'assureur l'obligation d'éclairer le consentement de l'assuré<sup>56</sup>. L'information ainsi définie, est nécessairement écrite et mise à

---

<sup>50</sup> Informer vient du latin « *informare* » qui signifie mettre en forme, et de « *informatio* » qui concerne l'esquisse le dessin la conception, ces deux définitions mettent en évidence le mouvement permettant de passer de l'acte à la pratique, en extériorisant une idée, une pensée, un savoir ou une connaissance pour le partager avec autrui.

<sup>51</sup> « Ces deux applications sont les deux faces d'une même réalité : la première illustre l'aspect dynamique de l'information (*l'action d'informer*) et la deuxième l'aspect descriptif de celle-ci (*le savoir qui est l'état des connaissances*)... » E. Daragon, *Étude sur le statut juridique de l'information*, D. 1998. 63.

<sup>52</sup> Selon M. Catala, « l'information est d'abord expression, formulation destinée à rendre un message communicable, elle est ensuite communiquée... pour porter le message à autrui », *Ébauche d'une théorie juridique de l'information*, D. 1984. 97.

<sup>53</sup> Y. Coinçon, v. supra note n°6.

<sup>54</sup> Le décret du 22 décembre 1981 précise que « l'information est un élément de connaissance susceptible d'être représenté à l'aide d'une convention pour être conservée, traitée ou communiquée » ce qui ne définit que l'aspect immatérielle d'une information. Voir dans ce sens, J.C. Galloux, *Ébauche d'une définition juridique de l'information*, D. 1994. 229.

<sup>55</sup> Le législateur « n'a pas voulu reconnaître l'existence d'un droit privatif général sur les informations ... (*et dont*) ... L'appropriation ne semble possible que sur la base de droit spéciaux », E. DARAGON op. cit.

<sup>56</sup> L'article L.112-3 du Code des assurances stipule « les informations transmises par l'assureur... ». Le terme d'*information* n'est en fait qu'une simple reprise des impératifs mis à la charge du professionnel tels qu'ils figurent dans le Code de la consommation, car « c'est l'article 8 de la loi du 31 décembre 1989, Article 8 de la loi du 31 décembre 1989, n° 89-1014, JO 3 janvier 1990, modifiée par l'article 35-I de la loi du 4 janvier 1994 n°



la charge exclusive de l'assureur. Cette obligation de transparence exclu le secret hors des limites de la sphère contractuelle. Le professionnel n'a pas le choix, la divulgation de l'information légale s'oppose au secret.

**25.** Dans un tel contexte, l'absence même du mot '*information*' du Code des assurances, pour ce qui concerne les obligations pesant sur l'assuré est paradoxale en ce que les notions de secret et d'information sont étroitement liées du seul fait que le secret doit être en priorité recherché au sein d'une information volontairement occultée. Cela signifie t-il que l'information n'a pas sa place au cours de la formation du contrat d'assurance ? Cela est peu probable au regard des formules utilisées concernant « l'obligation de répondre » ou de « déclarer de manière exacte et précise », et de décrire « les circonstances du risque » qui imposent la révélation d'une information légitime<sup>57</sup>.

Certes, à aucun moment le législateur n'utilise le terme de 'secret' ou 'd'information' mais en réalité il opère selon nous une '*transsubstantiation*'<sup>58</sup>, en faisant du secret une information, où pour être plus exact, en assimilant le secret à une information. Cela permet d'englober toutes les connaissances internes ou externes du souscripteur, et d'appréhender de ce seul fait mais sans jamais l'évoquer toutes les formes de secrets de l'assuré. De ce fait le terme de secret n'est jamais mentionné de manière explicite dans le code des assurances, mais c'est une notion systématiquement sous entendue quand l'assuré est soumis à ses obligations déclaratives, qui procède de la notion de loyauté et de bonne foi contractuelle<sup>59</sup>. En ce sens, le secret est inhérent à la relation contractuelle.

**26.** Le demandeur à la relation d'assurance est le souscripteur, qui lors de l'échange des consentements, s'engage à respecter les conditions dans lesquelles l'assureur envisage la conclusion du contrat. En ce sens, le consentement est « signe d'une sorte de capitulation. Il y a toujours de l'aliénation dans un consentement »<sup>60</sup>. En échange du consentement de l'assureur, l'assuré devra aliéner ses secrets. Le secret inséré dans des rapports sociaux

---

94-5, JO 5 janvier 1994.

<sup>57</sup> Ce sont les termes utilisés par l'article L.113-2 du Code des assurances qui encadre les obligations déclaratives de l'assuré.

<sup>58</sup> C'est un principe tiré du champ sémantique de la religion catholique correspondant à la transformation lors de l'Eucharistie de la substance du pain et du vin en la substance du corps et du sang véritable de Jésus Christ, fondé sur la confusion et la transformation complète d'une chose ou d'une notion en une autre en faisant un amalgame entre « essence substance et apparence » Le législateur confond en apparence deux éléments de substance totalement distinctes que sont les notions de secret et d'information, pour leur imprimer une seule et même essence réduite à la seule connaissance d'un fait.

<sup>59</sup> Article 1134 alinéa 3 Code civil, les conventions « doivent être exécutées de bonne foi ».

<sup>60</sup> M.-A. Frison Roche, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, RTD civ., 1995 p. 573.

désormais avides de transparence, conduit inévitablement à une « désacralisation du secret »<sup>61</sup>. Il est de fait que certains secrets ne seront pas librement consentis, s'inscrivant dans une relation de confiance nécessaire. De fait le détenteur du secret étant contraint de le dévoiler perd une partie de sa liberté, mais bénéficie en contrepartie d'une protection accrue des révélations qu'il aura pu faire.

**27.** Pour bien saisir tout l'intérêt de notre sujet, il faudrait être en mesure de cerner le fonctionnement de l'assurance, et c'est sur ce point précis que repose la pierre angulaire de notre sujet : le juste équilibre entre l'information soustraite et la manière dont elle influe sur la validité et l'exécution du contrat d'assurance. Mais aussi le juste équilibre entre la protection et la révélation des secrets recueillis. Il n'est jamais fait état de 'secret' lors de la conclusion du contrat d'assurance, mais d'un échange loyal des circonstances relatives au risque soumis à garanti. C'est parce que cet échange est soumis à l'obligation de bonne foi<sup>62</sup>, que l'assureur pourra espérer accéder à toutes les informations nécessaires à l'évaluation du risque soumis à garanti<sup>63</sup>.

Il suffit qu'un des cocontractants ou qu'un des acteurs lié de près ou de loin à la relation d'assurance, dissimule un secret pour que l'ensemble de l'opération d'assurance ne soit faussée<sup>64</sup>. À cet égard, le secret doit être envisagé sous l'angle des principes directeurs de la relation d'assurance, dont le plus édifiants commande que les relations contractuelles en matière d'assurance doivent être exécutées « d'extrême bonne foi »<sup>65</sup>. Le secret, tel que nous l'envisageons, semble puiser son origine, sa raison d'être, mais aussi sa problématique, au sein du principe de la bonne foi et de son corollaire, le devoir de loyauté.

**28.** Le droit des assurances ne se contente pas de la simple bonne foi '*bonae fidei*', il est impératif dans l'intérêt du contrat de faire preuve de ce qu'il est convenu d'appeler d'un '*uberrimae fidei*' soit, une haute bonne foi, communément dénommé, l'extrême bonne foi. Même s'il apparaît que la formule selon laquelle l'assuré devait « informer loyalement » l'assureur avait été supprimée des débats législatifs instaurant la loi de 1989, pour avoir été

---

<sup>61</sup> R. Sabatier citée par M. Malaurie Vignal, *La protection des informations privilégiées et du savoir faire*, D. 1997. 207.

<sup>62</sup> Comme le souligne MM. Picard et Besson « les conventions doivent être exécutées de bonne foi, c'est-à-dire honnêtement et loyalement. Toutefois, l'expression contrat de bonne foi a, en matière d'assurance, une signification propre, en ce qu'elle souligne que l'assureur est dans une certaine mesure... à la merci de l'assuré et qu'il est obligé de se fier à lui d'une façon particulière... L'assuré est ainsi tenu de se comporter... avec une absolue franchise et une complète loyauté.», v. « *les assurances terrestres* », T.I, LGDJ 1982, n° 42.

<sup>63</sup> P. Sargos, *l'obligation de loyauté de l'assureur et de l'assuré*, RGDA 1997. 988.

<sup>64</sup> Voir colloque AIDA, *ignorance et assurance*, Paris 11 Décembre 1998, RGDA 1999.719.

<sup>65</sup> M. Picard et B. Besson, « *Traité général des assurances terrestres* », Tome I, éd. LGDJ, 1938, n° 110.

jugée 'vexatoire' envers les assurés<sup>66</sup>, cet impératif d'extrême loyauté apparaît en filigrane tout au long de l'exécution du contrat d'assurance.

**29.** En principe, une fois qu'il s'est engagé, l'assuré accepte de se soumettre au principe de loyauté et de bonne foi, de ce seul fait il perd sa liberté de préserver ses secrets, pas tous ses secrets, mais ceux qui présenteront un intérêt certain à l'assureur, et notamment ceux qui permettront à ce dernier d'évaluer le risque. C'est en l'absence de collaboration loyale, le secret sera de nature à vicier la réalité du risque et par là même à bouleverser l'équilibre de la relation contractuelle. C'est un déséquilibre que seul le secret peut créer si son détenteur décidait d'en faire un usage opportun, c'est-à-dire conforme à ses seuls intérêts.

**30.** Le droit des assurances repose sur le socle de la loyauté et de la bonne foi contractuelle dont par nature le secret serait totalement exclu, mais envisager que le secret devrait être ignoré sur la base de cette seule constatation, serait une pure vue de l'esprit. Le secret est partout, il est en nous, dépendant de notre seule volonté. Peut-on dès lors envisager concilier cette aptitude innée et indécélable à garder un secret avec la stabilité des relations contractuelles ?

A priori, le secret ne peut être le fait d'une omission involontaire, on ne dissimule pas ce que l'on ne sait pas, mais ce que l'on veut dissimuler. L'omission volontaire est la notion qui se rapprocherait le plus du secret en ce qu'elle est réfléchie et se complaît dans le silence. De prime abord le secret étant une information que l'on soustrait ou dissimule volontairement à son assureur semble répréhensible, mais le fait de garder un secret n'est pas une action condamnable en soi<sup>67</sup>. Il est des secrets rattachés à la vie privée auxquels nul n'est tenu de consentir, tel que le secret médical qui ne souffre aucune divulgation sans notre consentement. La difficulté devient insurmontable lorsque le secret est opposé involontairement à l'assureur<sup>68</sup> qui découvre une circonstance totalement ignorée du souscripteur, dès lors, quel régime sera applicable à ces secrets légitimement ignorés ou légalement protégés ?

De même que si le secret, notion complexe par excellence semble proche de la fraude, elle en est en principe très éloignée, située en fait à son exact opposé<sup>69</sup>. Le secret s'établit à un niveau

---

<sup>66</sup> J. Kullmann, *Lamy assurances* 1995, n° 199, qui évoque le refus du Sénat d'insérer la formule litigieuse dans le texte législatif de 1989.

<sup>67</sup> C. Bigot, *Protection des droits de la personnalité et liberté de l'information*, D. 1998. 235.

<sup>68</sup> C'est une conception du secret fondée sur la théorie de la faute intentionnelle objective de M. Groutel qui envisage la possibilité qu'un acte puisse avoir été exécuté de manière volontaire mais sans intention de nuire. H. Groutel, D. 1999. 223 sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 décembre 1998.

<sup>69</sup> Ces deux notions doivent être distinguées, du reste s'il est fait mention de « fraude ou d'escroquerie à l'assurance », il est rarement fait allusion à un « secret à l'assurance » pour signifier un acte répréhensible.

psychologique, il est le produit d'une conscience lucide, d'une réflexion axée sur nos aspirations relevant de l'ordre émotionnel et de l'intime. Le fait d'avoir un secret, s'assimile plus à la volonté de ne pas dévoiler une circonstance relevant de notre intimité, et partant de là, de ne pas la partager avec son assureur, parce qu'il nous semble qu'un fait, ou un état de fait en particulier, ne le concerne pas. Le secret se situe au-delà de tout intérêt commercial : il s'agit moins de tromper l'autre, que de se préserver soi-même. Dès lors, il apparaîtrait que se soient les effets inhérents à la volonté de protéger ses secrets qui sont de nature à vicier le contrat d'assurance et non le secret lui-même.

**31.** Cependant il est nécessaire d'atténuer notre propos, en effet, un élément, qui pour une personne relèvera de sa vie privée, devant de ce fait, et selon ses propres critères être maintenu secret, pourra dans le même temps représenter, en fonction des critères de l'assureur, un élément d'information fondamental qui une fois soustrait ne lui permettra pas d'exercer son activité dans les meilleures conditions. De plus, envisager tous les secrets comme étant liés à la nécessité de préserver le respect de notre vie privée, serait illusoire. Il est des faits tenus secrets pour obtenir un avantage économique, ce qui nous rapproche déjà grandement de la notion de fraude ou d'omission volontaire. Le fait est, que l'impulsion première et déterminante du secret reste une inconnue exceptée pour l'esprit qui le conçoit, « quel homme en effet, sait ce qui est dans l'homme, si ce n'est l'esprit de l'homme qui est en lui »<sup>70</sup>.

**32.** Le secret paraît difficilement compatible avec les différents principes directeurs régissant le droit commun des contrats en général<sup>71</sup>, et le droit des assurances en particuliers. Cela nous contraint à nous attacher aux *effets néfastes* du secret, en ce qu'il est de nature à vicier les relations d'assurances. Il est de fait que si l'on devait relever un point commun entre le secret et l'assurance, ce serait la méfiance et la suspicion systématiquement attachée à ces deux institutions et par là même à la réciprocité des échanges entre les cocontractants.

Cette vision du secret n'échappe pas au manichéisme attaché à notre sujet, il serait vain d'envisager le secret du seul point de vue de l'assuré, l'assureur n'étant en la matière pas

---

Notre étude porte sur le secret, un domaine plus large, moins défini, plus difficile d'accès car incluant un élément d'ordre psychologique inhérent à chacun d'entre nous et donc, différent à chaque contrat conclu.

<sup>70</sup> 2<sup>e</sup> Épître aux Corinthiens, 2, II.

<sup>71</sup> L'exactitude des informations fournies à l'assureur lui permettra d'évaluer les risques encourus et de fixer des primes en conséquence. Plus le risque est important, plus la prime sera élevée. Sur la base de ce principe, un mensonge, ou une omission pouvant paraître bénin lors de la conclusion du contrat, pourrait avoir des répercussions désastreuses sur l'ensemble des assurés liés à l'assureur, car, ils supporteront la charge d'un risque qui leur est étranger, et dont le coût pourrait être supérieur à ce que leur propre situation contractuelle prévoyait.

exempt de secrets soustraits de la connaissance de l'assuré<sup>72</sup>. Ce sont des secrets plus subtils en ce qu'ils s'apparentent plus à une méconnaissance des modalités contractuelles que l'assureur pourrait entretenir avec un manque d'information.

**33.** L'apparition du secret dans la relation d'assurance est le produit d'une réflexion. L'opportunité d'un tel choix n'est compréhensible que si l'on insère le secret au sein d'une logique dont les intérêts sont certains, mais contradictoires.

L'intérêt de l'assureur n'est pas d'accepter toutes les propositions qui lui sont soumises, mais de faire un choix pertinent et conforme à ses intérêts économiques. À cet effet, il bénéficie d'un droit légal de « discrimination »<sup>73</sup> reconnu, et réaffirmé au sein même du Sénat<sup>74</sup>. Tout assureur est en droit de choisir le risque qu'il accepte de couvrir, et donc de sélectionner les risques qui lui sont présentés. Les sociétés d'assurance ne sont pas soumises au régime légal<sup>75</sup> protégeant les personnes de toutes discriminations en raison de leur état de santé, leur handicap ou leurs mœurs<sup>76</sup>. Le législateur envisage le rôle de l'assureur comme devant supporter « une mutualisation de leurs risques »<sup>77</sup> et non une solidarité envers tous les assurés.

**34.** Ce système de mutualisation des risques, nécessite de la part de l'assureur un travail de prévision en fonction des probabilités qu'un risque incertain ou qu'un aléa puisse survenir en cours de contrat, ce qui ne peut être envisageable qu'à la seule condition que l'assuré l'informe suffisamment sur les risques devant être assurés<sup>78</sup>. Mais à ce choix légitime va être

---

<sup>72</sup> Déjà en 1854, Victor Hugo relate les difficultés d'obtenir le versement de la garantie perdue dans les méandres de l'incompréhension du contrat, laissant les assurés les plus démunis spoliés de leurs droits pour des raisons occultes. C'est ainsi qu'à la question « la compagnie a-t-elle payé ? » la réponse semble inévitable « ... Oh non ! Sous le prétexte vertueux qu'il y avait crime, la compagnie a volé la veuve », V. Hugo, « *Choses vues, Océan* », 1855, 'Tapner', éd. Nelson 1923, p. 273.

<sup>73</sup> N. Rousseau, *La séropositivité muette n'est pas une maladie*, Assur. Fr. 199- n°720, Cahiers de jurisp. n° 55.

<sup>74</sup> Il était question d'abroger l'article 225-3 ci-dessus rappelé, mais le Ministre du travail et des Affaires sociales s'y est opposé et a indiqué qu'« empêcher les assureurs de procéder à une sélection médicale reviendrait à rendre automatique l'acceptation de candidatures à l'assurance de personnes touchées par des maladies graves pour lesquelles il n'existe pas à ce jour, de traitement efficace. De fait ce serait ainsi créé un mécanisme de solidarité qui ne relève pas du champ d'activité des sociétés d'assurance » JO Sénat Q. 27 Février 1997 p.638 ; JO Ass. Nat. Q. 24 Mars 1997 p. 1542.

<sup>75</sup> Cette position est confirmée à l'article 225-3-1° du Code pénal selon lequel « les opérations ayant pour objet la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne... » sont exclus du délit de fourniture de services par discrimination, infraction prévue aux articles 225-1 et 225-2 qui répriment toute discrimination fondée sur des raisons de santé, excepté « les opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique, de la personne... », selon l'article 225-3 du Code pénal.

<sup>76</sup> Loi n° 90-602 du 12 Juillet 1990.

<sup>77</sup> Réponse ministérielle du Ministre des affaires sociales n°13209, JO Sénat Q 27 Février 1997 p. 637.

<sup>78</sup> L'assureur, peut refuser de prendre en charge certains risques dits « inassurable » car, dangereux d'un point de vue économique. Il pourra s'agir par exemple de ce que l'on pourrait appeler les 'grands risques', et dont les circonstances supposent une menace pesant sur le bien, l'activité, voire même la vie de la personne.

Cela ne signifie pas qu'un tel risque ne pourrait jamais faire l'objet d'un contrat d'assurance. Hormis les cas légaux prévoyant limitativement les situations ne pouvant faire l'objet d'un contrat d'assurance, nous pouvons

apportée une réponse illégitime, qui sous la forme du secret renforcera la position de l'assuré tout en bouleversant l'équilibre du contrat. Au cours de l'échange d'information, l'assuré sera alors en mesure d'utiliser la seule arme dont il dispose : le secret.

En gardant certains faits secrets, l'assuré accède à une position dominante voire même déterminante, car lui seul peut valablement informer l'assureur. Ce dernier n'est plus en mesure de déterminer l'étendue réelle de son engagement à partir des informations qu'il a pu recueillir. Le risque inassurable, s'il est connu de l'assureur, peut être maîtrisé d'un point de vue économique. Mais le risque inassurable, du fait de son caractère occulte, est de nature à mettre en péril toute la relation d'assurance. C'est en pesant de manière conséquente sur cette appréciation du risque que le secret crée l'asymétrie propre au contrat d'assurance. En dissimulant des informations nécessaires à l'assureur, l'assuré est en mesure de bouleverser toute l'économie du contrat d'assurance, car de tels secrets se répercutent sur l'existence même de l'élément fondamental du contrat : l'aléa<sup>79</sup>. Le détournement de la fonction première de l'aléa<sup>80</sup> permet à l'assuré de spéculer sur l'avenir du contrat dont il sait qu'il retirera un avantage certain<sup>81</sup>.

Le maître du secret est le maître du hasard, et donc de l'aléa qu'il supprime au gré de sa seule volonté, lui permettant de ce seul fait de maîtriser toute la relation d'assurance.

**36. « Toute révélation d'un secret est la faute de celui qui l'a confié »<sup>82</sup>.** Le secret reste un matériau difficile à travailler tout en nuances, en subtilités et en paradoxes, c'est une notion fuyante et changeante sans cesse en mutation selon l'angle sous lequel elle est observée. Un secret se garde, se transmet, se cache, se révèle, se transforme, se grandit, s'épaissit... Il est

---

envisager que l'assureur prenne en charge une situation dangereuse, dont les modalités de garantie feront l'objet d'un contrat spécifique, et dont la particularité du risque sera répercutée sur les modalités économiques du contrat.

<sup>79</sup> L'aléa est un élément substantiel du contrat selon les articles 1104 du code civil, selon lequel, Le contrat « est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle. Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un évènement incertain, le contrat est aléatoire ». et 1964 du code civil « Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un évènement incertain. Tels sont : Le contrat d'assurance... » ce qui le classe dans la catégorie des contrats aléatoires dont l'existence même est soumise à un évènement incertain.

<sup>80</sup> Dès les discussions parlementaires de la loi de 1930, il était précisé que « le contrat d'assurance qui figure parmi les contrats aléatoires... offre cette originalité remarquable que l'aléa ou risque est ici sa raison d'être, l'objet même du contrat, ... L'assurance n'est en effet souscrite par l'assuré que pour se défendre contre l'aléa qu'il redoute... » Travaux préparatoires de la loi du 13 juillet 1930, R. Lafarge, JO Doc. Parl. Ch., 2<sup>ème</sup> séance, 5 Août 1926, ann. n° 3316 p. 1160.

<sup>81</sup> Un détournement, car en temps normal, « l'assurance est plus préservatrice que spéculative », L. Mayaux, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 janvier 1996, n° 93-18.789, RGDA 1996. 262.

<sup>82</sup> La Bruyère, « *Les caractères* ».

mû par une existence certes soumise à la volonté de son détenteur, mais bien réelle car s'il naît et vit en période de latence, il meurt au moment même où il est dévoilé. Le secret obéit à cette même logique s'il est transposé en assurance : il circule.

**35.** Nous voilà une fois de plus face à Janus, et force nous est d'admettre qu'il nous faut dès à présent prendre en compte plusieurs sortes de secrets, et plusieurs manières de l'appréhender. Il y a certes les secrets propres à chaque partie contractante, mais il faut aussi tenir compte du comportement que doit observer chaque partie vis-à-vis du secret. C'est l'action combinée de l'effet déclaratif et du tri sélectif de l'information dispensée qui permet au souscripteur d'insérer le secret au sein de la relation contractuelle. L'assureur n'ignore pas cette situation de faiblesse et tente par tous les moyens de se prémunir de tous ces petits secrets susceptibles de nuire à son activité commerciale, en accédant à l'information qui lui a été soustraite auprès de tiers parties ou absolus au contrat. Cette approche du secret nous permet d'appréhender sa circulation au sein de la relation d'assurance envisagée dans son ensemble.

**37.** Le contrat d'assurance est soumis à un rayonnement dépassant de très loin la sphère contractuelle. Le secret n'est pas limité aux seules parties ayant consenties au contrat, il peut se transmettre, ou être détenu par des tiers plus ou moins impliqués dans la relation d'assurance. Le secret recueilli à l'occasion de l'exercice d'une profession correspond à une confiance avoisinant la contrainte car faite dans le but d'obtenir un conseil ou un renseignement auprès d'un professionnel susceptible d'intervenir dans l'intérêt de chacun d'entre nous. Il est donc dans l'intérêt public de pouvoir leur faire confiance, ce que la loi prend en compte en leur imposant une obligation de confidentialité spécifique, le secret professionnel, en vue de préserver l'intérêt général qui obéit à des règles légales, dont la violation est sanctionnée. Cette circulation s'inscrit dans un mécanisme particulier dans lequel doit être pris en compte la volonté de l'assuré qui renonçant à son secret permet que ses confidents privilégiés puissent transmettre certaines informations le concernant directement. Mais parce qu'il s'agit de secrets légalement protégés, cet accès répond à des contraintes que ne peut ignorer l'assureur.

**38.** De nos jours, ni le secret, ni la conclusion d'un contrat d'assurance ne peuvent être ignorés. Le secret est attaché à la vie intime et personnelle de chaque personne, alors que le contrat d'assurance est attaché à la vie sociale de chacun d'entre nous. Ces deux notions coexistent et cohabitent au quotidien. S'il semble évident que tant l'assuré que l'assureur sont tenus de se révéler réciproquement leurs secrets, seul l'assureur, se verra soumis à l'obligation de recueillir, et de protéger le secret contre toute divulgation inopportune. Le secret ne peut

s'épanouir que dans une relation de confiance, condition '*sine qua non*' favorisant la confiance. Mais, observer la relation d'assurance à travers le prisme du secret nous permet d'apercevoir l'étendue et la complexité des relations nouées entre un assureur et son assuré, mais aussi sa transformation en « nœud gordien » quand le secret intéresse ou concerne des tiers au contrat d'assurance. Le secret est indissociable de la personne qui le détient mais aussi de celle qui voudrait le connaître et le détenir à son tour.

Dès à présent, il nous faut envisager le secret comme une chaîne dont la résistance est assurée par chaque maillon contraint à la fois de protéger et de divulguer les informations qu'il contient. C'est tout le paradoxe du secret, à la fois hors d'atteinte et accessible en fonction des intérêts en présence. Mais quels sont les intérêts dont peuvent se prévaloir les parties cocontractantes pour y accéder, c'est ce qu'il convient d'étudier à travers toutes les hypothèses de secrets qui peuvent être recensées au sein de la relation d'assurance

**39.** Il est impératif de délimiter le régime de l'obligation des différents acteurs gravitant au sein et autour de la relation d'assurance afin de mettre en évidence cette diversité, afin de parvenir à une meilleure compréhension des incidences qu'emporte le secret sur la relation d'assurance. Qu'il s'agisse de déterminer ce que l'on est en droit de faire ou de ne pas faire avec le secret, des mécanismes élaborés en vue de sa protection mais aussi des conditions de sa divulgation. Et ce afin d'observer comment s'articulent les droits et obligations des différents acteurs de la relation d'assurance, dont la particularité est qu'ils procèdent de formes de secrets totalement distincts tant dans leur fondements, leurs régimes et leurs conséquences.

Le secret n'est pas une notion à laquelle le droit est en mesure d'apporter une réponse unique et générale. Pour une même relation d'assurance, chaque secret, chaque situation, et chaque solution est différente. Il n'y a pas de secret autorisé ou non, il n'y a qu'une réponse adaptée à sa nature et à son objet. Pour unifier notre sujet, il est important de revenir à la source du secret tel qu'il se présente en assurance, en observant les modalités du recueil des secrets des assurés, et les obligations pesant sur les cocontractants quand à la révélation et à la protection de ces confidences.

C'est la raison pour laquelle l'objet de notre recherche tendra à mettre en évidence toutes les formes de secrets procédant de régimes juridiques distincts, et examinés sous l'angle de la relation d'assurance afin de déterminer s'il peuvent être soumis à un régime juridique unique et homogène.

**40.** Le secret prend sa source au sein de la relation contractuelle. Le contrat d'assurance est ce qui formalise et matérialise la présence du secret, et au sein duquel il se présente sous



différents aspects. Il est nécessaire d'appréhender et de classer les différents secrets que révèle la relation d'assurance, tout en tenant compte de leur particularité et des effets qui leurs sont attachés en étudiant l'objet du secret (**Livre I**). Mais une fois recueilli, le secret n'est pas figé, il continue d'évoluer au sein des différents acteurs gravitant autour de la relation d'assurance, désireux soit de protéger le secret, soit de le soustraire, soit de le partager avec l'assureur, de tels comportements étant de nature à favoriser et sous certaines conditions à limiter la circulation du secret (**Livre II**).

Les différents secrets recensés au sein de la relation d'assurance seront appréhendés à seules fins de révéler un régime juridique homogène à travers :

**Livre I : L'objet du secret**

Titre I : Le secret et le risque

Titre II : Le secret et le contrat

**Livre II : La circulation du secret**

Titre I : La divulgation du secret

Titre II : La levée du secret

# Livre I - L'objet du secret

41. Dans l'absolu, l'association des termes « secret » et « assurance » crée une dissonance. Intuitivement, ces deux notions antinomiques et inconciliables, nous laissent supposer que le secret n'a pas sa place dans la relation d'assurance, et ce, que l'on se place tant du côté de l'assureur que de l'assuré. Dans l'intérêt de tous les protagonistes le contrat doit se conclure et s'exécuter sous les auspices de la transparence la plus totale.

42. Pour l'assureur la nécessité de connaître avec exactitude la situation de risque de l'assuré et donc tous ses secrets, est liée à l'exercice de son activité, c'est à cette seule condition que l'assuré bénéficiera de la meilleure garantie, où tout du moins, la plus appropriée à ses besoins. L'assurance, en tant que produit commercial, est fondée sur des principes mathématiques et statistiques laissant peu de place à l'incertitude. Ces outils servent de '*compas et de boussoles*' à l'assureur quand il prend la décision de s'engager. Dans ce cadre, le moindre secret pesant sur la relation d'assurance aurait pour conséquence de vicier tout un système, certes très perfectionné, mais à l'équilibre d'autant plus fragile que l'assuré pourra légitimement prétendre à préserver certains secrets et les soustraire de la connaissance de l'assureur.

43. Le contrat d'assurance est de nature à exacerber le polymorphisme du secret susceptible de fausser tout l'équilibre de la relation contractuelle. Le secret occupe de ce fait une position déterminante, qu'il est nécessaire d'identifier. Cela emporte la nécessité de classer toutes les formes des secrets susceptibles d'affecter les principes directeurs de la relation d'assurance afin de déterminer si nous sommes face à un secret admissible ou non.

C'est à l'aune du secret que s'équilibre le contrat d'assurance dont l'exécution repose sur une bonne adéquation entre les facteurs risque, prime et aléas de la survenance du risque. Ce travail d'estimation ne peut être fait qu'avec la collaboration étroite de l'assuré lors de la conclusion et de l'exécution du contrat, et dont les déclarations seront de nature à influencer sur tous les éléments fondamentaux de la relation d'assurance. C'est donc en premier lieu, à travers le risque qu'il convient d'apprécier les effets les plus notables du secret en assurance (**Titre I**).

44. Néanmoins, enfermé dans ce même mouvement, l'objet du secret doit être observé vis-à-vis des cocontractants. L'assuré étant qualifié de profane en matière d'assurance ne peut être

maintenu dans l'ignorance. L'assureur est tenu de dévoiler tous les secrets dissimulés au sein du contrat d'assurance, qu'il s'agisse des conditions ou des exclusions auxquelles sont soumises les garanties, mais aussi, les obligations lui incombant pour l'obtention de la garantie.

45. Le secret échappe au manichéisme « des bons et des mauvais », pouvant être aussi bien le fait de l'assuré que de l'assureur. Il s'immisce dans la relation contractuelle au moment de la souscription, se fige au moment de sa conclusion et exerce son emprise au cours de son exécution. S'il est découvert à un moment quelconque de ces phases, le secret aura un effet qui ne peut être ni ignoré ni sous-estimé, car, il sera de nature à entraîner des conséquences mettant en péril toute la relation d'assurance, s'il portait sur l'existence ou le contenu du contrat (**Titre II**).

## Titre I - Le secret et le risque

46. S'il est admis que « la connaissance complète du risque est une illusion »<sup>83</sup>, le risque reste la pierre angulaire du contrat d'assurance. Seule la connaissance, ou tout du moins une délimitation raisonnable, du risque réel permet aux cocontractants de connaître l'étendue de leurs engagements respectifs, et ce quel que soit le contrat d'assurance envisagé.

47. En tant que principe générateur de la mutualisation de la relation d'assurance, il est l'élément impulsif et déterminant de la volonté de contracter de l'assureur. D'un point de vue purement commercial, c'est en créant des groupes de risques équivalents que le système de la répartition pourra trouver un équilibre, et donc profiter à tous les cocontractants liés à l'opération d'assurance. L'assureur est donc contraint de faire une étude complète et approfondie du risque avant d'accorder sa garantie. Mais toutes les études aussi sérieuses et aussi approfondies soient-elles ne pourraient suffire à diminuer le seul risque susceptible de fausser toute la relation d'assurance : le secret.

48. Le secret est de ce fait très intimement lié au risque, qu'il s'agisse d'un risque devant être apprécié lors de la déclaration initiale (**chapitre 1**), ou au moment de sa réalisation (**chapitre 2**), c'est au cours de ces deux phases très stratégiques que le secret peut s'immiscer dans la relation d'assurance et créer un avantage en faveur du « maître du secret » : L'assuré.

---

<sup>83</sup> L. Mayaux, Rép. Dalloz, *Assurances terrestres (1<sup>o</sup> généralités)* n°4.

## Chapitre 1 - Le secret et l'appréciation du risque

49. L'appréciation du risque est l'opération fondamentale menant à la décision de conclure ou non un contrat d'assurance, elle s'inscrit dans le cadre de la proposition d'assurance par laquelle, le candidat à l'assurance soumet un risque dont il demande à obtenir la garantie. Pour l'assureur apprécier un risque signifie évaluer la viabilité et l'entendue de son engagement.

50. Si la maîtrise des informations devant être révélées lors du processus déclaratif donne un avantage certain à l'assuré, il appartient à l'assureur de rétablir un semblant d'équilibre, en limitant avec soin les conditions dans lesquelles il engagera sa garantie. Il importe de déterminer l'existence du secret, et ce qu'il s'agisse de le déceler, si le preneur d'assurance<sup>84</sup> le masque, ou de l'apprécier s'il est spontanément dévoilé.

L'asymétrie de la connaissance du risque est inhérente à l'existence du secret qui, présent à ce stade de la relation, aura vocation à s'insérer durablement, tout au long de l'exécution du contrat. D'où l'intérêt de cerner le secret très tôt dans la relation d'assurance en le mettant en évidence dès la phase précontractuelle

51. Cette appréciation du risque se déroule sur plusieurs phases déclaratives au cours desquelles, l'assureur doit veiller à circonscrire efficacement les secrets de l'assuré. À cet effet, dès la souscription initiale, l'assureur doit interroger le souscripteur efficacement sur toutes les circonstances susceptibles de comporter un secret (**Section 1**) Cependant, au cours de l'exécution du contrat, c'est à l'assuré qu'il appartient de maintenir l'assureur informé de toutes les évolutions susceptibles de modifier le risque initial (**Section 2**). Ce sont ces différentes déclarations de risque qui permettront de révéler le secret et de déterminer s'il est de nature à modifier l'appréciation que pouvait se faire l'assureur du risque garanti (**Section 3**).

### Section 1- Le secret et l'appréciation du risque initial

52. L'intérêt de l'assureur est de 'traquer' le secret et ce, sous quelque forme qu'il se présente dès le commencement de la relation d'assurance, afin qu'elle lui soit d'un point de

---

<sup>84</sup> Il s'agit de la personne qui souscrit une assurance ; également dénommé le proposant lorsque l'assureur n'a pas encore donné son accord à la conclusion du contrat ; et de souscripteur ou contractant, une fois le contrat conclu. « Ce terme figure à l'article L.112-2 du Code des assurances, et résulte de la transposition des directives européennes dans le droit français » voir le *lexique des termes d'assurance*, de J. Landel et M. Charre-Cerveau, préface d'Yvonne Lambert- Faivre. éd. L'Argus 2000.

vue économique le plus profitable, et la moins dangereuse possible<sup>85</sup>. Le choix de la sélection des risques, est dans un premier temps opéré par l'assureur au moyen du questionnaire de déclaration de risques. C'est l'outil le plus adéquat tant pour imposer à l'assuré l'obligation de dévoiler ses secrets, que pour permettre à l'assureur de faire une appréciation la plus précise possible des risques qui lui sont soumis à garanti.

**53.** Le questionnaire marque « surtout une obligation, celle de révéler toutes les données connues et conscientes qui permettent à l'assureur une juste appréciation du risque pris en charge »<sup>86</sup>, ce qui exclut toute possibilité de lui opposer un secret. En réalité, la déclaration des risques suppose deux obligations réciproques mises à la charge des cocontractants. L'obligation de l'assureur consiste à formuler des questionnaires permettant de recueillir le secret de la manière la plus précise possible (§1) à laquelle répond l'obligation pesant sur l'assuré de confier ses secrets, en décrivant le risque de la manière la plus exacte possible (§2).

## §1 - Le moyen légal de provoquer la révélation du secret

**54.** Le secret peut être encadré par l'obtention d'une information fiable et donc fidèle au risque réel. L'assureur sur la base de questionnaires, est mis en mesure d'apprécier, selon ses propres critères, le risque devant être assuré (A), sans que le souscripteur ne puisse s'y soustraire (B).

### *A - L'obligation pesant sur l'assureur de poser des questions sur le risque*

**55.** Pour accéder à la connaissance des circonstances exactes du risque, l'assureur qui autrefois laissait le déclarant dévoiler ses secrets spontanément (1), bénéficie désormais de l'initiative des questions devant être posées afin de lever le voile sur tous les secrets susceptibles d'affecter le risque qui lui est soumis (2).

#### 1 - Le principe du questionnaire spontané

**56.** L'assureur est placé en situation de faiblesse à ce stade des pourparlers, et doit faire face à un secret, qui inséré dans ce contexte est un secret 'utile' car motivé du point de vue du

---

<sup>85</sup> Certains risques seront inassurables du fait même de la loi, de par leur contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

<sup>86</sup> B. Beignier *Déclaration de risque et bonne foi dans le contrat d'assurance*, D. 1996. 56.

souscripteur par la seule nécessité d'obtenir la souscription d'un contrat d'assurance dans les meilleures conditions.

Afin de pallier l'asymétrie inhérente au secret dissimulant la réalité du risque, il appartient à l'assureur de favoriser le recueil des informations essentielles qui détermineront son engagement. Cette opération de sélection des risques fait partie de la proposition d'assurance initiale, et repose entièrement sur un document, le formulaire de déclaration de risque<sup>87</sup>, communément appelé le questionnaire d'assurance. Ce document pourra être rempli par l'assureur<sup>88</sup> ou le souscripteur, et servira de point de départ à la relation d'assurance. Mais il servira également de référence et sera à ce titre utilement analysé, conservé et consulté, tout au long de l'exécution du contrat.

57. Ces questionnaires présentent un intérêt crucial en ce qu'ils serviront de '*révélateur de secret*' à l'assureur<sup>89</sup>. Autrefois<sup>90</sup>, la jurisprudence reconnaissait le caractère non limitatif du questionnaire dit « spontané », en posant le principe selon lequel, « il appartenait à l'assuré de déclarer spontanément (*les*) circonstances qu'il devait savoir capables d'influencer l'opinion du risque »<sup>91</sup>. Cette position permettait à l'assureur de se reposer sur les déclarations de l'assuré qui avait l'initiative de la description du risque<sup>92</sup>. De la sorte, tout fait nécessairement passé sous silence, constituait un secret '*latent*' qui, s'il était découvert ultérieurement, pouvait être favorablement utilisé par l'assureur.

58. Si cette position permettait de faire échec au secret à posteriori, et de manière systématique, elle présentait toutefois le désavantage d'obliger l'assuré à anticiper voire même, à deviner les circonstances auxquelles l'assureur était supposé s'attacher<sup>93</sup> et ce, en fonction de ses propres critères, ce qui concordait rarement avec les attentes de l'assureur<sup>94</sup>. En application d'un tel système, tout fait non déclaré constituait un secret. Dès lors, même l'assuré le plus loyal et le plus sincère, pouvait se voir reprocher sa mauvaise foi.

## 2 - Le principe du questionnaire provoqué

---

<sup>87</sup> Articles L. 112-3 et L. 113-2 du Code des assurances.

<sup>88</sup> Si l'assureur ou un intermédiaire consigne les réponses données par le souscripteur, ce dernier devra en confirmer l'exactitude en apposant sa signature au bas du questionnaire.

<sup>89</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 Avril 2000, n° 97-22. 560, RGDA 2000, p. 816 note A. Favre Rochex.

<sup>90</sup> Ancien article L.113-2 du code des assurances, issu de la loi du 13 Juillet 1930.

<sup>91</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 Décembre 1974, n° 73-12.610.

<sup>92</sup> TGI Paris 3 Décembre 1981, Quot. Jur. 25 Août 1982, qui définit le questionnaire dont l'usage « limité à un rôle indicatif, ne dispensait pas l'assuré de déclarer les circonstances capables d'influencer l'opinion du risque ».

<sup>93</sup> A. Besson, RGAT 1955, p. 37, sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 Novembre 1954.

<sup>94</sup> La Commission des clauses abusives dans la recommandation n° 85-04 du 20 Septembre 1985 avait soulevé le déséquilibre de ce procédé de déclaration spontanée.

**59.** C'est la loi du 31 Décembre 1989<sup>95</sup> qui en modifiant l'article L.113-2 du code des assurances, va adopter le système déjà admis par la jurisprudence<sup>96</sup>, en substituant à l'obligation de déclaration spontanée, le questionnaire dit « provoqué ». Désormais, l'assuré est tenu « de répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclarations de risques par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge »<sup>97</sup>. L'assureur doit provoquer la confiance et donc, susciter la révélation du secret.

**60.** L'initiative de la connaissance des circonstances du risque revient à l'assureur, qui en fonction de ses préoccupations et de ses intérêts pourra sonder le souscripteur de manière à déceler, mais cette fois à priori, toute tentative de lui dissimuler un secret. Cette disposition semble très favorable aux investigations menées par l'assureur, cela lui permet d'apprécier le risque, et donc, de recueillir toutes les informations nécessaires auprès d'un assuré qui ne peut se soustraire à sa curiosité.

**61.** En ce sens, nous approuvons M. Beignier quand il décrit le rôle tenu par l'assureur « un peu comme autrefois les confesseurs qui prenaient le relais de la conscience du pénitent pour examiner moins ce qu'il voulait cacher que l'aider à juger ce à quoi il n'accordait pas d'importance et qui était peut être plus grave que ce qui retenait à tort ses scrupules : il était le *directeur* de conscience. »<sup>98</sup>. Il appartient à l'assureur de se prémunir contre le secret, et de poser toutes les questions permettant de le révéler, afin de ne laisser aucune circonstance de nature à fausser le risque, lui échapper<sup>99</sup>. Encore faut-il pour circonscrire efficacement le secret, savoir poser les bonnes questions. La qualité des informations recueillies dépendra du degré de précision des questions posées.

### *B - La qualité des questions délimitant le risque*

**62.** le secret étant par définition inconnu, il peut s'avérer compliqué de poser des questions ciblées quand on ne sait pas ce que l'on recherche. En réalité, le champ d'action de l'assureur n'est pas aussi limité que la simple lecture des textes pourrait le laisser penser. La concision et

---

<sup>95</sup> Loi n° 89-1014 du 31 Décembre 1989, portant adaptation du codes des assurances à l'ouverture du marché européen (JO 2 Janvier 1989).

<sup>96</sup> J. Kullmann, Rép. Dalloz , *Assurances de personnes*, n° 253 et suivant.

<sup>97</sup> Dispositif de l'article L.113-2 du Code des assurances, dont nous retiendrons comme le souligne J. Kullmann quelques doutes sur « la qualité de l'expression... (qui s'avère) ... désastreuse... ». « *Traité de droit des assurances* », T 3, *Le contrat d'assurance*, n° 915 p.670 ; sous la direction de J. Bigot, éd. 2002, LGDJ.

<sup>98</sup> B. Beigner, op. cit. note n° 90.

<sup>99</sup> D. Noguero, *questionnaire fermé, réticence dolosive et déclaration du risque du souscripteur d'un contrat d'assurance*, D. 2007. 1635.

la précision des questions de l'assureur, étant compensées par la liberté du choix très étendu des sujets sur lesquelles elles portent (1). D'autant qu'elles pourront être complétées par l'utilisation des questionnaires dits en « cascades » qui favorisent la traque du secret en posant des questions de plus en plus précises (2).

## 1 - Le choix des questions

**63.** Le législateur prenant acte de la situation de faiblesse de l'assureur dans la connaissance exacte du risque initial, permet de rétablir un semblant d'équilibre en sa faveur. Désormais, il lui est permis de poser des questions ne portant pas seulement sur le risque, mais aussi, sur toutes les circonstances dans lesquelles s'intègre le risque, en fonction du profil de l'assuré. L'assureur peut de ce fait s'intéresser aux antécédents de sinistre du déclarant, aux motifs des résiliations des contrats d'assurance souscrits par le passé, ou sur l'existence de cumul de contrat<sup>100</sup> portant sur le même risque garanti.

**64.** L'assureur pourra légitimement poser des questions qui apparemment n'auront aucun lien avec l'assurance souscrite. C'est ainsi que nous pourrions nous demander quel serait l'intérêt d'obtenir des informations sur l'état de santé du souscripteur, pour une assurance d'accident corporel, dans la mesure où cette donnée est extérieure au risque devant être garanti ? Mais si l'on se place sur le terrain du secret, à travers cette simple question, l'assuré ne pourra obtenir un dédommagement pour une fracture de la hanche, dont l'existence avait été déclarée lors de la souscription du contrat.

**65.** Vu sous cet angle, l'assureur aura tout intérêt à étendre le champ des questions devant être posées, même si en apparence, elles ne semblent avoir aucun rapport direct avec le risque garanti<sup>101</sup>. Néanmoins, ce système impose à l'assureur de savoir faire preuve d'imagination, il doit non seulement être en mesure de poser les bonnes questions relatives au risque, mais aussi être en mesure d'aller à '*la pêche au secret*' en étendant ses questions à des domaines pouvant à priori sembler fort éloignés du risque. La difficulté étant comme le souligne un auteur, que cela « est loin d'être toujours le cas... ce qui explique en partie le fait que ce soit précisément en matière d'assurances de personnes que se développe le plus lourd contentieux de la déclaration du risque »<sup>102</sup>. Ce qui contraint l'assureur à un exercice d'interrogatoire à la fois clair et précis.

## 2 - La précision des questions

---

<sup>100</sup> V. infra n°442 et suivant.

<sup>101</sup> Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 22 Mai 2002, n° 00-12.419 ; v. note J. Kullmann, RGDA 2002, p. 686 et H. Groutel, RCA 2002. Comm. n° 275.

<sup>102</sup> J. Kullmann, Rép. Dalloz, op. cité.



**66.** L'assureur mis en mesure de poser des questions portant sur les circonstances objectives du risque<sup>103</sup> pourra accéder à une connaissance plus étendue de la situation de risque. L'assureur peut circonscrire efficacement les secrets que l'on serait tenté de lui dissimuler, tout en se réservant la possibilité de soulever toutes les omissions constatées ultérieurement<sup>104</sup>. Mais cela ne sera envisageable que s'il avait posé la question ayant trait à l'omission qui lui avait été volontairement opposée<sup>105</sup>. À cet effet, la grande réforme des assurances de 1989, insère un deuxième alinéa à l'article L.112-3 du Code des assurances, selon lequel « lorsque, avant la conclusion du contrat, l'assureur a posé des questions par écrit à l'assuré (...) il ne peut se prévaloir du fait qu'une question posée en des termes généraux n'a reçu qu'une réponse imprécise ». Le législateur pose un impératif très précis en la matière et prévoit qu'il appartient à l'assureur de rechercher les secrets, en soumettant à l'assuré des questions claires et précises<sup>106</sup>. Cette mesure en apparence favorable à l'assureur, n'est pas aisée à mettre en œuvre<sup>107</sup>,

**67.** La recherche du secret peut expliquer le développement des questionnaires dits « en cascades ». Le principe en est simple, pour se faire une exacte opinion du risque, l'assureur va dans un premier temps, soumettre au souscripteur un questionnaire contenant des formulations à la fois générales et succinctes. En fonction des réponses, l'assureur va alors lui soumettre un autre questionnaire plus précis et plus complexe, car entièrement axé sur l'aspect du risque qui l'intéresse. Ce procédé agissant comme '*un entonnoir*' permet à l'assureur en partant de généralités de circonscrire le secret et de le limiter à sa plus simple existence, c'est en cela que l'on peut faire état d'une véritable '*traque du secret*'<sup>108</sup>. De ce fait l'utilisation rationnelle des questionnaires alliée à l'expérience des professionnels de

---

<sup>103</sup> Telles que : la situation du risque, l'usage du bien, la zone de circulation de gardiennage d'une voiture, l'identité du conducteur habituel d'une voiture, la situation médicale de l'assuré...

<sup>104</sup> En application des sanctions prévues aux articles L.113-8 et L.113-9 du Code des assurances.

<sup>105</sup> Voir pour ce qui relève des questions précises et intelligibles, S. Abravanel Jolly, *Déclaration de risque*, RGDA, 2006, p.74.

<sup>106</sup> Cass 1<sup>re</sup> civ., 17 Mars 1993, RGAT 1993, p. 547 note R Maurice ; Cass 1<sup>re</sup> civ., 6 Janvier 1994, RGAT 1994, p. 474, note F. Chardin ; Cass 1<sup>re</sup> civ., 16 Février 1994, RGAT 1994, p. 466, note A. Favre Rochex, JCP G 1994, IV, 1021; Cass 1<sup>re</sup> civ., 26 Janvier 1995, RGAT 1995, p. 314, note A. Favre Rochex. ; Cass 1<sup>re</sup> civ., 2 Décembre 1995, RCA 1995, comm n° 143.

<sup>107</sup> L. Fonlladosa *Déclaration de risque*, RGDA 1998, p. 59, qui évoque les difficultés soulevées par un questionnaire au libellé difficilement compréhensible.

<sup>108</sup> De plus, cette méthode présente l'avantage d'effectuer un tri sélectif des souscripteurs dont le dossier devra faire l'objet d'une étude approfondie. Toutes les demandes ne feront pas l'objet d'une visite médicale, cela représenterait un coût et une organisation trop importante pour les compagnies d'assurances, d'autant que « statistiquement, la mortalité des assurés sans examen n'est pas très supérieure à celle des assurés examinés » V. JCN, fasc.15-10 *Assurances Terrestres* n°107.

l'assurance, permet de révéler les dossiers présentant un risque particulier laissant suspecter une tentative de dissimulation d'un secret.

**68.** Certes ces principes directeurs présentent le désavantage de « voir les assureurs devenir de sombres inquisiteurs méfiants (*Tenus d'*) allonger indéfiniment les questionnaires en ne faisant grâce au candidat à l'assurance d'aucun rhume et en remontant si possible jusqu'aux aïeux (...). Au surplus, le questionnaire étant déjà vécu, non sans raison, comme une intrusion dans la vie privée deviendra alors intolérable »<sup>109</sup>. Mais force est de constater que tout manquement au principe de clarté et de précision aux questions posées aura des répercussions sur l'existence du secret : il ne sera pas sanctionné. Seule la recherche d'un secret explique la profusion et la précision du questionnaire de risque initial. Désormais l'assureur se voit confié une participation active dans l'étude du risque qu'il s'engage à garantir, tandis que l'assuré n'est plus en mesure de dissimuler ce qui lui a été demandé en répondant mal, voire pas du tout aux questions posées.

## §2 - L'obligation légale de révéler le secret

**69.** Concernant la description réelle du risque, « le profane doit informer le professionnel »<sup>110</sup>. Il est constant d'un point de vue contractuel, que « l'assuré connaît à priori mieux que son cocontractant les risques dont il demande la couverture (...) Il est logique qu'il soit tenu de transmettre ces informations à l'autre partie de manière à collaborer à la bonne exécution du contrat »<sup>111</sup>. L'assuré est tenu à une obligation de sincérité et de loyauté, mais cette obligation ne suffit pas à imposer une symétrie parfaite des échanges d'information. C'est dans l'optique de compenser ce déséquilibre originel créé par le secret que l'assuré est tenu légalement de répondre sincèrement aux questions posées (A). Le questionnaire est élaboré de manière très étendue, et peut porter sur des éléments relevant de l'intimité de l'assuré, à seules fins d'exclure le secret qui aurait pu s'immiscer dans la déclaration initiale du risque (B).

### *A - Le contenu légal de la révélation du risque*

**70.** L'assuré ne doit en principe avoir aucun secret pour l'assureur quand ils ont traité à l'évaluation du risque qu'il entend lui soumettre. Il doit décrire sa situation en fonction des connaissances qu'il possède (1), et de l'intérêt que leur porte l'assureur (2).

#### 1 - La révélation d'une circonstance connue du souscripteur

---

<sup>109</sup> B. Beignier op. cit. note n°90.

<sup>110</sup> D. Noguero *Questionnaire fermé, réticence dolosive et déclaration du risque du souscripteur d'un contrat d'assurance*, D. 2007.1635.

<sup>111</sup> L. Mayaux, Rép. Dalloz, n° 352 op. cit.

**71.** L'assuré reste maître de l'information qu'il désire délivrer ou taire, en gardant le secret sur des faits qu'il sait lui être défavorable. Le secret favorise la position dominante du déclarant sur la connaissance du risque initial. De tels effets ne peuvent être temporisés que par l'obligation d'information, imposée sous la forme d'une déclaration initiale de risque. Cette obligation légale déjà existante dans la loi du 13 Juillet 1930, prévoyait que l'assuré n'était tenu de déclarer que les faits dont il avait connaissance, et seulement ceux qui permettaient à l'assureur de se forger une opinion exacte du risque. L'objet de l'information est de permettre à l'assureur de contracter en toute connaissance de cause. Si ce principe conforme au consentement éclairé du droit commun des contrats, est toujours appliqué<sup>112</sup>, il est désormais renforcé par l'application de l'article L.113-2, 2° du Code des assurances qui impose au prétendant à l'assurance de « ... répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration de risque ... ».

**72.** En prenant soin de préciser qu'il devait être répondu « exactement aux questions posées », le législateur délimite le secret en assurance. D'une part il marque sa volonté de faire obstacle au secret, en signifiant à l'assuré potentiel, qu'il n'y a pas de place à la dissimulation dans le contrat d'assurance, et ce, non en se fondant sur le principe fondamental de la bonne foi contractuelle, mais en posant cette condition comme un impératif légal et préalable à tout engagement. Et d'autre part, il prend soin de circonscrire l'obligation d'information de l'assuré à ce qu'il sait de son risque. L'assuré ignorant la réalité de son risque ne sera pas concerné. L'omission doit être volontaire. Le secret qui nous intéresse est intentionnellement soustrait à la connaissance de l'assureur, mais, encore faut-il qu'il ait fait l'objet d'une question.

## 2 - La révélation d'une circonstance intéressant l'assureur

**73.** Aucun doute n'est permis, en lui imposant de répondre exactement aux questions posées par l'assureur, il pèse sur le souscripteur une obligation de révélation des circonstances du risque dont il a connaissance. Cette obligation mise à sa charge se traduit dès la déclaration de risque initiale, et se matérialise par le formulaire à travers lequel l'assureur l'interroge sur tous les éléments susceptibles de lui permettre d'apprécier le risque. Et ce, avant même la conclusion du contrat. En instaurant le système du questionnaire « fermé » Le législateur de 1989, donne l'initiative à l'assureur à qui il revient de poser les questions pertinentes auxquelles l'assuré a l'obligation de répondre sincèrement.

---

<sup>112</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 Juin 2000, n° 97-20.917 ; RGDA 2000, p. 816, note A. Favre Rochex.

74. Auparavant, s'il l'estimait nécessaire, l'assuré restait libre d'informer l'assureur sur des circonstances qui n'avaient pas été envisagées dans le questionnaire. Mais désormais, rien n'est prévu concernant les déclarations spontanées de l'assuré. En principe il ne lui appartient donc pas de compléter une demande d'information lacunaire, ni d'apprécier la nature des questions posées ou de « préjuger de la pertinence des informations que l'assureur utilisera pour apprécier le risque pris en charge »<sup>113</sup>. L'assuré n'est tenu de dévoiler que les secrets pour lesquels l'assureur a marqué un intérêt de manière spécifique. Nous pouvons en déduire que légalement une circonstance ou un fait non demandé par l'assureur peut demeurer secret, même si l'assuré avait conscience qu'il pouvait influencer sur le risque. La seule référence en matière de déclaration du risque initial est le questionnaire, dont les questions pourront concerner le risque lui-même, mais aussi des faits n'ayant aucun lien direct avec le contrat envisagé. Le souscripteur ne pourra pas se soustraire à cette déclaration sous prétexte qu'elle ne serait pas pertinente, ou qu'elle porterait atteinte à sa vie privée.

### *B - L'étendue de la révélation des secrets*

75. En assurance de personnes ou de responsabilité, le profil du souscripteur revêt une grande importance. L'assureur sera intéressé par des faits relevant de la vie privée du déclarant, mais ce dernier pourra estimer ne pas avoir à dévoiler ce qui ressort de son intimité. Néanmoins sous l'angle du risque, ces secrets présenteront un intérêt qui ne pourra être occulté s'ils font l'objet d'un questionnaire, notamment pour ce qui ressort des antécédents judiciaires (1) et médicaux (2) qui sont les matières les plus sujettes à caution en assurance.

#### 1 - La révélation des antécédents judiciaires

76. Le problème de l'atteinte à l'intimité de la vie privée, est nécessairement soulevé pour ce qui concerne les antécédents judiciaires du demandeur à l'assurance. L'assureur peut demander un état de la situation de l'assuré au regard de son casier judiciaire<sup>114</sup>. Cependant toute personne sera en mesure d'obtenir sous certaines conditions, l'effacement du contenu du

---

<sup>113</sup> CA Rouen, 1<sup>ère</sup> chambre civ. 22 Novembre 1995, juris data n° 052064.

<sup>114</sup> Le casier judiciaire instauré officieusement en 1848 est légalisé et centralisé par les lois des 5 Août 1899 et 11 Juillet 1900, avant d'être informatisé par la loi du 4 Janvier 1980. Le casier judiciaire permet de connaître les antécédents de toutes personnes dont la condamnation est devenue définitive, le greffier de la juridiction transmet la décision accompagnée d'une fiche comportant toutes les indications sur l'état civil et la condamnation avant de les envoyer à Nantes où les fichiers sont centralisés (article R.65 à R. 66-1 du Code de procédure pénale). Doivent principalement y figurer les condamnations pénales pour crime, délit ou contravention de 5<sup>ème</sup> classe ; certaines décisions non pénales, telles que les décisions disciplinaires et administratives, les incapacités prononcées suite à au règlement judiciaire, la liquidation de biens, les déchéances de l'autorité parentale, les arrêtés d'expulsion pris contre des étrangers ; les condamnations prononcées par les juridictions étrangères... (Article 768 du Code de procédure pénale). V. pour plus de détails, v. J. Pradel « *Droit pénal général* » éd. 2000-2001, manuels CUJAS, n° 667 et suivant p. 584.

casier judiciaire de par le simple écoulement du temps<sup>115</sup>, ou de par la volonté du magistrat ayant prononcé la sentence<sup>116</sup>. Dans ce cas il serait possible d'opposer à l'assureur un droit à l'oubli en ne répondant pas aux questions relatives à des condamnations antérieures. Le secret serait justifié du seul fait que la loi prévoit l'effacement de toute trace du prononcé de la peine, devenu seulement accessible au personnel judiciaire dûment autorisé<sup>117</sup>.

77. Mais dans le cadre d'une conciliation nécessaire avec le droit des assurances, la jurisprudence ne reconnaît pas le droit à l'oubli, ni l'atteinte du droit au respect de la vie privée. Les juges, admettent la nécessité de répondre aux questions liées aux antécédents judiciaires, sur le fondement de la publicité des débats<sup>118</sup> et du prononcé des peines par les tribunaux<sup>119</sup> dont la lecture est faite à chaque début d'audience du tribunal correctionnel<sup>120</sup>.

78. La solution sera cependant totalement différente pour les décisions judiciaires amnistiées<sup>121</sup>. C'est ce que retient la jurisprudence pour qui, une telle information doit être revêtue du sceau du secret vis-à-vis de l'assureur<sup>122</sup>. Ayant la valeur d'un pardon, cette circonstance ne pourra pas faire l'objet d'une déclaration, le souscripteur devant bénéficier d'un droit à l'oubli légalement reconnu.

Cependant, comme le souligne un auteur<sup>123</sup>, d'un point de vue strictement juridique, les lois d'amnisties ne peuvent trouver à s'appliquer que si elles ne préjudicient pas au droit des tiers<sup>124</sup>. L'assureur étant un tiers vis-à-vis de la décision pénale, serait en droit de soulever la

<sup>115</sup> Il peut s'agir de la révision consécutive à une erreur judiciaire, et principalement des condamnations prononcées depuis plus de 40 ans sans qu'aucune nouvelle condamnation n'ait été prononcée, et les mineurs devenus majeurs (pas pour les condamnations fermes de plus de 2 mois). V. J. Pradel « *Droit pénal général* » éd. manuels CUJAS 2000-2001, n°667 et suivant p.584.

<sup>116</sup> Le magistrat peut à la demande exprès de l'auteur des faits incriminés exclure la mention de la condamnation des bulletins n°2 et n°3 du casier judiciaire (articles 775-1 et 777-1 du Code de procédure pénale). V. J. Pradel op. cit. n° 671 p.585.

<sup>117</sup> Le casier judiciaire est composé de bulletins qui sont des extraits destinés à être communiqués et dont le contenu est des plus succinct pour les bulletins n°1 et n°2. L'intégralité du casier judiciaire n'apparaît qu'à la consultation du bulletin n°1 auquel ont accès les seuls magistrats du parquet et de l'instruction. V. J. Pradel op. cit. , n° 672 p.585.

<sup>118</sup> Exception faite pour les audiences se déroulant à huis clos, selon les articles 306, 400, 512 et 535 du Code de procédure pénale, le public est admis à suivre l'audience dont un compte rendu pourra être diffusé par voie de presse pour que « la vérité ne soit pas étouffée », v. J. Pradel « *Procédure pénale* » 10<sup>ème</sup> éd. 2000- 2001 Manuels CUJAS, n° 780 p. 673.

<sup>119</sup> Cass. crim., 29 Avril 2003, n° 02-82574.

<sup>120</sup> Le prononcé du jugement est rendu soit à la fin de l'audience par le président ou l'un des juges (article 485 al. 4 du Code de procédure pénale), soit à une audience ultérieure. Selon les articles 400, 512, et 535 du Code de procédure pénale, la lecture est faite en public, et ce même si l'audience avait eu lieu à huis clos.

<sup>121</sup> Loi n° 51-18 du 5 janvier 1951. L'amnistie qui est une exception péremptoire et d'ordre public, ôte à un fait sa qualification pénale s'il a été commis avant une certaine date. V. J. Pradel « *Procédure pénale* » 10<sup>ème</sup> éd. 2000- 2001 Manuels CUJAS, n° 233 p. 203.

<sup>122</sup> Cass.1<sup>re</sup> civ., 9 Avril 1991, RGAT 1991, p. 555, note H. Margeat et J. Landel.

<sup>123</sup> Cass.1<sup>re</sup> civ., 16 Février 1988, n° 86-12.238, note J. Bigot, RGAT 1988, p. 473.

<sup>124</sup> Article 18 de la loi du 5 janvier 1951, portant sur l'amnistie, op. cit.

mauvaise foi de l'assuré s'il ne déclarait pas une condamnation même amnistiée, un tel secret étant de nature à lui causer un préjudice. Certes le raisonnement juridique est imparable, mais il faudra tenir compte des difficultés que pourra rencontrer l'assureur à démontrer l'existence d'une condamnation occultée tant par l'assuré, que par la société, si elle ne lui a pas été spontanément dévoilée. Le déclarant doit permettre à l'assureur de se forger une opinion exacte du risque qu'il envisage de garantir, même si les questions relèvent d'un domaine aussi personnel que son état de santé.

## 2 - La révélation des antécédents médicaux

**79.** S'il porte sur l'état de santé du proposant, le secret passé sous silence mérite notre attention, et ce, sous l'angle du risque réel qu'il représente pour l'assureur qui s'engage en assurance de personnes<sup>125</sup>. Le souscripteur doit remplir le questionnaire de risque médical en décrivant de manière objective (a) son état de santé réel (b), ce qui en principe devrait laisser peu de place au secret.

### a - La description objective du risque de santé

**80.** Tout en tenant compte des dispositions de l'article L. 112-3 du Code des assurances prohibant les formulations trop générales telles que « pensez vous être en bonne santé ? »<sup>126</sup>, les questionnaires de santé doivent être remplis dans la plus grande transparence, le secret n'ayant pas de place dans ce domaine.

La faculté accordée à l'assureur de vérifier l'état de santé réel de la personne, reste toutefois subordonnée à la clarté des questions posées<sup>127</sup> et à la fiabilité des documents soumis à l'assuré. Ainsi, les dispositions concernant les antécédents du risque de santé contenues dans une annexe comprenant les conditions particulières du contrat, ne peut démontrer la volonté du souscripteur à vouloir garder un secret se rapportant à ses antécédents médicaux<sup>128</sup>. Le souscripteur doit être mis en mesure de révéler ses antécédents médicaux. Si un doute subsistait quand aux conditions de recueil de l'information utile, l'omission constituera un secret toléré.

---

<sup>125</sup> Cette assurance a pour objet est de garantir « forfaitairement le versement d'une somme d'argent si l'assuré est atteint d'une maladie qui entraîne une incapacité, une invalidité ou un décès » J. Kullmann, Rép. Dalloz, *Assurances de personnes* n°136.

<sup>126</sup> Selon B. Beignier « terminer le questionnaire, s'agissant d'une assurance de personnes, par la désormais classique question « êtes-vous en bonne santé »... est peut être le pire (des procédés)... » Permettant d'évaluer la bonne foi du déclarant. V. *Déclaration des risques et bonne foi dans le contrat d'assurance*, op. cit.

<sup>127</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 Mars 1993, n° 91-10.041, RGAT 1993, p. 547, note Maurice.

<sup>128</sup> D'autant qu'en l'espèce, ce document n'était pas signé, dans ces conditions, il ne pouvait être démontré que l'assuré ait eu connaissance de la question posée, Cass. crim., 23 Mai 1991, n° 90-83.999, RGAT 1991, p. 822 note H. Margeat et J. Landel.

**81.** Les termes utilisés par l'assureur peuvent favoriser le secret s'ils sont imprécis, dans une espèce les juges du fond ont rejeté très vivement<sup>129</sup> la demande d'un assureur tendant à faire reconnaître que la souscriptrice avait gardé le secret dans le questionnaire de santé sur l'existence de deux arrêts de travail obtenus en raison de la fatigue engendrée par la grossesse, et ce, au motif que la grossesse n'est pas une maladie au sens évoqué dans le questionnaire de santé<sup>130</sup>.

**82.** L'assuré doit répondre aux questions portant sur son état de santé quand elles sont précises. Dans ce cas, il doit mentionner les interventions médicales « quelles qu'en ait été la nature et la gravité », et sans en apprécier la pertinence<sup>131</sup>, notamment pour ce qui relève de l'existence de plusieurs arrêts de travail<sup>132</sup>. L'objectivité de la déclaration de risque est analysée en fonction des questions posées par l'assureur, c'est un principe que nous pouvons également observer sous l'angle de la description réelle de l'état de santé du souscripteur.

#### b - La description réelle du risque de santé

**83.** Aucun doute ne doit peser sur l'état de santé réel du souscripteur au moment de sa déclaration de risque. L'assuré ne peut garder le secret sur des éléments dont il a connaissance s'ils concernent sa situation médicale réelle<sup>133</sup>, qu'il s'agisse de l'existence d'un certificat médical en cours au moment de la souscription<sup>134</sup>, et ce même si l'examen médical effectué par le médecin contrôleur de la compagnie d'assurance n'a pas décelé de souffle cardiaque et que le souscripteur se sentait en bonne santé<sup>135</sup>. Tout fait du plus anodin au plus grave doit être déclaré<sup>136</sup> à l'assureur. La réalité et l'étendue du risque de santé, concerne également les

---

<sup>129</sup> La formule de rejet retient « qu'en s'acharnant non sans quelque indécence à poursuivre une procédure vouée à l'échec... »

<sup>130</sup> CA Paris 7<sup>ème</sup> ch. A, 15 Janvier 2002, D. 2002.861.

<sup>131</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 1<sup>er</sup> Décembre 1993, n° 89-12.854.

<sup>132</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 Mars 1990, n° 88-10.277.

<sup>133</sup> Voir pour une non déclaration d'hospitalisation, Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 juillet 2004, n° 03-14.726, note L. Fonlladosa, RGDA 2004, p. 926.

<sup>134</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 2 Octobre 1996, n° 95-11.103, pour un traitement cardiaque très lourd nécessitant des consultations trimestrielles du médecin traitant et des contrôles régulièrement effectués.

<sup>135</sup> Pour une hypertension artérielle, même s'il ne s'agit pas d'une maladie au sens strict du terme, laisse présager un état de santé dont la gravité devrait intéresser l'assureur. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 Mai 1997, n° 95-20.076 ; voir également, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 Octobre 1997, n° 96-10.551, et Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 Octobre 1997, n° 96-11.648.

<sup>136</sup> Qu'il s'agisse de la prise quotidienne de six médicaments différents prescrits depuis huit ans, suite à un accident vasculaire cérébral, TI La Roche s/ Yon, 26 Mars 1998 ; Bull. inf. C.Cass, 1<sup>er</sup> Février 1999, n°129 ; De la découverte de micro calcifications suite à une mammographie et pour laquelle des vérifications avaient été prévues, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 27 Mai 1998, n° 96-16.616 ; D'un problème pulmonaire dont la gravité nécessitait un suivi clinique, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 Janvier 2000, n° 98-13.667 ; D'une hernie discale récidivante, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 Mars 2000, n° 98-14.356 ; D'une pathologie importante ayant entraînée une demande d'indemnité, CA Paris, 7<sup>ème</sup> chambre sect. A, 21 Janvier 2003, juris data n° 2001/11893. D'un placement pour dépression nerveuse et trouble mental Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 Novembre 2003, n° 02-15.525 ; Ou du suivi d'une leucémie myéloïde chronique Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 27 Janvier 2004, n° 00-19.402. RGDA 2004, p. 352, note L. Fonlladosa.

anciennes maladies, en la matière, le temps écoulé n'accorde aucun droit au secret, ni à l'oubli même au plus insignifiant d'entre eux<sup>137</sup>.

**84.** En général, un questionnaire simple suffira pour les garanties les moins importantes. Cependant, pour une couverture de garantie beaucoup plus élevée, prise en fonction de l'âge, des antécédents révélés, ou des contradictions laissant supposer qu'une information a été tenue secrète, l'assureur peut prévoir un questionnaire plus détaillé, complété de pièces justificatives ou d'un certificat médical<sup>138</sup>. Cette forme de questionnaire s'impose si l'assuré est suspecté de présenter un risque de santé aggravé qu'il désire maintenir secret pour obtenir la garantie d'un risque inassurable.

**85.** Ces différents secrets ne seront pas sans effets sur le contrat d'assurance, car, en modifiant la réalité du risque initial soumis à l'assureur, le déclarant bouleverse, parfois sans même en prendre réellement conscience, tout l'équilibre de la relation d'assurance à venir. Le demandeur à l'assurance n'est pas encore l'assuré, mais il est tenu de collaborer loyalement avec l'assureur et de l'informer de tout ce qui pourrait affecter ses déclarations initiales, dans la mesure où « la persistance de l'équilibre (*du contrat*) est au prix de l'information permanente relative aux circonstances qui modifient l'objet même de ce consentement »<sup>139</sup>. Le principe étant de tenir informé l'assureur de toutes nouvelles circonstances susceptibles de modifier l'opinion qu'il pouvait se faire du risque initial.

**86.** Le secret doit être dévoilé dès la phase de la souscription du contrat. Mais le bien, la situation ou la personne assurée, présentent un risque susceptible d'évoluer du seul fait de leur utilisation, ou de la survenance d'une circonstance nouvelle indépendante de la volonté du déclarant. Une telle évolution du risque initial ne peut être maintenue secrète au motif qu'il serait apparu ultérieurement à la phase de la déclaration initiale du risque. Cette obligation de déclaration du risque s'impose tout au long de l'exécution du contrat et tout particulièrement en cas de modification du risque initial.

---

<sup>137</sup> C'est ainsi qu'une maladie vasculaire obstructive n'ayant pas fait l'objet d'une thérapie offensive ne pouvait être minimisée par le souscripteur Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 Juin 2000, n° 98-22.778. De même qu'une intervention chirurgicale dont la particularité était qu'elle avait été réalisée par un praticien non chirurgien, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 Juillet 2001, n° 00- 14.467. L'exonération pendant neuf ans du ticket modérateur accordé suite à une névrose ayant entraînée plusieurs arrêts de travail, CA Paris, 7<sup>ème</sup> ch. Section A, 14 Mai 2002, juris data n° 2000.8872.

Pour une hospitalisation suivie d'un traitement contre un syndrome anxio-dépressif sur les dix années précédant la demande de souscription, CA Paris 7<sup>ème</sup> ch. Section A, 2 Juillet 2002, juris data n° 2000.3232. La perte fonctionnelle de l'œil droit du souscripteur qui accessoirement était aussi atteint de crise de goutte, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 Novembre 2003, n° 02-14.693. Ou les séquelles d'un accident survenu vingt ans auparavant, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 Mars 2004, n° 03-10.134.

<sup>138</sup> V. infra n° 980 et suivant.

<sup>139</sup> M. Picard et A. Besson cité par J. Kullmann, in « *Traité de droit des assurances* », Chapitre X, *La déclaration de risque*, n° 975, Tome III, *Le contrat d'assurance*, sous la direction de J. Bigot, LGDJ éd. 2002.



**87. Conclusion de la section 1 :** Le secret en matière d'assurance correspond à une définition légale qui, assimilant le secret à l'information impose aux souscripteurs de dévoiler tout ce qu'ils savent de leur risque à l'assureur. En acceptant de s'engager dans la relation d'assurance, le souscripteur abandonne son droit au secret qui ne peut être opposé à l'assureur s'il dissimule la réalité du risque. L'assuré doit se conformer aux principes directeurs régissant le contrat d'assurance placé sous les auspices de l'obligation de loyauté et de bonne foi renforcée, et, élevée par le législateur à une obligation légale. Ce n'est que si une question n'était pas posée, ou incompréhensible que le souscripteur pourra être dispensé de répondre, justifiant de ce seul fait le droit de maintenir une circonstance secrète.

## Section 2 - Le secret et la modification du risque initial

**88.** Cheminant de concert, ni le secret ni le risque ne sont figés dans le temps, ils évoluent tout au long de l'exécution du contrat. Le secret peut être inséré en cours de contrat à la faveur d'une circonstance nouvelle modifiant le risque initialement garanti sous trois aspects distincts. Soit l'assuré a pris soin de déclarer la réalité de son risque au moment de la déclaration initiale, et le secret porte sur l'existence même de la modification survenue postérieurement à la souscription. Soit l'assuré avait dès la souscription minimisé son risque, et maintenu le secret sur l'étendue et la réalité de sa situation. Cependant, conscient de la nécessité de bénéficier d'une garantie efficace, il essaie de réajuster son secret à la réalité, en l'intégrant au contrat d'assurance sous les apparences d'une modification. Soit le secret porte sur une circonstance totalement occultée dans la déclaration initiale de risque que le déclarant tente de soumettre à l'assureur, sous la forme d'une modification en cours de contrat.

**89.** Dans la mesure où ces circonstances ne présenteraient rien de nouveau dans l'esprit du souscripteur, nous sommes face à des faits volontairement omis, et donc, face au secret. Le secret inhérent aux modifications du risque, doit s'analyser en fonction de la déclaration de risque initiale. Le législateur impose l'obligation de déclarer à l'assureur tout fait modifiant le risque déclaré initialement même s'il n'apparaît qu'au cours de la seule période charnière située entre la phase précontractuelle et la conclusion du contrat<sup>140</sup>. La seule survenance de la modification ne peut être gardée secrète envers l'assureur (**Sous section 1**).

Du point de vue de l'assuré, la procédure de déclaration de modification du risque initial sera un moyen efficace pour régulariser sa situation. En effet, si, le secret avait été dissimulé au

---

<sup>140</sup> L'interprétation jurisprudentielle de l'article L. 113-2, 3° retient que la déclaration de modification du risque est une obligation pouvant intervenir depuis la demande de souscription jusqu'à la réalisation du sinistre ; elle s'applique de ce fait avant la conclusion du contrat, mais aussi en cours d'exécution du contrat.

moment de la déclaration du risque initial, il pourra être intégré au contrat sous l'apparence d'une circonstance nouvelle. Dès lors, cette procédure lui permettra de soumettre en toute légalité ses secrets à l'assureur, et ce, sous quelque forme qu'ils se présentent (**Sous section 2**). Mais dans le même temps, la déclaration d'un risque modifié permet à l'assureur d'apprécier les nouvelles formes de secrets susceptibles d'être intégrées à la relation d'assurance (**Sous section 3**).

## Sous Section 1 - Le secret dissimulant la modification du risque initial

**90.** Toute modification contient '*en germe*' un bouleversement de l'économie du contrat. L'assuré de ce seul fait est tenu contractuellement et légalement de signaler à l'assureur toute évolution du risque initial au cours de l'exécution du contrat. La modification peut être la conséquence d'évènements indépendants de la volonté du souscripteur. Mais garder le secret sur cette modification entraîne inéluctablement un déséquilibre des rapports contractuels en faveur de l'assuré. Il est donc nécessaire d'étudier les modalités légales encadrant cette obligation de déclaration (§1) qui, si elle n'était pas respectée mettrait en lumière le secret, portant sur l'existence même de la modification (§2).

### *§1 - L'obligation de déclarer le secret modifiant le risque initial*

**91.** Toute modification affectant le risque initial doit être déclarée. Pour limiter cette forme de secret, une nouvelle procédure déclarative est instaurée et encadrée par un formalisme strictement réglementé (A), qui enserme la déclaration dans de très brefs délais, afin de limiter chez l'assuré toute réflexion favorisant l'émergence d'un tel secret (B).

#### A - Le régime de l'obligation de déclaration des circonstances nouvelles

**92.** L'obligation de déclaration de modification de risque, démontre la volonté du législateur tendant à évincer toute intrusion du secret dans la relation d'assurance dès que la survenance d'une circonstance nouvelle est de nature à rendre inexacte ou caduque le questionnaire initial de description du risque (1). Cependant prenant le contrepied de la déclaration initiale de risque, le législateur attribue au souscripteur l'initiative de déclarer spontanément ses secrets (2).

#### 1 - L'obligation de l'assuré de révéler les nouveaux secrets

**93.** L'obligation de déclarer la survenance de circonstances nouvelles à l'assureur, laisse sous entendre que toute circonstance modifiant le risque initial doit impérativement lui être communiqué. S'agissant d'une obligation légale, le souscripteur<sup>141</sup> ne peut garder ces nouveaux faits secrets<sup>142</sup>. La loi de 1930 prévoyait déjà cette obligation de déclaration pour toutes « les circonstances spécifiées dans la police qui ont pour conséquence d'aggraver les risques ». Il appartenait à l'assuré soumis au principe de la déclaration spontanée, d'apprécier selon ses propres critères, toutes les modifications susceptibles d'influer sur l'opinion que pouvait se faire l'assureur du risque initial en fonction des mentions prévues à cet effet dans la police d'assurance<sup>143</sup>.

**94.** Mais ce système de déclaration laissée à la libre appréciation de l'assuré lui permettait de garder certaines circonstances secrètes. D'une part, seules les modifications prévues par la police devaient être portées à la connaissance de l'assureur. Mais la pratique a démontré qu'il n'était pas simple de déterminer quel était l'évènement principal devant être déclaré, notamment en matière de changement de profession<sup>144</sup>, ou de changement du conducteur habituel du véhicule assuré<sup>145</sup>. D'autre part, il s'avérait très compliqué pour l'assureur d'anticiper avec précision<sup>146</sup> toutes les circonstances susceptibles de survenir dans le futur dans un document aussi succinct que la police d'assurance.

**95.** Le législateur de 1989 prenant acte de ces difficultés, aménage le mécanisme de déclaration du risque modifié. L'article L. 113-2 du Code des assurances<sup>147</sup> étend l'obligation de la déclaration des modifications à toutes circonstances nouvelles<sup>148</sup>, non seulement en

---

<sup>141</sup> L'obligation de déclaration est soumise à un régime différent en matière d'assurance pour compte, car mise à la charge du souscripteur, mais aussi et de manière très exceptionnelle si une clause le prévoit à la charge de l'assuré pour compte, Voir note A. Favre Rochex, RGDA 2000, p. 808 sous arrêt, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 Mai 2000.

<sup>142</sup> L. Mayaux, *Le temps et l'évolution du risque, le facteur « temps » dans l'assurance*, colloque AIDA, RGDA 2002, p. 1110 ; en ce sens, v. A. Favre Rochex et G. Courtieu, « *Le droit du contrat d'assurance terrestre* », LGDJ, 1998, n° 1-265, p. 132.

<sup>143</sup> Selon l'article L. 113-4 du Code des assurances la seule exception envisagée à cette nouvelle déclaration, concerne l'aggravation des risques portant sur les assurances vie, maladies et vieillesse. Mais dans ce cas précis, selon l'article L. 113-2, 3° du Code des assurances si l'assuré désire obtenir l'extension de la garantie initialement souscrite pour le risque d'incapacité, d'invalidité ou de décès consécutif à une maladie, tout nouveau risque, devra être déclaré à l'assureur. C'est ce que confirme la jurisprudence concernant une aggravation de l'état de santé survenue entre la souscription et la signature de l'avenant prenant en compte cette modification, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 Janvier 1989, n° 87-11.169.

<sup>144</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 Mai 1979, RGAT 1980, p. 40.

<sup>145</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Mars 1990, RGAT 1990, p. 314, note Maurice.

<sup>146</sup> Il ne pouvait envisager de modification trop générale ni trop vague, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 Avril 1991, RGAT 1991, p. 418, note J. Kullmann.

<sup>147</sup> Modifié par l'article 10 de la loi n° 89-1014 du 31 Décembre 1989.

<sup>148</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 février 2007, RGDA 2007, p. 327, note S. Abravanel-Jolly, *Déclaration de risques* .

référence aux clauses de la police, mais aussi en fonction des réponses faites dans le formulaire initial. Tout fait nouveau doit être révélé<sup>149</sup>.

**96.** L'article L. 113-2, 3° du Code des assurances impose à l'assuré de « déclarer (...) les circonstances nouvelles » survenues depuis la déclaration initiale<sup>150</sup>. Le souscripteur doit informer l'assureur dès la survenance de nouveaux éléments modifiant les informations qu'il avait précédemment fournies. Cependant ces nouvelles dispositions emportent des difficultés en ce que l'article L.113-2, 3°, ne trouverait à s'appliquer qu'en cours d'exécution du contrat « ce qui suppose que celui-ci est conclu »<sup>151</sup>, ce qui n'est effectivement pas encore le cas au cours de la souscription du contrat<sup>152</sup>. Alors que le secret dissimulant la modification intervient très souvent à ce moment précis.

**97.** Cette lacune emporte des incertitudes juridiques et, force est de constater que les tribunaux sanctionnent le secret soit, sur le seul article L.113-2, 3° du Code des assurances, soit, au double visa des articles L.113-2, 2° et L.113-2, 3° du code des assurances, dès lors « qu'il incombait ... ( *au souscripteur* ) ... , avant comme après la conclusion du contrat d'assurance de déclarer spontanément à l'assureur toutes les circonstances qui étaient de nature à modifier les informations qu'elle avait donné dans la proposition d'assurance »<sup>153</sup>. La jurisprudence envisage de ce fait, les obligations contractuelles liées à l'obligation de révéler les nouveaux secrets, de manière très extensive, en y incluant toute la période précontractuelle du contrat d'assurance. Cette obligation de révélation du secret pèse sur le souscripteur depuis la souscription initiale<sup>154</sup>. Cependant, une autre contradiction peut être observée sous l'angle de l'initiative de la déclaration. En effet, deux régimes de déclaration des risques, auront

---

<sup>149</sup> Il est important de préciser dans l'intérêt de notre étude, que si le législateur prévoit l'obligation de déclarer la circonstance nouvelle à tout moment en cours de contrat, il nous semble opportun de maintenir une distinction entre la phase précontractuelle et contractuelle. Le secret dévoilé avant la conclusion définitive du contrat permet à l'assureur de réajuster la garantie et de se faire une exacte opinion du risque, si celui-ci est trop important l'assureur pourra renoncer à s'engager. Nous sommes dans le cadre de la divulgation et de l'échange de l'information et pas dans l'exécution du contrat, puisque l'échange des consentements n'a pas encore eu lieu, dès lors, la garantie n'est pas encore due. Mais en application de l'obligation de loyauté et de bonne foi régissant la phase précontractuelle de la relation d'assurance, aucune place ne doit être laissée au secret même si le contrat n'est pas encore conclu.

<sup>150</sup> Sur les modalités d'application de cette loi dans le temps, v. L. Mayaux, RGDA 2001, p. 930, note sous, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juillet 2001, n° 98-21.721.

<sup>151</sup> D. Noguero, op. cit. note n°114.

<sup>152</sup> Un auteur estime « qu'il est possible de fonder l'obligation d'information sur le seul alinéa 2 (*de l'article L.113-2 du Code des assurances*) qui concerne la déclaration initiale du risque » Cela permettrait de ne plus avoir à faire de distinction concernant le régime de la modification selon qu'elle est intervenue lors de la souscription, ou après la conclusion du contrat. V. H. Groutel, *déclaration de risque, circonstance nouvelle entre la proposition d'assurance et la conclusion du contrat*, RCA. 1998, comm. n° 6, p. 23-24.

<sup>153</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 Mars 1998, RGDA 1998, p. 253, note J. Landel.

<sup>154</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 Mars 1998, RGDA 1998, p. 253 note A. Favre Rochex ; RCA 1998 H. Groutel, comm. n° 215 ; dans le même sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 Juillet 2002, RGDA 2002, p. 958 note J. Kullmann.

vocation à coexister au sein d'une même unité de temps, et à peser de manière distincte sur l'obligation de révéler les secrets.

## 2 - Les incidences de la coexistence de régimes déclaratifs distincts

**98.** Prenant le contrepied du système de questionnaire dit « fermé » ou « provoqué », retenu par le législateur de 1989 lors de la déclaration initiale du risque, la déclaration de modification du risque est laissée à la libre appréciation du souscripteur. Cette inversion des principes déclaratifs semble de ce fait porter atteinte au « principe selon lequel, à la souscription, la déclaration des risques doit être provoquée »<sup>155</sup>.

Au-delà de cette controverse juridique, cette différence de régime mérite d'être soulignée car, en matière de secret, autant il sera possible de soulever la mauvaise foi de l'assuré qui n'a pas volontairement répondu à une question claire et précise, autant il sera difficile de démontrer qu'il avait connaissance d'une modification dont la révélation devait être faite spontanément et au moment opportun<sup>156</sup>. Notamment si les deux déclarations se succèdent rapidement dans le temps. Il est important de tenir compte du temps écoulé entre les déclarations initiales et modifiées du risque garanti. Si la phase de souscription est maintenue dans des délais assez brefs, l'objet du risque reste en principe, peu sensible aux modifications. Mais tous les contrats d'assurance ne sont pas aussi rapidement conclus, et les délais permettant une trop longue réflexion au souscripteur tendent à favoriser le secret.

**99.** M. Mayaux ne manque pas de souligner cette incohérence liée au temps, et propose que « l'assureur qui estime que les informations issues du questionnaire sont devenues trop anciennes, devrait s'astreindre à questionner de nouveau l'assuré »<sup>157</sup>. Cette hypothèse de renouvellement de questionnaire est qualifiée par M. Groutel de « vis sans fin »<sup>158</sup>, ce qui est vrai, si l'on insère la phase de la déclaration initiale de risques dans une période concomitante, ou tout du moins assez proche de la conclusion du contrat.

**100.** Mais en tenant compte du « facteur temps », force est d'admettre qu'il peut s'écouler un délai assez important entre la déclaration initiale du risque et la conclusion du contrat. Cette période au cours de laquelle, des modifications substantielles du questionnaire initial semblent inévitables, et peuvent inciter le souscripteur à garder ses secrets en agissant comme si aucune

---

<sup>155</sup> L. Mayaux, Rép. Dalloz, *assurances terrestres*, n° 272.

<sup>156</sup> Cass. crim, 18 septembre 2007, n° 06-84.807, RCA 2007, p. 29, note H. Groutel,

<sup>157</sup> L. Mayaux op. cit. n° 11; voir également dans ce sens, note L. Mayaux sous arrêt Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 Décembre 2006, RGDA 2000, p. 72.

<sup>158</sup> H. Groutel, Op. cit.

modification n'était intervenue. Dès lors nous approuvons M. Mayaux qui envisage la possibilité pour l'assureur « si la période précontractuelle s'éternise, d'envoyer un nouveau questionnaire de risques »<sup>159</sup>.

**101.** Une telle initiative permettrait de rappeler à l'assuré l'importance que constitue un échange loyal des informations au cours de la souscription d'une assurance, et de l'intérêt constant que leur porte l'assureur<sup>160</sup>. Mais pour qu'elle soit pertinente, il faut envisager de limiter la réitération de la déclaration de risque aux souscriptions qui s'inscrivent dans un délai trop long, notamment en cas de vérification des risques aggravés souscrits. De plus, si un secret était intervenu dans le questionnaire initial, ce nouvel échange d'information serait susceptible de décourager certains assurés ou de les inciter à déclarer leurs situations de risques avec exactitude. Le principe est qu'une fois survenu, le risque modifié doit être porté à la connaissance de l'assureur dans le cadre des délais légaux impartis, même si l'initiative accordée au souscripteur rend dans le même temps très incertain le moment exact de la modification du risque.

#### B - L'incertitude du respect du délai légal de l'exécution des déclarations modificatives

**102.** Le secret ne sera dénué d'effets que si la modification du le risque est très rapidement déclarée à l'assureur. Pour écarter tout soupçon, cette déclaration est enfermée dans de brefs délais légaux (1), il convient alors de se prémunir de tous moyens de preuves permettant de démontrer que la procédure déclarative a été valablement respectée (2).

##### 1 - Le secret circonscrit dans de brefs délais

**103.** Auparavant le délai légal était apprécié différemment selon que la modification du risque était du fait de l'assuré, auquel cas la circonstance nouvelle devait être immédiatement portée à la connaissance de l'assureur ; ou que la modification était inhérente à un fait extérieur, auquel cas le délai de la déclaration était portée à huit jours.

**104.** Le législateur de 1989 a unifié le délai de déclaration en faveur de l'assuré, tout en abandonnant la distinction faite en fonction des causes endogènes et exogènes à l'origine de la modification. Désormais la déclaration doit être faite dans les quinze jours, à compter du jour où l'assuré « a connaissance » de la modification. L'article L. 113-2, 3° alinéa 2 du code des

---

<sup>159</sup> L. Mayaux, *Le temps et l'évolution du risque*, colloque AIDA *Le facteur « temps » dans l'assurance*, RGDA 2002, p. 1110.

<sup>160</sup> Il est de fait qu'il doit être tenu compte qu'une réitération systématique de déclaration des risques serait une procédure trop excessive dans le cadre d'assurances usuelles telles que les multirisques habitations, renouvelées chaque année par tacite reconduction.

assurances<sup>161</sup> règlemente strictement l'obligation à laquelle est soumis l'assuré, de déclarer dans un bref délai, toutes les modifications pouvant affecter le risque initialement prévu. Cette disposition tendant à dissuader tout assuré de vouloir garder secret l'étendue réelle du risque qui, à terme aurait pour conséquence d'aggraver la garantie due par l'assureur, est renforcée par l'obligation pesant sur les souscripteurs de prouver qu'il se sont exécutés dans les délais légaux impartis.

## 2 - Le mode de preuve de la révélation du secret

**105.** Selon l'article L. 113-2 du Code des assurances, l'obligation de déclaration est effectuée sous la forme d'une lettre recommandée. Cependant le courrier envoyé sous la forme d'un recommandé ne peut influencer, en cas de litige, que sur la valeur probante de la révélation d'une modification et non, sur les conditions réelles de l'exécution de l'obligation. C'est ainsi que Mme Lambert Faivre envisage la possibilité d'informer valablement l'assureur sous la forme d'une lettre simple dans la mesure où le courrier envoyé en recommandé « peut être suppléé par la preuve que l'assureur a été informé, de quelque manière que ce soit »<sup>162</sup>. Mais dans la pratique, il semble peu probable qu'un simple appel téléphonique puisse suppléer à la valeur probante accordée à un courrier envoyé en recommandé.

**106.** La vraie difficulté concerne la preuve du moment exact de l'exécution de l'obligation de déclaration du risque modifié. Souvent il sera délicat de démontrer à partir de quel moment l'assuré avait réellement connaissance de la modification. C'est ainsi qu'il pourra maintenir secrète une circonstance aggravante pour laquelle, si elle était découverte par l'assureur, il suffira d'indiquer qu'il était encore dans le délai des quinze jours pour l'en informer. Si ce '*stratagème*' peut fonctionner en phase de souscription du contrat, il est à noter qu'en cas de survenance du sinistre, notamment en assurance automobile quand le litige porte sur le conducteur habituel, les juges ont retenu que « le simple terme 'habituel'<sup>163</sup> qui implique une certaine habitude et donc, l'écoulement d'un certain délai depuis l'aggravation, démontrait l'antériorité de l'aggravation au sinistre... »<sup>164</sup>. Mais en l'absence d'un tel aveu, la preuve de la date exacte sera difficile à rapporter, plaçant de tels secrets à l'abri de tous reproches. Cependant, si comme nous l'envisageons, la procédure de déclaration de modification du risque initial permet au souscripteur de soumettre à l'assureur des faits jusqu'à présent

---

<sup>161</sup> « L'assuré doit, par lettre recommandée, déclarée ces circonstances (*nouvelles*) à l'assureur dans un délai de quinze jours à partir du moment où il en a eu connaissance ».

<sup>162</sup> Y. Lambert Faivre et L. Leveneur, « *Droit des assurances* », précis Dalloz éd. 2001, n° 323.

<sup>163</sup> Terme utilisé par l'assuré dans la déclaration d'accident faite aux gendarmes, et dans laquelle il qualifie son fils auteur de l'accident, de conducteur habituel.

<sup>164</sup> J. Landel, RGDA 2003, p. 51, sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 Octobre 2002.

maintenus secrets, il est envisageable de faire ‘resurgir’ ce secret par un simple exercice de comparaison.

## § 2 - La révélation du secret modifiant le risque initial

**107.** Pour que l’obligation de déclaration des circonstances nouvelles soit efficace, elle doit être suffisamment importante pour rendre la déclaration initiale de risque caduque ou inexacte, et doit être appréciée en comparant l’état du risque modifié par la circonstance nouvelle avec le risque déclaré initialement, et ce de manière objective (A), le souscripteur n’ayant en la matière aucun pouvoir d’appréciation est maintenu dans un cadre dont ‘l’étroitesse’ ne devrait en principe laisser que peu de place au secret (B).

### A - La modification du risque comparée au questionnaire initial

**108.** Toute modification, la plus mineure soit-elle, doit être comparée à la déclaration initiale de risque<sup>165</sup>. Cette opération permet de circonscrire le secret d’une part, en utilisant le questionnaire initial comme référence, et d’autre part, en subordonnant l’obligation de déclaration non pas, à l’importance du nouveau fait mais à sa seule apparition. La condition de l’obligation de déclaration, est la connaissance que le déclarant avait de l’existence d’une circonstance nouvelle. C’est ainsi que toute modification du risque doit être déclarée si elle a fait l’objet de questions s’y rapportant de manière claire et précise dans la proposition initiale. Mais *a contrario*, il nous semble que l’assureur ne pourra reprocher au souscripteur d’avoir maintenu secrètes les modifications survenues ultérieurement si elles n’avaient pas été envisagées au moment du contrat<sup>166</sup>.

**109.** Cependant la lecture de l’article L. 113-2,3° impose l’obligation de répondre aux questions de l’assureur figurant « ... notamment dans le questionnaire... », de par la seule utilisation de l’adverbe ‘*notamment*’, il apparaît que cette obligation est envisagée de manière très étendue, n’étant de ce fait pas conditionnée au seul questionnaire initial. Dès lors « peu importe par quel biais la question est posée par l’assureur, il peut s’agir d’une question contenue dans le formulaire initial du risque, mais aussi d’une question formulée dans tout autre document, peut-être même par oral... »<sup>167</sup>. Il suffit qu’une question ait été posée sur une circonstance précise pour que sa modification doive être portée à la connaissance de l’assureur, et ce, sans qu’il soit tenu compte de la forme ou du support dans lequel elle figure.

---

<sup>165</sup> Ce qui implique la nécessité qu’il ait une copie du questionnaire initial de risque. Voir en ce sens L. Mayaux, Rép. Dalloz, *Assurances terrestres*, n° 273.

<sup>166</sup> L. Fonlladosa, RGDA 1997, p. 1009, sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 Juin 1997.

<sup>167</sup> L. Fonlladosa, RGDA 1997, p. 1008, sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 Septembre 1997.



**110.** Mais si la question n'apparaît pas dans le questionnaire initial, il sera difficile pour l'assureur d'apporter la preuve qu'une question précise portant sur un point précis avait été posée verbalement. De ce fait, pour plus de sécurité juridique, il nous semble que la circonstance non évoquée au moment de la souscription du contrat n'aura pas à être déclarée modifiée si elle n'avait pas fait l'objet d'une question claire et précise posée par l'assureur. Seules les circonstances nouvelles portant sur un fait mentionné dans le questionnaire<sup>168</sup> devront être signalées. Dès lors, si l'évolution du risque avait été initialement envisagée par les cocontractants comme une aggravation susceptible d'intervenir en cours de contrat, sa survenance n'aura pas à être déclarée. Ce fait étant généralement encadré par une clause d'exclusion des risques. Hormis ces distinctions, toute modification du risque initial doit être portée à la connaissance de l'assureur, sans qu'il soit possible à l'assuré d'en apprécier le contenu ou l'opportunité.

#### B - L'absence d'appréciation de l'assuré

**111.** L'assuré n'est pas tenu d'apprécier ni d'évaluer la modification du risque. Cela est justifié tant il paraît peu probable qu'il soit en mesure d'apprécier l'étendue et l'importance de la modification en fonction des intérêts de l'assureur. Cependant, le contenu de la déclaration de circonstances nouvelles doit être explicite, c'est ainsi qu'une simple demande d'information concernant un changement d'activité désormais exercé dans les lieux assurés, ne peut être assimilée à une déclaration de modification<sup>169</sup>.

Mais, *a contrario*, un conducteur qui depuis la déclaration initiale du risque avait fait l'objet d'une suspension de permis de conduire, pour conduite en état d'ivresse, avait considérablement modifié l'opinion que pouvait se faire l'assureur du risque devant être garanti, et devait déclarer cette modification de risques<sup>170</sup>. Un tel secret est de nature à influencer de manière certaine sur le risque initial du seul fait de la dangerosité potentielle du conducteur, qui n'avait pas été prise compte lors de la souscription.

**112.** Une difficulté peut être soulevée face à une modification insignifiante ne portant pas à conséquences. Cela pourrait être un frein pour l'assuré qui, anticipant les répercussions d'un tel fait sur le contrat et principalement sur le montant des primes, préférera garder cette circonstance nouvelle secrète. Mais c'est à l'assureur qu'il revient d'apprécier les nouveaux éléments en fonction de l'appréciation initiale qu'il avait pu se faire du risque couvert. De ce fait, tout ce qui atteint le risque initial doit lui être déclaré, même si la circonstance est

<sup>168</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 Juin 1997, RGDA 1997, p. 1009, op. cit.

<sup>169</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 Février 2003, n° 00-10.205.

<sup>170</sup> Cass. crim., 2 Mai 2001, n° 00-85.532.

minime, car aucun secret n'est envisageable. L'assuré pourra difficilement invoquer un oubli ou, une simple erreur d'interprétation, du fait qu'il n'accordait aucune, ou, trop peu d'intérêt, à la modification maintenue volontairement secrète pour se soustraire à ses obligations.

**113.** La seule exception peut être déduite de l'article L. 113-2, 3° qui n'envisage pas de déclarer la diminution des risques. Pourtant, une telle modification du risque rend les conditions du contrat aussi inappropriées envers le souscripteur qu'une aggravation de risque à l'égard de l'assureur<sup>171</sup>. Cet aménagement semble lié au fait qu'il n'est pas de l'intérêt du souscripteur, de garder secrète une circonstance qu'il sait lui être favorable. Il n'apparaît donc pas nécessaire de lui imposer une formalité qui l'avantagerait, d'autant que le secret maintenu sur cette circonstance, ne pourrait en aucun cas porter atteinte aux droits de l'assureur. C'est une position qui renforce notre impression selon laquelle en matière de risque le secret est envisagé principalement du côté de l'assuré. Le déclarant étant le seul maître du secret, cette obligation de déclaration ne reprendra tout son intérêt que si elle modifie l'opinion que pouvait se faire l'assureur du risque qu'il s'engage à garantir<sup>172</sup>.

**114.** L'obligation de déclaration des circonstances nouvelles, modifiant le risque initial est inévitable. Mais elle pourra également être envisagée favorablement par l'assuré qui prévoit de détourner la procédure à son avantage s'il avait dissimulé la réalité et l'étendue exacte de son risque initial. Cette procédure de déclaration du risque modifié est un moment crucial dans la mesure où, cette simple brèche peut être utilisée pour légitimer un risque dissimulé lors du questionnaire initial que nous désignerons le '*secret originel*', afin de l'intégrer au contrat.

## Sous section 2- Le secret opposé sous les apparences du risque modifié

**115.** Dans certaines hypothèses, le secret '*originel*', car présent dès la déclaration du risque initial, n'avait d'autre but que de minimiser, voire de dissimuler le risque initial, à seules fins de passer '*les barrages filtrants*' encadrant la souscription du contrat. Cependant, une fois son dossier accepté par la compagnie d'assurance, l'assuré aura conscience de la nécessité d'étendre la couverture du risque au fait volontairement tenu secret. C'est ainsi qu'il aura tout

---

<sup>171</sup> En vertu de l'article L. 113-4 alinéa 5 du Code des assurances, l'assureur est tenu d'informer le souscripteur des modalités encadrant la diminution du risque.

<sup>172</sup> La déclaration d'une diminution du risque est donc laissée à la libre appréciation du souscripteur. L'article L. 113-4, 4<sup>ème</sup> alinéa du Code des assurances prévoit dans ce cas qu'une diminution de prime est envisageable, de même que la dénonciation du contrat si l'assureur refuse de prendre cette diminution en considération.

intérêt à dire la vérité et donc, à révéler ses secrets mais, avec un temps de retard s'il entend bénéficier une couverture de garantie correspondant à la réalité de son risque.

Ce réajustement du risque nécessitant la révélation d'un secret en cours de contrat est de nature à créer deux situations distinctes devant être traitées différemment selon que le risque est aggravé (§1) ou nouveau (§2), en ce qu'ils seront différemment intégrés au contrat (§3).

### *§1 - le secret et la déclaration de l'aggravation du risque*

**116.** Nous envisageons cette forme de secret sous l'angle du risque initial, certes déclaré lors de la souscription, mais de manière très amoindrie. Le déclarant va révéler en cours d'exécution du contrat l'étendue exacte de son risque à l'assureur, sous les apparences d'une aggravation du risque survenue de manière fort opportune.

Pour être vraisemblable le secret dévoilé, doit revêtir les critères d'une aggravation de risque, qui est une modification spécifique strictement encadrée (A), de ce fait tous les secrets ne pourront être aussi aisément assimilés à une aggravation du risque initial (B).

A - Le secret révélé sous les apparences de l'aggravation du risque

**117.** Pour être valablement intégré au contrat, le secret doit revêtir les critères d'une aggravation du risque caractérisée par l'augmentation de la probabilité de la survenance du risque (1) et de l'amplification de sa vulnérabilité (2).

1 - Le secret et l'augmentation de la probabilité de la survenance  
du risque

**118.** L'obligation d'informer l'assureur en cas de survenance d'une aggravation du risque initial est une notion réglementée à l'article L. 113-2, 3° du code des assurances<sup>173</sup>. Vu à travers le prisme du secret, si la « circonstance nouvelle » était déjà connue du souscripteur, l'aggravation du risque est inexistante. Mais cette 'fausse' déclaration sera le moyen le plus efficace d'intégrer au contrat le secret 'originel' qui viciait la déclaration de risque initiale. Encore faut-il que cette circonstance faussement révélée s'adapte parfaitement aux critères de l'aggravation du risque.

**119.** L'aggravation du risque répond à une définition doctrinale précise, selon laquelle de par sa nouveauté et sa gravité elle « entraîne une intensification de la probabilité de la réalisation du risque, et donc un sinistre plus important qui ne peut de ce seul fait, être ignoré de l'assureur »<sup>174</sup>. La notion d'augmentation de probabilité de la réalisation du risque, est une

---

<sup>173</sup> L'article L. 113-2, 3° créé par la loi n° 89- 1014 du 31 Décembre 1989 pose l'obligation de déclarer toutes les « ... circonstances nouvelles ... qui ont pour conséquences d'aggraver les risques... ».

<sup>174</sup> M. Picard et A. Besson, « les assurances terrestres », T. I, LGDJ 1982, p. 132.

circonstance aggravant le risque du seul fait de l'importance pouvant être faite de l'usage quotidien du bien assuré. C'est ainsi que le véhicule assuré dans le cadre d'un usage privé mais régulièrement utilisé dans un cadre professionnel, augmente le risque lié à la survenance d'un accident du seul fait de l'importance de kilomètres parcourus au quotidien<sup>175</sup>. De même que l'aggravation du risque est constituée dès la constatation d'un changement de destination de l'immeuble qui, initialement déclaré à usage d'habitation, était entre temps devenu un 'squatte' occupé par des marginaux<sup>176</sup>, un tel abandon augmentant de manière certaine la probabilité de la survenance d'un sinistre sur le bien assuré<sup>177</sup>.

**120.** Certaines circonstances liées à la valeur du risque initial peuvent entraîner une augmentation du risque qui ne pourra être gardée secrète. Telle que l'augmentation d'un stock de marchandise qui du fait de sa valeur, s'il s'agit d'une joaillerie, ou de sa dangerosité, s'il s'agit d'un entrepôt d'engins pyrotechniques, est de nature à augmenter le risque devant être garanti lors de la réalisation du risque<sup>178</sup>. En effet, dans cette dernière espèce, en cas d'incendie, la virulence et l'importance du sinistre entraînerait des dégâts bien plus graves et sans commune mesure avec la déclaration initiale. C'est généralement en matière professionnelle et commerciale que l'aggravation des risques entraîne une probabilité de survenance du sinistre plus importante<sup>179</sup>, une telle modification ne pouvant être soustraite à l'appréciation de l'assureur<sup>180</sup>.

**121.** Certaines modifications emportent dans la pratique des difficultés d'appréciation si l'aggravation est appréciée en fonction de l'augmentation de la valeur du bien garanti. Dans une espèce il s'agissait d'apprécier si le classement d'un immeuble en monument historique était une circonstance aggravante du risque, du seul fait de l'augmentation de sa valeur, ou de sa seule inscription aux monuments de France<sup>181</sup>. En effet, nous pourrions penser que la valeur intrinsèque du bien est susceptible de bénéficier d'une valeur ajoutée sur le marché de l'immobilier. Mais le risque garanti n'en était pas modifié pour autant, et ne pouvait donc être

---

<sup>175</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 Juillet 1986, RGAT 1986, p. 560, note F. Chapuisat.

<sup>176</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 septembre 1997, RCA 1997 comm. n° 381, note H. Groutel.

<sup>177</sup> TGI Rouen 24 Novembre 1988, note H. Groutel, RGAT 1989, p. 536.

<sup>178</sup> Lamy assur. éd. Numérique 2008, n° 299.

<sup>179</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 Mars 2000, pour l'abandon d'une activité exercée dans une entreprise, puis reprise par la suite. V. note L. Fonlladosa, RGDA 2000, p. 494.

<sup>180</sup> Certaines spécificités modifiant l'exercice de l'activité professionnelle n'ayant pas été déclarées concerne notamment : le nombre exact de salariés exerçant dans une entreprise alors que cette augmentation pourra entraîner une aggravation du risque en matière d'assurance civile du fait des préposés, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 Octobre 1985, RGAT 1986, p. 367, note J. Bigot. Ou en matière de compétence professionnelle réellement acquise, au regard de la qualification initiale de l'entreprise, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 Février 1969, note A. Besson, RGAT 1954, p. 504. V. concernant une qualification OQPCB, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 Juillet 1994, RCA 1994, comm. n° 386.

<sup>181</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 Octobre 1998, A. Favre Rochex, RGDA 1999, p. 192.

qualifié d'aggravation, ce qui permettrait de garder ce fait secret<sup>182</sup>. Ce que conteste un auteur pour qui, une telle circonstance devait être déclarée à l'assureur, en ce qu'elle entraînerait une modification indirecte du risque initial<sup>183</sup>. Il ne s'agit pas de modifications anodines, leur déclaration indique de manière certaine à l'assureur que sa garantie pourra être aggravée de manière conséquente principalement lorsque la modification porte sur la vulnérabilité du risque initial.

## 2 - Le secret et l'intensification de la vulnérabilité du risque

**122.** Une nouvelle circonstance ne sera qualifiée d'aggravation, que si le risque est soumis à une vulnérabilité, de nature à intensifier considérablement la survenance du sinistre en favorisant sa réalisation. En assurances de dommages, l'aggravation des risques est évaluée en fonction de la vulnérabilité à laquelle est soumis le bien assuré. En effet, lorsque survient la circonstance nouvelle, son intensité doit être de nature à se répercuter sur la gravité du sinistre. Qu'il s'agisse du bien lui-même exposé à un nouveau risque de vol, d'incendie ou de dégât des eaux. Mais aussi des structures sises à proximité du bien assuré<sup>184</sup>, telle une grange réaménagée en une pizzeria<sup>185</sup>, ou la pratique d'activités estimées dangereuses comme le cas d'un agriculteur ayant changé d'activité pour l'hôtellerie<sup>186</sup>, tous ces éléments étant de nature à intensifier le risque garanti<sup>187</sup>.

**123.** Ces circonstances nouvelles modifient l'opinion que pouvait se faire l'assureur du risque initial<sup>188</sup> et doivent à ce titre lui être déclarées. C'est ce que s'empressera de faire l'assuré qui aura maintenu certains aspects de son risque secret dès l'origine afin de les intégrer à la couverture de risque. Il pourra aisément détourner cette obligation de déclaration et présenter ses secrets sous la forme d'une aggravation de risque. Cette déclaration du risque réel mais tardive sera d'autant plus simple à intégrer au contrat, qu'elle s'avère être conforme aux

---

<sup>182</sup> Dans la mesure où la survenance du risque se serait produit de la même manière, et aurait eu les mêmes effets, (d'autant qu'en l'espèce, la garantie était contractuellement limitée), la modification serait à l'origine d'une situation de sous assurance, voir L. Mayaux, Rép. Dalloz op. cit. n°275.

<sup>183</sup> Néanmoins, un auteur relève que certes « l'inscription aux monuments de France n'a pas, en soi, généré une aggravation du risque mais que l'augmentation de la valeur en résultant a, elle, produit ce changement de l'objet du risque sans que l'assuré, dont la mauvaise foi a été retenue..., en ait fait la déclaration à laquelle il était tenu. » A. Favre Rochex, RGDA 1999, p. 192 et RCA 1998, com. n° 402, sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 Octobre 1998.

<sup>184</sup> Pour des locaux mis en contigus, Cass. ch. Réunies 8 Juillet 1953, D. 1953. 594. Pour un immeuble voisin, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 Juin 1972, RGAT 1973, p. 32, note J. Bigot.

<sup>185</sup> Le sinistre était intervenu avant la déclaration de la modification, mais analysée comme une aggravation du fait de l'activité initiale qui était pratiquée, l'assuré étant passé de maçon à pizzaiolo, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 Mai 1995, n° 92-10.985.

<sup>186</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 Mai 1979, n° 77-11.957, RGAT 1980, p. 40.

<sup>187</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 Juillet 1994, RCA 1994, comm. n° 386.

<sup>188</sup> Cass. crim. 2 Mai 2001, n° 00-85. 532.

dispositions législatives de l'obligation de déclaration de modification du risque. Mais cela ne suffit pas toujours à retenir la qualification d'une aggravation de risque, et certains secrets ne pourront être aussi aisément intégrés au contrat.

#### B - Les limites du secret dévoilé sous la forme d'une aggravation de risque

**124.** Pour que le secret puisse se dissimuler sous la forme d'une aggravation de risque, il faut qu'il ait été dévoilé même partiellement. Seule l'hypothèse du risque initialement diminué s'intègre à une aggravation de risque. Pour être efficace, le secret ne doit porter que sur une partie du risque, et non sur sa totalité (1) d'autant qu'une telle manœuvre de dissimulation peut s'avérer inutile si l'aggravation n'avait pas à être déclarée (2).

##### 1 - La nécessité d'un lien entre le risque initial et le risque modifié

**125.** L'aggravation d'un risque signifie qu'il y a évolution d'un risque initialement évalué par l'assureur. Mais cela ne doit pas être compris dans un sens où l'aggravation du risque était prévisible dès la souscription du contrat, dans ce cas, la déclaration initiale n'est pas rendue caduque ou inexacte du seul fait de la survenance d'une circonstance nouvelle, puisqu'elle était envisagée par les cocontractants dès la souscription<sup>189</sup>. Pour que l'aggravation soit valablement constituée, il faut que le risque initial subisse une modification nécessairement imprévisible et extérieure à la volonté du souscripteur. De ce fait, le secret n'aura vocation à être intégré au contrat que s'il avait été partiellement dévoilé lors de la déclaration initiale.

**126.** L'appréciation de la circonstance aggravante doit être menée en fonction du risque initialement garanti<sup>190</sup>. C'est ainsi qu'en cas de garantie pour un véhicule, le changement d'activité du conducteur en cours d'exécution du contrat, passant de la profession de directeur d'internat à celle d'agent dans une compagnie d'assurance, ne pouvait aggraver le risque garanti du seul fait de sa réorientation professionnelle<sup>191</sup>. La modification de l'activité ne sera pas constitutive dans cette hypothèse d'un secret nécessitant une fausse déclaration d'aggravation du risque. C'est ainsi que certains secrets pourraient ne pas en être, soit que la modification ne pouvait être constitutive d'une aggravation du risque, soit que la circonstance

---

<sup>189</sup> C'est ainsi qu'une activité liée à des travaux d'extraction de pavés et de concassage de pierres ne pouvait donner lieu à une déclaration d'aggravation des risques suite à la gravité des dommages causés par l'usage d'engins explosifs, puisque cette utilisation avait été régulièrement déclarée lors de la souscription Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 Avril 1965, RGAT 1965, p. 459, note A. Besson.

<sup>190</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 janvier 2009, n° 08-10.294.

<sup>191</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 Octobre 1968, RGAT 1969, p. 218, note A. Besson.

n'avait pas été envisagée dans le formulaire de déclaration de risque initial, rendant inutile tout secret faussement dévoilés.

## 2 - L'inutilité du secret faussement dévoilé

**127.** Le principe en matière d'aggravation du risque, est qu'une circonstance portant sur la valeur du bien n'emporte pas la nécessité de la déclarer. Cela signifie qu'une telle modification n'aura pas à être déclarée et à plus forte raison, qu'elle n'avait pas à être maintenue secrète. Pour être pertinent, le secret doit s'inscrire dans un cadre précis, en considération d'une circonstance pour laquelle l'assureur avait démontré son intérêt en la mentionnant dans le questionnaire initial de risque.

**128.** Le souscripteur est tenu d'informer l'assureur de la survenance d'une aggravation du risque entre le moment où le questionnaire dûment rempli a été signé et la conclusion définitive du contrat<sup>192</sup>. Le questionnaire initial reste l'élément déterminant pour apprécier le secret. L'assureur ne peut reprocher à l'assuré de ne pas l'avoir informé d'une aggravation des risques en cours de contrat du fait de l'état des installations, alors qu'il « n'avait pas posé de questions à la société A. lors de la conclusion du contrat »<sup>193</sup>, en l'espèce, l'assureur ne s'était intéressé ni à l'état des lieux, ni à l'état des installations dans le questionnaire initial.

**129.** Dès lors tout est question d'appréciation, si l'on retient notre classification, pour que l'on puisse reconnaître au secret la qualité de circonstance aggravante, il suffit qu'il ne porte que sur une partie du risque initial devant être garanti, la condition étant qu'il y ait un lien, même infime, avec le risque déclaré initialement. Si au surplus l'assureur ne pose aucune question sur ce risque présenté de manière diminuée, non seulement la partie du risque maintenue secrète n'aura pas à être dévoilée sous la forme d'une aggravation de risque mais sera du seul fait de cette abstention intégré *ipso facto* au contrat d'assurance. Cependant cette combinaison 'idéale' permettant d'insérer le secret originel sous la forme d'une aggravation du risque, pourra difficilement s'appliquer quand le secret dissimulant le risque initial est trop amoindri, ou totalement occulté lors de la souscription du contrat.

### §2 - le secret et la déclaration d'un risque nouveau

**130.** Pour les besoins de notre étude, le risque nouveau doit être distingué d'une simple aggravation de risque dans la mesure où il s'agit d'un risque initial maintenu totalement secret

---

<sup>192</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 Mars 1998, n° 95-21.986; A. Favre Rochex, RGDA 1998, p. 253; RCA 1998, comm. n° 215, note H. Groutel ; JCP G 1999, I, 137, note L. Mayaux.

<sup>193</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 Juin 1997, RGDA 1997, p. 1009, note L. Fonlladosa.

envers l'assureur. Il est donc nécessaire de cerner les différentes facettes du secret originel porté à la connaissance de l'assureur sous la forme d'un risque nouveau.

Le risque nouveau est très difficile à définir, et à distinguer de l'aggravation du risque. Pour ce faire, il doit être observé en fonction des effets produits sur l'économie du contrat. Sous l'angle du secret, le risque nouveau recouvre dans notre étude, deux situations distinctes. Soit le risque nouveau répond à la nécessité d'ajuster le risque initial, maintenu en grande partie secret, à la garantie prévue au contrat d'assurance (A). Soit le secret correspond à une création de risque qui recouvre la notion du secret portant sur une circonstance totalement occultée et faussement révélée en cours de contrat (B).

A - Le risque nouveau : un secret ajusté au risque réel

**131.** Le risque nouveau porte sur une modification bien plus importante qu'une simple aggravation du risque. Le secret existait au moment de la souscription, l'assuré ayant volontairement minimisé son risque à sa plus simple existence à seules fins de le rendre assurable. Cette forme de secret '*ajusté*' tel que nous l'envisageons, marque la volonté du déclarant à régulariser sa situation, mais, le plus tard possible : C'est le risque nouveau.

**132.** Cette notion de risque nouveau est prévue à l'article L. 113-2, 3° du Code des assurances, qui impose l'obligation « de déclarer ... les circonstances nouvelles qui ont pour conséquence ... (de) créer de nouveaux (risques) ... ». Cependant cette notion de risque nouveau instaurée par le législateur de 1989, laisse subsister un doute sur sa nature exacte, contrairement aux apparences, il ne s'agit pas d'un risque nouvellement apparu, qui n'aurait jamais été pris en compte initialement, mais d'une circonstance nouvelle qui aggraverait par '*ricochet*' le risque préexistant et régulièrement déclaré.

**133.** Ce risque nouveau doit être défini en fonction de l'objet initialement prévu au contrat, et non en fonction de son contenu. En effet, il pourra s'agir d'un risque distinct ne portant pas directement sur le bien initialement couvert, mais dont il est l'accessoire. Ce n'est pas le risque lui-même qui est aggravé. Ce critère permet de distinguer le risque nouveau de l'aggravation du risque, et concerne par exemple, la création d'un atelier contigu au magasin assuré<sup>194</sup>, ou de la construction d'un bâtiment indépendant du bien assuré<sup>195</sup>. De telles modifications pourront être intégrées au contrat même si elles avaient été maintenues initialement secrètes. Cependant, la révélation du secret sous la forme d'un risque nouveau n'est envisageable que si le secret ne dissimule qu'une partie du risque initial. Si la

---

<sup>194</sup> Pour un atelier de réparation, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 Janvier 1989, RGAT 1989, p. 218.

<sup>195</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Décembre 1988, RGAT 1989, p. 126 note J. Kullmann.



circonstance nouvelle ne peut être rattachée même de manière ténue à la déclaration initiale, le risque maintenu secret ne sera pas un risque nouveau, mais une création de risque.

B - La création de risque : un risque initial totalement occulté

**134.** Le souscripteur dévoile la réalité de sa situation '*in extremis*' afin d'intégrer son secret au contrat. En principe, cette forme de circonstance nouvelle est « totalement étrangère aux circonstances entrant dans les prévisions de l'assureur, n'ayant ni été envisagées ni prises en compte au moment de la souscription »<sup>196</sup>. Il s'agit d'un risque ni prévu, ni prévisible si l'on se réfère à la souscription initiale. C'est ainsi que les juges relèvent, concernant la construction d'un bâtiment destiné au logement d'un gardien à côté de l'immeuble assuré, qu'« il s'agit d'un risque nouveau entièrement distinct et non garanti par la police »<sup>197</sup>. Tant l'objet que la nature de ce risque ne pouvait de ce fait entrer dans les prévisions du contrat.

**135.** La création de risque ne peut être simplement rattachée au contrat, ni être couvert par la garantie. Elle porte sur un risque entièrement différent nécessitant de prévoir une nouvelle garantie au contrat envisagé<sup>198</sup>, notamment s'il porte sur un bien substitué ou totalement étranger au bien assuré, tel qu'un changement de véhicule<sup>199</sup>.

**136.** Le secret totalement occulté dès l'origine, pourra difficilement être dévoilé utilement après la déclaration de risque initial par le biais d'une simple déclaration de modification de risque. Mais la frontière entre l'aggravation du risque, le nouveau risque et la création de risque reste infime comme le démontre la jurisprudence abondante et incertaine, notamment quand l'assuré modifie sa situation de risque, par la simple adjonction d'une remorque à son véhicule. Cette hypothèse, autrefois envisagée comme une création de risque<sup>200</sup> par la jurisprudence, soulevait des divergences d'appréciations inconciliables résolues par la seule intervention du législateur, qui en créant l'article R. 211-14 du Code des assurances<sup>201</sup>, soumet

---

<sup>196</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 Novembre 1995, RGAT 1996, p. 67.

<sup>197</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Décembre 1988, RGAT 1989, p. 127, note J. Kullmann.

<sup>198</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Mars 1990, RGAT 1990, p. 309, note H. Margeat et J. Landel ; RCA 1990, comm. n° 415 ; D. 1995. 177 ; Gaz. Pal. 1995, I, somm. p.136.

<sup>199</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 Décembre 1973, JCP,G, 1974, II, 17875.

<sup>200</sup> Cass. plénière, 13 Décembre 1974, RGAT 1975, p. 259 ; v. également deux arrêts, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 Mai 1995, RGAT 1995, p. 605, note J. Landel; Cass. crim. 7 Juin 1995, JCP G 1995, IV, 2314.

<sup>201</sup> Le décret n° 93-581 du 26 mars 1993 prévoit que « les contrats doivent spécifier les caractéristiques des remorques dont l'adjonction à un véhicule terrestre à moteur ne constitue pas, au sens des articles L. 113-4 et L. 113-9, une aggravation du risque couvert par le contrat garantissant ce véhicule ».

désormais cette modification au régime d'une aggravation de risque<sup>202</sup>, sauf dispositions contraires prévues au contrat<sup>203</sup>.

**137.** En principe, le secret inséré au contrat sous l'apparence d'une création de risque est trop important pour être simplement intégré à la garantie par le biais d'une déclaration de modification du risque initial. Pour étendre la garantie au secret, l'assuré devra le soumettre à son assureur qui l'examinera, comme s'il s'agissait d'une nouvelle souscription de contrat. En effet, le secret révélé volontairement par l'assuré sous les apparences d'une aggravation de risque ou d'un risque nouveau, ne pourra être intégré à la relation d'assurance sans avoir été apprécié par l'assureur.

### *§3 - Les difficultés d'appréciation du secret modifiant le risque initial*

**138.** Chaque secret susceptible d'être inséré au contrat entraîne une qualification qui lui est propre. La principale difficulté est la détermination du régime légal applicable au secret selon s'il revêt les apparences d'une aggravation (A) ou d'un nouveau risque (B).

#### A - Les conditions d'insertion du secret au contrat

**139.** Les circonstances supposées nouvelles peuvent soulever quelques difficultés au regard de l'existence même du contrat (1). C'est donc au regard du risque initial que seront appréciés les secrets dissimulés sous une modification de risque (2).

#### 1 - La problématique : modification du contrat ou nouveau contrat ?

**140.** Sous l'empire de la loi de 1930, l'aggravation de risque était distincte du risque nouveau tant au niveau de l'obligation de déclaration, que sur les effets produits sur le contrat d'assurance<sup>204</sup>. Mais le législateur de 1989, qui instaure le système du questionnaire fermé tout en faisant une distinction entre le risque aggravé et nouveau a « perdu de vue la

---

<sup>202</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 Novembre 1999, RCA 2000, comm. n° 27, et chron. n°1, H. Groutel, *L'adjonction d'une remorque au véhicule assuré* ; Gaz. Pal. 30 Août 2000, p. 24 note A. Favre Rochex ; JCP G 1999, IV, 3129 ; et Cass. crim. 7 Décembre 1999, RCA 2000, Comm. n° 131, H. Groutel.

<sup>203</sup> L'article R. 211-4 du Code des assurances stipule, qu'il appartient aux assureurs de « spécifier les caractéristiques des remorques dont l'adjonction à un véhicule terrestre à moteur ne constitue pas... une aggravation du risque ». La chambre civile de la Cour de cassation fait une application très étendue de ce texte estimant, en l'absence de toutes clauses contraires, que l'adjonction d'une remorque à un tracteur ne constitue qu'une simple aggravation de risque Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 Mars 2004, n° 01-02.627 ; RGDA 2004, p. 426, note J. Landel. Cependant, la chambre criminelle reste sur une position plus sévère, comme à chaque fois qu'il est question d'opposer un secret à l'assureur, et maintient une jurisprudence selon laquelle, en l'absence de déclaration, l'assureur ne peut être tenu à garantie. Pour des décisions fondées sur la mauvaise foi de l'assuré ; Cass. crim. 7 Décembre 1999 op. cit., voir RGDA 2000, p. 10, note J. Landel.

<sup>204</sup> Toujours en se référant aux prévisions insérées dans la police, dès qu'une aggravation de risque survenait, il fallait la déclarer à l'assureur pour que cette modification entraîne une garantie de plein droit. Le risque nouveau, est celui dont il n'était pas fait état dans la police. Il devra être soumis à l'appréciation de l'assureur qui, après avoir étudié les incidences de la circonstance nouvelle pourra accepter ou refuser de l'intégrer à la garantie.

différence de régime »<sup>205</sup> qui les gouvernait. Cette nouvelle distinction laisse un goût d'inachevé et crée une confusion toujours présente dans les esprits des juristes les plus avisés quand il s'agit d'apprécier le risque modifié.

**141.** L'aggravation et le risque nouveau sont envisagés par le législateur comme une seule et unique modification. Dès lors, un doute peut subsister concernant la modification se présentant sous la forme d'un risque nouveau, doit-on lui appliquer un régime identique, ou distinct de l'aggravation du risque ? Cela présente un grand intérêt pour nous car selon notre distinction, il semblerait contradictoire que le secret partiellement minimisé mais soumis à l'appréciation de l'assureur, bénéficie du même traitement que le secret dont l'objet était de diminuer, voire de totalement occulter le risque initial, qu'il s'agisse du risque nouveau ou d'une création de risque. Dans ces conditions, soit le régime de l'aggravation des risques est étendu au risque nouveau, auquel cas ce risque nouveau ne serait soumis qu'à une simple modification du contrat ; soit le risque nouveau est exclu du régime de l'aggravation du risque, et ne peut être inclus au contrat sous la forme d'une simple modification<sup>206</sup>.

## 2 - Le régime légal applicable aux modifications de risque

**142.** Face à ces difficultés d'appréciation, M. Groutel fonde la théorie<sup>207</sup> dite du '*point d'ancrage*' selon laquelle « si tel événement est déjà assuré, le contrat est apte à s'appliquer à toutes les choses que l'assuré voudrait garantir...et ce, en fonction de l'accord initial »<sup>208</sup>, nous invitant de ce fait à revenir aux sources du contrat, et donc aux déclarations initiales du souscripteur. C'est une position que rejoint M. Courtieu quand il énonce que « pour distinguer le vrai risque nouveau de l'aggravation, il est nécessaire d'abandonner la piste indécise de la notion de risque et retrouver le chemin du droit des contrat »<sup>209</sup>.

---

<sup>205</sup> H. Groutel, *La réforme du code des assurances*, RCA 1990 p. 1- 9.

<sup>206</sup> J. Kullmann semble suggérer que si « l'on ne dispose d'aucune disposition du Code des assurances pour déterminer son régime. Il est alors possible au prix d'une certaine audace, d'avoir recours à un autre article qui traite de la demande de modification du contrat, l'article L. 112-2 de ce code. » Chap. X, *La déclaration de risque*, n° 985 p.724 ; « *Traité de droit des assurances* » T.3, *Le contrat d'assurance*, sous la direction de J. Bigot.

<sup>207</sup> Dans un premier temps, H. Groutel a mis en évidence une distinction pouvant être opérée entre l'aggravation du risque et le risque nouveau. Cette théorie fondée sur les notions d'acte et de fait juridique permet de délimiter les contours des circonstances nouvelles. Le risque nouveau est assimilé à un acte juridique, nécessitant la conclusion d'un nouveau contrat d'assurance ; alors que les circonstances liées à l'aggravation du risque, devraient être soumises au régime du fait juridique, et donc bénéficier d'un aménagement du contrat en cours d'exécution. Mais la difficulté demeure, dans la mesure où, cette distinction '*acte juridique et fait juridique*' permet d'appliquer le régime approprié à la modification, mais ne permet pas de distinguer l'objet même de cette modification ; H. Groutel op. cit. note n° 209.

<sup>208</sup> H. Groutel, *L'assurance et l'emploi du véhicule personnel d'un préposé pour usage professionnel*, RCA 1994, n° 2 p. 1-3.

<sup>209</sup> G. Courtieu, *A propos de risques nouveaux et d'aggravation*, Gaz. Pal. 24 Mars 1996, n° 84 p.2-4.

**143.** C'est donc par le biais d'un simple exercice de comparaison entre les déclarations figurant dans le questionnaire initial et celles effectuées lors de la déclaration du risque modifié, qu'il est possible pour l'assureur de distinguer si la déclaration porte sur une circonstance maintenue secrète dès la souscription. Le secret dévoilé à l'occasion de l'exécution du contrat doit être délimité avec précision, car selon que l'on soit face à un risque aggravé ou un risque nouveau, il pourra s'agir soit d'une modification de contrat soit d'un nouveau contrat<sup>210</sup>.

## B - Les modalités distributives de l'intégration du secret au contrat

**144.** Deux cas de figure sont envisageables, soit le secret révélé correspond aux critères d'une aggravation de risque et pourra être intégré au contrat réaménagé à cet effet (1), soit le secret ne permettait pas de deviner les contours du risque initial, dès lors assimilé à un risque nouveau, il ne sera intégré à la relation d'assurance que si l'assureur accepte de conclure un nouveau contrat (2).

### 1 - L'aggravation des risques et la modification du contrat

**145.** L'obligation de déclarer la survenance d'une aggravation de risque est prévue par l'article L.113-2, 3° du Code des assurances<sup>211</sup>. Il appartient à l'assuré de déclarer toutes modifications susceptibles de modifier l'opinion que l'assureur pouvait se faire du risque initial au cours de l'exécution du contrat<sup>212</sup>. Les répercussions de cette modification sur le contrat est prévu à l'article L. 113-4 du code des assurances<sup>213</sup>, selon lequel l'assureur bénéficie de plusieurs options.

Il peut soit résilier le contrat, si le risque dépasse la limite que l'assureur s'était fixé en acceptant le risque initial, soit accepter la modification en augmentant la prime. Cette évolution du risque peut modifier considérablement les rapports contractuels. L'assureur mis en mesure d'apprécier le risque soumis, peut déterminer s'il est face à un secret

---

<sup>210</sup> Il faut faire une distinction avec la clause d'exclusion de risque est une clause prévue au contrat dès la souscription initiale, si la modification porte sur une circonstance prévue par l'assureur, le secret dévoilé pourra être inopérant par le seul jeu de la clause d'exclusion de garantie.

<sup>211</sup> Article L. 113-2 du code des assurances précise dans son 3° que l'obligation de l'assuré consiste à « déclarer en cours de contrat, les circonstances nouvelles qui ont pour conséquence, soit d'aggraver les risques, soit d'en créer de nouveaux... ».

<sup>212</sup> Cass. crim. 30 octobre 2007, n° 07-81.481, voir P. Dessuet, *Il ne peut y avoir d'aggravation de risque sans déclaration préalable du risque dans les formes prévues par l'article L.113-2 du Code des assurances*, Revue de droit immobilier 2008 p.110.

<sup>213</sup> C'est ainsi qu'« en cas d'aggravation du risque en cours de contrat (...) si l'assureur n'aurait pas contracté ou ne l'aurait fait que moyennant une prime plus élevée, l'assureur a la faculté soit de dénoncer le contrat, soit de proposer un nouveau montant de la prime ». Article 11 de la loi de 1989 sur la réforme des assurances.

volontairement omis au cours de la déclaration initiale de risque, cette situation étant assimilée à une fausse déclaration de risque et non à une aggravation du risque initial.

**146.** En présence d'un secret dissimulé sous les apparences d'une aggravation, l'assureur reste en mesure de rééquilibrer son engagement en fonction des déclarations de l'assuré, et de la nature du risque qu'il entend garantir. Et ce à l'aide du questionnaire initial, qui lui servira tout au long de l'exécution du contrat, de référence indispensable lui permettant non seulement, de déterminer si les risques étaient initialement prévisibles et donc, si les circonstances nouvelles entraient dans le champ contractuel, ou si la modification est totalement distincte de son engagement contractuel.

## 2 - Le risque nouveau et le nouveau contrat

**147.** La modification liée à une création de nouveaux risques est une notion envisagée à l'article L. 113-2, 3° du Code des assurances, mais sans que l'on puisse se référer à une définition légale précise de ce risque modifié. La doctrine reconnaît généralement le risque nouveau sous l'angle des effets qu'il produit sur le contrat, en ce qu'il entraîne un « changement complet du risque (*ce qui*) revient au changement d'une obligation essentielle du contrat, qui fait présumer l'existence d'un nouveau contrat »<sup>214</sup>. L'adjonction d'un risque totalement différent que celui envisagé lors de la déclaration initiale, ne peut être analysé comme une simple modification devant être apportée au contrat en cours. Son apparition nécessite l'établissement d'un nouveau contrat prévoyant de prendre en charge ce risque nouveau<sup>215</sup>.

**148.** Dès lors, le fait que le risque nouveau ne soit pas clairement évoqué à l'article L. 113-4 du Code des assurances qui n'envisage la modification que sous la forme d'une aggravation de risque, n'est pas lié à un vide législatif, mais simplement à la volonté de rattacher la création de risque à un nouveau contrat, et non à une modification de contrat. Cela ne signifie pas que le secret révélé sous la forme d'un risque nouveau ne sera jamais pris en compte par l'assureur, mais qu'il lui appartient de faire un choix. S'il entend assurer cette circonstance nouvelle, il la soumettra à un nouveau questionnaire de risque dont la garantie fera l'objet d'un nouveau contrat d'assurance devant être annexé au contrat déjà existant.

---

<sup>214</sup> Voir note L. Mayaux, *Modification du contrat d'assurance*, RGDA 1998.56.

<sup>215</sup> C'est ainsi qu'un assuré ayant été amené en cours de contrat à se domicilier au Maroc sans en avertir son assureur, avait considérablement changé le risque initialement pris en compte « ... la prime calculée au départ pour une résidence en région parisienne, ne correspond en rien à la réalité du risque en cas de résidence habituelle à Rabat... ». En l'espèce, le risque subit une modification trop importante pour être intégré au contrat ; v. X. Leducq, *Gaz. Pal.* 5 Mai 2007, p.41 note sous arrêt, C.A Paris, 7<sup>ème</sup> ch. Section A, 25 Janvier 2005 n° 03-17149.

**149.** Encore faut il que le secret soit révélé à temps, car s'il est découvert avant d'avoir été régulièrement révélé sous la forme d'une modification du risque initial, il ne sera pas couvert par l'assureur. Sur ce point, la jurisprudence reste très stricte, considérant qu'il « incombe à l'assuré, avant (*comme après*) la conclusion du contrat, de déclarer spontanément à l'assureur toutes les circonstances qui étaient de nature à modifier les informations qu'il avait donné dans la proposition d'assurance »<sup>216</sup>.

Les diverses formes que revêt le secret lors de la déclaration du risque modifié restent difficile à appréhender et à qualifier avec précision. Cependant il sera possible de mettre en évidence un fil conducteur en ce que le secret est apprécié en fonction des effets produits sur l'opinion que pouvait se faire l'assureur du risque qu'il s'engageait à garantir.

**150. Conclusion de la section 2 :** Le secret procède en cours de contrat du principe de la bonne foi contractuelle. La modification du risque est strictement encadrée par le législateur qui prévoit une obligation d'information mise à la charge de l'assuré au cours de l'exécution du contrat. Cependant l'intérêt de la procédure de déclaration du risque modifié réside dans le fait qu'elle pourra être détournée de sa finalité et permettre l'insertion du secret en cours de contrat. Telle une séance de rattrapage, le secret originel car dissimulé lors de la déclaration initiale du risque réapparaîtra en cours d'exécution du contrat sous les apparences d'un risque modifié.

### Section 3 - L'appréciation du secret sur le risque

**151.** Le législateur envisage de manière spécifique les effets produits par le secret, et opère une distinction en fonction des effets qu'il emporte sur l'appréciation que pouvait se faire l'assureur du risque proposé. Dès lors, deux hypothèses sont envisageables, soit, le secret n'est pas de nature à modifier le risque dans l'opinion de l'assureur, et pourra de ce fait être toléré au sein du contrat d'assurance (**Sous section 1**), soit le secret tend à modifier ou à diminuer l'opinion que pouvait se faire l'assureur de l'appréciation du risque. Dès lors, ce secret que pourrions qualifier de '*malveillant*', car volontairement soustrait à la connaissance de l'assureur, ne pourra être admis dans la relation d'assurance et sera sanctionné pour avoir été opposé de mauvaise foi (**Sous section 2**).

#### Sous section 1 - Le secret ne modifiant pas l'objet du risque

---

<sup>216</sup> Pour un secret concernant la survenance d'un sinistre, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 Juillet 2002, n° 99-21. 601; RGDA 2002, p. 958, note J. Kullmann. V. aussi dans ce sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 Mars 1998.

**152.** Certains secrets ne seront pas de nature à modifier l'opinion que pouvait se faire l'assureur du risque garanti. Il s'agit principalement de secrets mis hors de portée tant de l'assureur que de l'assuré, qui ne pourraient y avoir accès même s'ils le décidaient d'un commun accord (§1). Cela peut également concerner des secrets qui pour des raisons diverses, seront involontairement omis par l'assuré au moment de les déclarer. Cette forme de secret occulté de manière '*involontaire*'<sup>217</sup> recouvre plusieurs situations. Soit l'information demandée lui est incompréhensible, soit elle lui est trop connue étant de ce fait involontairement reléguée dans son inconscient (§2).

### *§1 - le secret légitimement ignoré*

**153.** Le secret légitimement ignoré concerne dans un premier temps, et c'est une question de bon sens, un fait totalement inconnu du souscripteur. Il s'agit soit d'une circonstance légalement inaccessible (A) soit plus simplement, d'un fait qui n'avait pas été porté à sa connaissance au moment de la déclaration du risque initial (B).

A - Le secret inaccessible : une omission légalement justifiée

**154.** Le secret est inconnu car inaccessible si l'on ne procède pas à des tests prédictifs ou génétiques pour en avoir connaissance (1), mais de tels secrets soigneusement dissimulés au sein de notre ADN étant désormais mis hors de portée de la sphère contractuelle par le législateur, il sera donc légitime de garder ces faits secrets envers l'assureur (2).

#### 1 - les tests prédictifs et génétiques

**155.** Parmi l'essor des recherches et des avancées scientifiques réalisées au cours de ces cinquante dernières années, l'accès au secret le plus intime de l'être humain ne pouvait laisser l'assureur indifférent. La découverte, puis l'étude de l'ADN<sup>218</sup>, met en évidence des aptitudes et des prédispositions contenues dans nos gènes et représentant pour l'assureur un matériau de première nécessité, quand il est question de délimiter le risque d'un assuré potentiel en assurance de personnes. L'utilisation de tests génétiques dans un intérêt privé relève d'une question délicate car située au centre d'un conflit scientifique, éthique et juridique, dont la réponse légale s'est fait longtemps attendre. La première loi dite de 'Bioéthique'<sup>219</sup> tente de

---

<sup>217</sup> Dans notre étude, le secret doit procéder d'une volonté consciente, mais pour lequel nous utilisons à dessein ce terme « involontaire » car cette forme de secret concerne une circonstance connue, mais mal utilisée par le déclarant qui ne la divulgue pas au moment opportun.

<sup>218</sup> Acide désoxyribonucléique, constituant du noyau cellulaire et porteur du code génétique d'un individu.

<sup>219</sup> Les lois dites 'bioéthiques' sont constituées de la loi du 1<sup>er</sup> Juillet 1994, relative au « traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et des lois du 29 Juillet 1994 relatives respectivement au « respect du corps humain, au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale, à la procréation et au diagnostic prénatal », qui ont été déclarées conformes à la constitution par une décision du conseil constitutionnel du 27 Juillet 1994.

fixer un cadre permettant de concilier les différents intérêts en présence, mais ne contenait aucune disposition répressive en matière d'utilisation de tests scientifiques effectués par un assureur dans l'intérêt d'une bonne gestion des risques. La question était donc laissée à la libre appréciation des tribunaux, qui en la matière étaient les premiers à fixer les limites juridiques des avancées scientifiques, et leurs utilisation par les assureurs.

**156.** Dès 1994, et donc, bien avant que le droit ne prévoit de sanctionner l'accès à des tests génétiques, il existait en matière d'assurance un code de bonne conduite élaboré à l'initiative des assureurs eux-mêmes, et inséré dans le recueil de déontologie de la FFSA<sup>220</sup> qui demandait aux assureurs de ne pas tenir compte des informations révélées par des tests génétiques et prédictifs dans le calcul de la prime. Il s'agissait de faire comme s'ils n'en avaient pas eu connaissance. De même qu'il était préconisé de ne poser aucune questions concernant l'existence ou les résultats de tests génétiques déjà effectués<sup>221</sup>.

**157.** En toute hypothèse, l'assureur pouvait disposer de ces informations si elles avaient été spontanément communiquées par l'assuré, qui soucieux de partager son secret avec son assureur, et désirant s'engager dans la plus grande transparence, était en mesure de permettre l'accès à son génome. La seule condition étant l'obtention de son consentement libre et éclairé concernant la communication de ces éléments.

En l'absence de tout principe législatif, la porte laissée entrouverte depuis 1999, moment où les assureurs envisageaient une réflexion portant sur l'utilisation des tests prédictifs et génétiques, s'est depuis 2002 refermée à double tour. Les pouvoirs publics anticipant l'élaboration d'une nouvelle charte<sup>222</sup>, ont au cours du débat parlementaire, indiqué très clairement que « concernant la médecine prédictive et l'utilisation des tests génétiques comme révélateurs de risque et de maladie future, de récents instruments juridiques internationaux impliquent désormais d'interdire et de sanctionner toute discrimination à l'encontre d'une personne à raison de son patrimoine génétique... toute utilisation dans le cadre de

---

<sup>220</sup> Fédération française des sociétés d'assurances.

<sup>221</sup> Cet accord, pris concomitamment à l'instauration de la première loi bioéthique, était à l'origine valable cinq ans, avant d'être prolongé jusqu'à l'élaboration de la deuxième loi bioéthique en 1999, date prévue pour sa révision. Cependant, compte tenu des avancées scientifiques, ces délais n'ont pu être respectés, les deuxièmes lois dites de bioéthiques n'ayant été finalement votées qu'en 2004. La prochaine révision de la loi bioéthique est prévue pour 2010.

<sup>222</sup> La position des assureurs s'est quelque peu modifiée au cours de ces dernières années, passant de la volonté affirmée à rester dans l'ignorance, à la possibilité d'engager une réflexion portant sur les modalités d'utilisation des résultats des tests génétiques et prédictifs. Cet élan n'a été contrarié que par l'émergence des nouveaux principes de biomédecine concernant la réalisation et l'utilisation des tests de médecine prédictive et génétique, qui n'ont été intégrés que récemment dans notre bloc de constitutionnalité par l'adoption de textes internationaux telle que la Déclaration universelle de l'UNESCO sur le génome humain du 11 Novembre 1997 ; et, communautaire avec la ratification de la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine signée à Oviedo le 4 Avril 1997.



l'assurance... étant susceptible d'être sanctionnée comme discriminatoire.»<sup>223</sup>. Le secret le plus intime des assurés devient légalement inaccessible.

## 2 - Le secret légalement inaccessible

**158.** Si les assureurs se voient accorder quelques assouplissements en matière de discrimination quand il est question de sélection du risque<sup>224</sup>, la discrimination fondée sur le patrimoine génétique d'un potentiel assuré est interdite. Le domaine de la recherche prédictive et génétique est strictement limité au domaine de la recherche et de la santé, dont est exclue l'activité d'assurance. Cette interdiction fait l'objet d'une codification à l'article L. 1151-1 du Code de santé public<sup>225</sup>. De telles recherches sont passibles de sanctions pénales<sup>226</sup>, tel que le prévoit l'article L. 1141-1 du Code de la santé publique<sup>227</sup> prévoyant expressément que « les entreprises et organismes qui proposent une garantie des risques d'invalidité ou de décès ne doivent pas tenir compte des résultats de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne demandant à bénéficier d'une telle garantie, même si ceux-ci leur sont transmis par la personne concernée ou avec son accord ».

**159.** Ces dispositions législatives d'ordre public, sont impératives et ne laissent aucune place à l'appréciation de la part de l'assuré ou de l'assureur. Ce dernier ne peut poser aucune question relative à l'existence de tests génétiques ou à leur résultats, ni soumettre l'obtention d'une garantie à de tels tests, lors de la souscription ou lors de l'exécution du contrat. Ces dispositions étant applicables aux contrats en cours à la date de la promulgation de la loi sur les droits des malades<sup>228</sup>.

**160.** le secret le plus intime et le plus inaccessible car inscrit dans nos gènes est mis hors de portée de l'assureur sous quelques formes que ce soit<sup>229</sup>. Cette position juridique est conforme aux règles, déontologiques et éthiques, dans la mesure où, il serait difficilement admissible que l'assureur puisse s'emparer d'un secret aussi protégé, même s'il nous est aisé de

---

<sup>223</sup> Réponse ministérielle à QE n° 12508, JOAN Q. 25 Janvier 1999 p. 448.

<sup>224</sup> V. supra n°33.

<sup>225</sup> Loi n° 2002-303 du 4 Mars 2002 art. 97 et 98 (JO 5 Mars 2002).

<sup>226</sup> De tels agissements constituent une infraction réprimée à l'article 225-3 du code pénal et sanctionnée de 1 an de prison et de 20 000 Euros d'amende

<sup>227</sup> Créée par la loi n° 2002-303 du 4 Mars 2002 relative aux « droits des malades et à la qualité du système de santé ».

<sup>228</sup> Article 101 de la loi n° 2002-303 du 4 Mars 2002.

<sup>229</sup> Afin de renforcer ces nouvelles dispositions, le législateur prévoit la reprise textuelle de l'article L.1141-1 du Code de la santé publique au sein du Code des assurances à l'article L.133-1 dans un chapitre créé spécialement à cet effet et dénommé « Accès à l'assurance contre les risques d'invalidité et de santé » comme le prévoit l'article 99 de la loi n° 2002-303 du 4 Mars 2002. Cette codification figure également à l'article L. 932-29 du Code de la sécurité sociale, et à l'article L.112-4 du Code de la mutualité.

comprendre l'intérêt économique d'accéder à de telles données pour l'appréciation d'un risque. Sans l'intervention du législateur, aucune forme de protection de ces secrets n'aurait été envisageable. Cette contradiction fait partie intégrante de la nature du secret, une fois connu on ne peut plus l'occulter en faisant « comme si » on ne l'avait jamais su. Telle la boîte de Pandore, même en instaurant une charte la plus protectrice qui soit, le recueil et le traitement de ces données à titre privé, une fois leur accès envisagé, était susceptible de créer une discrimination aux effets secondaires insoupçonnés. Fort heureusement, comme dans le mythe, il demeurait l'espoir, incarné par le législateur pour rendre ces secrets légalement inaccessibles. Cependant sans bénéficier d'une telle protection, d'autres secrets pourront légitimement être ignorés de l'assureur.

#### B - Le secret inconnu : une omission légitimement tolérée

**161.** Le secret envisagé est certes une soustraction d'information, mais non malveillante. Nous sommes face à des circonstances dont le déclarant ne connaît que la simple existence, il en ignore la teneur exacte, et ne peut déterminer si elles seront de nature à influencer sur le risque qu'il propose à l'assureur. C'est ainsi qu'une assurée pouvait valablement répondre par la négative à la question « souffrez-vous actuellement d'une affection quelconque ? », car s'il est apparu, la veille de la souscription, qu'elle avait des douleurs nécessitant une hospitalisation d'urgence, il ne pouvait être retenu à son égard de fausses déclarations, dans la mesure où, cette douleur abdominale dont « la cause n'avait pu encore être déterminée, n'entrait pas dans les prévisions »<sup>230</sup> de l'assureur. La déclarante souffrait mais ne savait pas à quoi correspondait sa douleur. Il suffit que l'assuré ait ignoré au moment de sa déclaration la nature de l'affection dont il était atteint pour que ce fait ne puisse entrer dans les prévisions de l'assureur.

**162.** Cet aspect involontaire du secret, car inconnu en terme de développement ultérieur au moment de la souscription, est admis par les juges<sup>231</sup>. De manière générale, tant que '*les mots ne définissent pas les maux*', le secret peut être valablement soustrait à la connaissance de l'assureur, ce qui est de bon sens puisque le fait litigieux était aussi ignoré du déclarant. S'agissant d'un évènement inconnu pour les deux contractants, cette forme de secret même découvert ultérieurement, revêt les critères de l'aléa et ne sera pas de nature à modifier pas le risque initialement soumis à l'appréciation de l'assureur.

---

<sup>230</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 Février 1995, n° 91-19.916.

<sup>231</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 Mars 1982, JCP G 1982, IV, 176.

Ce secret pourra être admis lors de la conclusion du contrat, en ce qu'il ne modifie pas l'appréciation du risque, un critère déterminant pour être déclaré de bonne foi.

## *§2 - le secret opposé de bonne foi*

**163.** Le législateur ne définit pas à proprement parler le principe de la bonne foi, de même qu'il ne fait aucune référence au principe de bonne foi envisagé dans le droit commun des contrats, c'est donc de manière implicite que les critères du secret opposé de bonne foi sont envisagés en assurance (A). C'est ce qui permet d'apprécier de manière très étendue les secrets opposés involontairement (B).

### A - La présomption de bonne foi attachée au secret

**164.** L'article L. 113-9 du Code des assurances prévoit que « l'omission ou la déclaration inexacte de la part de l'assuré dont la mauvaise foi n'est pas établie n'entraîne pas la nullité de l'assurance... ». Une simple lecture de cet article nous laisse à penser que seule la mauvaise foi est envisagée, supposant un régime de faveur, voire même, un désintérêt pour le secret opposé de toute bonne foi, en ce qu'il n'entre pas dans les prévisions légales.

Mais cette impression est fautive et c'est en lisant ce texte *a contrario*, que se dégagera la définition de la bonne foi requise du souscripteur. En fait, ce n'est que si la mauvaise foi n'est pas établie, que la bonne foi, qui se présume pourra être retenue et ce, même en cas de forte suspicion d'omission ou de fausse déclaration du souscripteur. Pour renverser la présomption de bonne foi, il faudra démontrer que les circonstances du risque ont été omises ou déclarées faussement dans le but de tromper l'assureur. Le souscripteur est toujours présumé ne jamais avoir eu de secrets, ou les avoir opposés en toute bonne foi, et donc sans avoir eu la volonté de tromper l'assureur, jusqu'à ce que ce dernier ne prouve le contraire.

**165.** Nous pouvons également remarquer que la formule utilisée par l'article L.113-9 du Code des assurances, fait mention d'une « omission » ou d'une « déclaration inexacte », ce qui tendrait à supposer que cette situation ne recouvre pas l'hypothèse d'un secret inconnu et totalement ignoré par l'assuré, car on ne peut omettre de déclarer ce que l'on ne connaît pas et encore moins le déclarer faussement. De ce point de vue, la notion de bonne foi devant être appliquée en droit des assurances semble ne pas se confondre pas avec le principe de loyauté et de bonne foi tel que le définit le Code civil qui ne fait aucune distinction entre les faits omis de manière volontaire ou involontaire. Néanmoins, si le droit des assurances distingue très précisément ces deux notions, il envisage de manière très étendue tous les secrets pouvant être assimilés à des omissions, ou à de fausses déclarations opposées involontairement, et donc en toute de bonne foi, à l'assureur.

## B - La tolérance des secrets opposés involontairement

**166.** Le secret sera assimilé à la bonne foi s'il ne modifie pas l'opinion que l'assureur pouvait se faire du risque soumis à garantie. Le législateur définit de manière précise quels sont les critères d'appréciation de la bonne foi en assurance. Cela recouvre les notions que nous appellerons de secret oublié, s'il s'agit d'une omission involontaire (1) ou de secret méconnu si la fausse déclaration est involontaire (2).

### 1 - Le secret oublié : Une omission involontaire

**167.** Une certaine variante est perceptible en matière de secret involontaire, notamment lorsque l'oubli de déclarer le risque est lié à une circonstance totalement intégrée dans la vie quotidienne du souscripteur, et donc, occultée de manière distraite, et que nous pourrions définir de secret '*oublié*'. Il pourra s'agir d'une myopie, dont le souscripteur était atteint depuis l'enfance, et à laquelle il s'était habitué au point d'oublier de l'indiquer dans le questionnaire<sup>232</sup> ; de même qu'une ablation des amygdales, opérée vingt ans auparavant, ou d'un état dépressif chronique qui ne pouvait être déclaré à l'assureur car, comme l'on souligné les juges, « les dépressifs ne sont pas conscients d'être atteint d'une maladie », à fortiori quand leur médecin traitant l'avait déclaré totalement guéri auprès de l'assureur<sup>233</sup>. Plus étonnant, une décision a retenue qu'il n'y avait « aucune intention malicieuse » chez l'assuré qui avait déclaré ne souffrir d'aucune maladie de cœur, alors qu'il était atteint de myocardopathie<sup>234</sup>. Le secret oublié ne pourra être sanctionné par la nullité du contrat. Il s'agit d'une omission ou d'une fausse déclaration involontaire certes connue, mais, peut-être trop connue pour que l'assuré ait jugé utile de déclarer son secret au moment opportun.

Cependant toutes les formes de secrets inconnus ne pourront être caractérisées sous les auspices de la bonne foi. Au-delà du secret ignoré ou oublié, une difficulté pourra surgir si l'information porte sur un fait connu de l'assuré au moment de la souscription, mais dont il lui est impossible de saisir les conséquences à venir, c'est ce que nous appellerons le secret méconnu.

### 2 - le secret méconnu : une déclaration inexacte involontaire

**168.** Le secret méconnu, est une notion proche du secret inconnu<sup>235</sup>, mais distinct, car portant sur un fait connu au moment de la souscription, mais dont on ne peut en prévoir l'évolution.

<sup>232</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Décembre 1988, RGAT 1989, p. 394, note J. L. Aubert.

<sup>233</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 Février 1986, RGAT 1986, p. 210.

<sup>234</sup> Mais les causes réelles de sa mort n'avaient pu être mises à jour, CA Riom 1<sup>ère</sup> chambre civ. 7 Septembre 1995, juris data n° 044454.

<sup>235</sup> Selon notre classification, le secret inconnu porte sur une circonstance qui existe mais dont le souscripteur ne connaît ni la teneur, ni les conséquences qu'elle emporte sur le risque, v. supra n° 161.

Ce sont les conséquences ultérieures qui sont inconnues et donc secrètes pour le déclarant, mais cette forme de secret ne permettra pas à l'assuré de bénéficier systématiquement d'une présomption de bonne foi, car son appréciation relèvera de deux régimes distincts selon que l'on est en matière juridique (a) ou médicale (b).

*a - L'autorité d'une décision judiciaire non définitive*

**169.** La principale difficulté de la méconnaissance du risque devant être déclaré, est perceptible en cas de décision de justice non définitive<sup>236</sup>. L'assureur pour définir le risque peut poser des questions sur les antécédents judiciaires, notamment en cas d'assurances de véhicules automobiles, pour savoir si le souscripteur a déjà fait l'objet de condamnation pour conduite sous l'empire d'un état alcoolique. Cela lui permet de déterminer le risque en évaluant sa dangerosité au volant. Si le jugement n'était pas rendu, le souscripteur ne serait pas fixé sur son sort judiciaire et, il estimerait pouvoir garder secret tous les manquements au code de la route qui lui ont été reprochés.

**170.** De par la simple application des principes de la présomption d'innocence et de l'autorité de la chose jugée, même si l'infraction a déjà eu lieu, et fait l'objet d'une suspension de permis de conduire prononcée par le préfet, il a été retenu qu' « il ne peut être reproché à un assuré de ne pas avoir déclaré à l'occasion de la souscription d'une police d'assurance la mesure simplement provisoire dont il avait fait l'objet dans l'attente d'une décision judiciaire définitive »<sup>237</sup>. Il ne fait pourtant aucun doute que ce secret, dont la méconnaissance n'est due qu'à la lenteur de la justice, est un élément de nature à modifier l'opinion que pourrait se faire l'assureur du risque devant être garanti. L'intérêt réel de ce fait, ne porte pas tant sur la décision définitive en elle-même (qui de par l'effet des voies de recours mettra des années avant de devenir définitive), mais sur la réalisation de l'infraction, en ce qu'elle démontre le potentiel de dangerosité du souscripteur.

**171.** Si dans un premier temps la bonne foi attachée à ce secret, était appréciée en fonction du critère de l'autorité de la chose jugée d'une décision de justice, la jurisprudence prenant acte de la spécificité des principes directeurs du contrat d'assurance, déplace le problème de droit de ce secret, sur le terrain de la clarté et de la précision des questionnaires. Les effets du secret méconnu et non dévoilé, car non confirmé par les tribunaux, seront appréciés en fonction de la pertinence et de la précision des questions de l'assureur, et non plus en fonction du critère de l'autorité de la chose jugée revêtant une décision de justice devenue définitive.

---

<sup>236</sup> D. Rebut *De la prétendue autorité de chose jugée des condamnations pénales en matière de faute intentionnelle*, RCA 1997, chron. n°12.

<sup>237</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 Février 1994, n° 92-14.826 .

**172.** Faute de questions précises, le secret n'aura pas à être dévoilé<sup>238</sup>. Cependant l'imprécision du questionnaire pourra également être appréciée dans un sens favorable à l'assureur. Dans une espèce, il était reproché à l'assuré d'avoir gardé secret une peine de suspension de permis de conduire pour conduite en état alcoolique, alors que, « le questionnaire... ne distinguant pas les condamnations définitives des condamnations faisant l'objet d'un recours, même suspensif... »<sup>239</sup>, imposait à l'assuré de révéler cette circonstance. La décision pénale frappée d'appel n'était pas devenue définitive, mais, en l'occultant totalement, le souscripteur contrevenait à son obligation d'informer loyalement son assureur qui peut définir de manière très extensive le terme de « condamnation ».

**173.** Le secret judiciaire, inconnu pour l'assuré tant qu'il n'est pas fixé sur sa condamnation définitive, est certes ignoré quant au développement ultérieur des poursuites, d'autant qu'il pourrait bénéficier d'une relaxe. Mais ce fait étant nécessaire pour apprécier le risque de nature à influencer sur l'opinion de l'assureur, doit être déclaré s'il entrait dans ses prévisions. De par sa nature ce secret ne pouvait donc pas être laissé à la libre appréciation de l'assuré, ce qui pourrait expliquer la volonté des juges tendant à repositionner le litige sur le terrain du questionnaire de risque, seul moyen de sanctionner cette forme de secret.

#### *b - La méconnaissance de la réalité d'un état de santé*

**174.** Le secret méconnu ne pose pas de réel problème en matière de santé, et la bonne foi sera souvent retenue. En effet, le secret méconnu est une hypothèse assez courante dans la mesure où, entre le moment où apparaissent les premiers symptômes, telles que les premières douleurs, et le moment où un diagnostic sérieux et concordant permettant de mettre un nom sur la maladie est clairement établi, il peut s'écouler plusieurs semaines, voire plusieurs années. Tout fait médical reste de ce fait attaché à l'aspect imprévisible de la survenance du risque, et ce, qu'il intervienne avant ou après la souscription initiale<sup>240</sup>.

**175.** Cette réalité est prise en compte par les tribunaux, c'est ainsi que, la méconnaissance de la gravité réelle d'un état de santé qui n'était pas stabilisé au moment de la souscription, permet que l'on garde secrète l'existence d'une pathologie handicapante grave, si la maladie

---

<sup>238</sup> Mais l'application stricte de cette nouvelle forme d'appréciation peut paraître étonnante, notamment dans une espèce, où le souscripteur avait déclaré n'avoir jamais fait l'objet d'une suspension du permis de conduire, alors que la décision de justice prononçant la suspension du permis était devenue définitive depuis trois ans, les juges n'ont pas sanctionné ce fait maintenu secret, au motif que la question « dans les termes où elle était posée rendait incertain le point de savoir si l'expression *suspension de permis au cours des 36 derniers mois* devait s'entendre de la décision, événement instantané, ou de l'exécution dans toute sa durée de la mesure ordonnée » Le doute ne portait pas sur l'existence d'une décision de justice, mais sur la période envisagée par le questionnaire dont la formulation était trop '*alambiquée*' pour être compréhensible. Cass crim. 25 Janvier 1995, n° 94-81.329.

<sup>239</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 29 Avril 2004, n° 03-10.655.

<sup>240</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 décembre 2006, n° 05-20430, RGDA 2007, p. 72, note L. Mayaux.

ne s'est physiquement manifestée, que postérieurement à la date de la souscription<sup>241</sup>. Cette solution est de bon sens puisque la connaissance réelle du risque, ne sera accessible qu'au moment de la découverte de la pathologie, c'est donc à ce moment que l'assureur pourra se faire une opinion exacte du risque garanti. Il n'en demeure pas moins que le secret méconnu tel que nous l'envisageons, à savoir, un fait connu au moment de la souscription, mais dont l'évolution ultérieure ne peut être appréhendé dans sa totalité, bénéficie de deux régimes distincts selon que l'on se place en matière médicale ou judiciaire.

Cependant, le traitement du secret connaîtra une plus grande sévérité s'il est de nature à modifier l'opinion que l'assureur pouvait se faire du risque initial.

## Sous section 2 - Le secret modifiant l'objet du risque

**176.** Paradoxalement c'est la sélection des risques pratiquée par l'assureur qui incitera le souscripteur à garder le secret sur les faits les plus '*gênants*'. Conscient de la nécessité à présenter '*patte blanche* ', ou tout du moins, un profil acceptable, il sait qu'il aura tout intérêt à diminuer le risque proposé, voire même à l'occulter de manière consciente et volontaire pour être garanti. Si le secret se présente sous la forme d'une omission ou d'une fausse déclaration volontaire, c'est qu'il a été mûrement réfléchi et imposé à l'assureur par le biais des questionnaires de déclaration du risque dans un but précis : modifier l'appréciation du risque que l'assureur accepte de prendre en charge.

Pour prendre la mesure d'un tel phénomène, il est nécessaire de mettre en évidence les différentes formes de secrets '*malveillants*' car opposés de mauvaise foi (§1). Et ce, tout en tenant compte du rôle dévolu à l'assureur concernant l'appréciation devant être faite du secret, en ce que la mauvaise foi ne sera constituée qu'au regard de l'opinion qu'il pouvait se faire du risque garanti (§2).

### *§1 - le secret constitutif de la mauvaise foi*

**177.** Plusieurs formes de secrets seront assimilés à de la malveillance s'ils concourent aux mêmes effets : l'assureur n'est pas en mesure d'apprécier la réalité des circonstances du risque initial. Le secret opposé de mauvaise foi, est caractérisé par de fausses déclarations (A), ou par une omission volontaire (B). Mais ces situations doivent être distinguées du secret consistant à garder volontairement le silence sur toutes les circonstances connues mais non demandées par l'assureur (C).

---

<sup>241</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 Juillet 1989, RGAT 1990, p. 175 note L. Aynès.

## A - Le secret malveillant : une fausse déclaration intentionnelle

**178.** Vis-à-vis du secret, la problématique de la révélation du risque réel était soulevée par le principe de la déclaration spontanée autrefois pratiquée, et si, le questionnaire était déjà en vigueur et largement utilisé, son intérêt était bien moindre, car l'assureur n'était pas tenu d'un point de vue légal de poser des questions. C'était à l'assuré d'envisager et d'anticiper les besoins de l'assureur en lui faisant part de toutes les circonstances entourant le risque, de manière à compléter très précisément le questionnaire dit « ouvert »<sup>242</sup>.

**179.** Ce système déclaratif est de première importance si l'on garde à l'esprit que l'assureur est principalement intéressé par les aspects les plus sombres, et les plus embarrassants de la vie, ou de la personnalité de l'assuré. Soit autant de circonstances dont il ne voudrait plus avoir à se souvenir<sup>243</sup>. Il est alors compliqué de devoir se rappeler de faits 'gênants' surtout quand ils ne sont pas demandés. Le secret dans ce contexte a une fonction précise, tel 'une cure de jouvence' il permet à l'assuré de faire 'table rase' du passé et de se présenter sous un aspect rassurant, qui se répercutera sur l'opinion que l'assureur pourra se faire du risque. À ce stade de la relation d'assurance le secret sert à contourner les appréhensions de l'assureur, et à rendre son risque normalement assurable, ou à tout le moins, admissible.

**180.** En accordant à l'assuré l'initiative d'informer l'assureur, c'était l'inciter à garder secret les faits les plus 'encombrants', d'autant que même de manière inconsciente, il y a toujours des raisons tendant à convaincre le déclarant lui-même, qu'un fait étant fort éloigné du risque n'aura pas à être mentionné, alors qu'il s'agissait d'une circonstance essentielle pour l'assureur<sup>244</sup>, et préférera taire ses secrets.

Mais face au secret, la méthode du questionnaire fermé actuellement en vigueur, ne règle pas ce problème car, s'agissant d'un secret intentionnellement omis, ce n'est pas le mode de questionnaire utilisé qui incite le souscripteur à dissimuler ses secrets, mais sa seule volonté.

---

<sup>242</sup> Pour les dispositions législatives instaurant le questionnaire fermé, v. supra n° 59.

<sup>243</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 Juin 1980, n° 79-12.074, D. 1981. 88 note C.J Berr et H. Groutel.

<sup>244</sup> C'est ainsi que le demandeur à l'assurance, qui exerce une activité marginale ou dangereuse, aura tout intérêt à tenir cette donnée secrète, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 Janvier 1978 ; Gaz Pal. 1978, 1, Pan. Jurispru. p. 66. ; V. également, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 Avril 1991, RGAT 1991, p. 547, note H. Margeat et J. Landel. L'assuré peut déclarer exercer une profession plus rassurante telle que « directeur de société », Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> Décembre 1993, n° 91-17.201. Ou plus stable qu'un intérimaire, CA Paris, 8<sup>ème</sup> chambre, B, 13 Juillet 1988, juris data n° 1988-024833. Voire en période d'essai, CA Poitiers, 3<sup>ème</sup> chambre, section 1, 18 Novembre 1987, juris data n°1987- 047102. Et même déclarer une fausse profession, pour un ferrailleur ayant déclaré être négociant en automobile, CA Paris 7<sup>ème</sup> chambre A, 19 Octobre 1982, RGAT 1983 p. 193. Pour un VRP s'étant déclaré simple salarié alors que le véhicule était son outil de travail, CA Aix en Provence chambre civile 15 et 14 Novembre 2001, juris data n°2001-192813. Il pourra également s'agir d'une personne qui, sachant qu'elle faisait l'objet de menaces de mort, ou qu'il existait des menaces d'incendie pesant sur le bien assuré du fait d'exactions proférées par des racketteurs, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 Décembre 1991, n° 89-19.075.



Certains secrets semblent faciles à imposer à l'assureur, il suffit que l'assuré potentiel fasse volontairement l'impasse sur ce qui lui est demandé, pour que le secret soit de nature à fausser la relation d'assurance.

Le secret omis volontairement, et donc malveillant, sera sanctionné du simple fait des conséquences qu'il emporte sur l'appréciation initiale que l'assureur pouvait se faire du risque à garantir, et en fonction duquel, il aurait contracté différemment, voire pas du tout, s'il en avait eu connaissance<sup>245</sup>.

## B - Le secret occulté : une omission volontaire

**181.** Pour que le secret caractérise la mauvaise foi, il faut qu'il ait été opposé volontairement (1) et qu'il porte sur une circonstance évoquée de manière précise dans le questionnaire de risque (2).

### 1 - La volonté d'opposer un secret à l'assureur

**182.** Pour des raisons de vraisemblances, il est rare que le secret revête l'aspect d'une omission pure et simple, d'autant que ne pas répondre à une question posée, est encore plus suspect aux yeux de l'assureur que d'y apporter une réponse fausse. L'appréciation du secret occulté, est fondée « sur la conscience que ne pouvait pas, ne pas avoir le déclarant, du caractère inexact de sa déclaration »<sup>246</sup> dès lors, la notion de secret sera largement étendue, jusqu'à retenir des oublis qui, du fait de leurs répercussions sur l'appréciation du risque seront assimilés à de fausses déclarations intentionnelles<sup>247</sup>.

C'est ainsi que l'on « ne pouvait avoir oublié » un séjour à l'hôpital<sup>248</sup>, ou l'intervention d'un bureau d'étude dont le rapport avait conclu à un tassement de terrain<sup>249</sup>, ni « ignoré qu'à la date de la souscription de la nouvelle garantie, une maladie était en train de rendre ses dents mobiles »<sup>250</sup>, à plus forte raison si l'on savait devoir « subir prochainement une opération chirurgicale »<sup>251</sup>, même si n'étant que simplement programmée, il n'y avait aucune certitude qu'elle aurait effectivement lieu. Le secret pourra être reproché même si l'on ignorait « être atteint d'un cancer »<sup>252</sup> mais en l'espèce, l'assuré était suivi depuis trois ans par son médecin

<sup>245</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ. 13 septembre 2007, n° 06-18175, RGDA 2007, p. 817, note S. Abravanel-Jolly.

<sup>246</sup> J. Kullmann, n° 263, Rép. Dalloz op. cit.

<sup>247</sup> Ce secret doit être distingué du secret méconnu pour lequel, l'oubli est assimilé à la bonne foi, V. supra n°. D'une part la circonstance est occultée intentionnellement et d'autre part elle concerne un fait trop important pour faire l'objet d'un simple oubli.

<sup>248</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 Juin 1994, n° 92-11.009.

<sup>249</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 Janvier 1997, n° 94-17.626.

<sup>250</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 Mai 1996, n° 94-11.016.

<sup>251</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 Avril 1986, RGAT 1986, p. 422 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Janvier 1987, RGAT 1987, p. 118.

<sup>252</sup> TGI Marseille 14 Octobre 1980, RGAT 1981, p. 198.

traitant pour une maladie non diagnostiquée. De manière générale « dès lors que le déclarant avait été en mesure de comprendre la portée de la déclaration portant sur son état de santé »<sup>253</sup> il lui appartient de le déclarer à son assureur.

## 2 - La volonté d'occulter les questions posées

**183.** Le secret volontairement occulté s'apprécie à l'aune de la compréhension du questionnaire de risque. Les difficultés de compréhension du questionnaire, rencontrées par le souscripteur, ne seront pas retenues, et seront assimilées à un secret blâmable si la rédaction ne présentait pas de difficultés. C'est ainsi qu'un « assuré ne pouvait sérieusement prétendre que le terme d'incapacité doit être limité à son sens juridique d'incapacité permanente »<sup>254</sup> dès lors « quelque soit la forme ou le support du formulaire, seule la réponse importe notamment quand la signature<sup>255</sup>, dument précédée de la mention « *lu et approuvé* » a été librement apposée au bas du questionnaire »<sup>256</sup>.

**184.** Le problème du secret peut également être posé, si l'assuré confie à un tiers la retranscription de ses propos et de ses réponses sur le questionnaire. Nous pouvons envisager que ce tiers trouvant les questions trop indiscretes, ou sans rapport avec le risque, les estimera mal fondées et omettra volontairement de transcrire les réponses, prenant seul l'initiative de protéger les secrets de l'assuré potentiel. Dans cette hypothèse, même si le secret contenu dans le questionnaire n'est pas du fait de l'assuré, seule sera prise en considération l'appréciation que pouvait se faire l'assureur du risque<sup>257</sup>. Toutefois, un arrêt dont la lecture pourra être faite a contrario semble poser le principe d'une présomption simple pour le tiers, d'avoir reproduit fidèlement les déclarations de l'assuré<sup>258</sup>.

**185.** Le questionnaire sert à apprécier le risque, et toute circonstance susceptible de masquer un secret, doit être appréciée en fonction des effets produits sur l'appréciation du risque. Si le proposant garde le secret sur la résiliation d'un précédent contrat pour non paiement des primes, ce secret par réticence ne pouvait valablement agir sur l'appréciation du risque<sup>259</sup>. De

---

<sup>253</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 Novembre 1999, n° 97-19 022, RGDA 2000, p. 55 note J. Kullmann.

<sup>254</sup> CA Colmar chambre civ., 2, section X, 11 Octobre 2001, juris data n° 2001-193706.

<sup>255</sup> A contrario si la signature n'a pas été apposée le secret n'est pas sanctionné, Cass. crim. 28 Septembre 1999, n° 98-84313.

<sup>256</sup> Pour un déclarant faisant valoir son incompréhension du questionnaire médical en raison d'un niveau socio économique faible mais qui ne contestait pas l'avoir librement signer, CA Pau 1<sup>ère</sup> chambre, 11 Octobre 2000, juris data n° 2000-137544.

<sup>257</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 juillet 2007, n° 06-17568, RGDA 2007, p. 813, note S. Abravanel-Jolly.

<sup>258</sup> Elles feront foi, jusqu'à ce que soit remise en cause la valeur probante du questionnaire, pour cela il faudra contester l'authenticité de la signature du déclarant, ou l'exactitude des données portées en l'espèce par le médecin traitant, Cass 1<sup>re</sup> civ., 8 Octobre 1996, n° 94-18 589.

<sup>259</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 Mai 1991 et 2 Juillet 1991, RGAT. 1991, p. 331, note J. Bigot ; RCA 1991 comm. n° 312.

même qu'il a été jugé qu'un assuré ayant gardé secret une activité qu'il exerçait et qui était connue du public, ne pouvait fausser l'appréciation du risque<sup>260</sup>. Tout fait accédant à une notoriété publique ne peut être assimilé à un secret.

Si le secret opposé volontairement à l'assureur sous la forme de fausses déclarations est indubitablement constitutif d'une mauvaise foi avérée, son appréciation sera plus délicate s'il se dissimule sous un silence ambigu.

### C - Le silence et l'appréciation du risque

**186.** Le silence en tant que fait non divulgué, revêt pour nous toutes les apparences d'un secret qu'il convient d'observer sous l'angle de la déclaration du risque initial. L'appréciation du risque commande à l'assureur de se renseigner, et à l'assuré de répondre loyalement aux questions posées. Mais si le questionnaire n'envisage pas toutes les circonstances du risque, l'assuré gardera le silence. Il semble donc opportun de se demander quel traitement sera appliqué au secret dissimulé à la faveur du silence suscité par un questionnaire lacunaire (1) auquel cas, il nous semble que le secret est alors provoqué par l'assureur (2).

#### 1 - Le droit au silence et la déclaration de risque lacunaire

**187.** Le principe est qu'il est fait obligation à l'assuré de répondre loyalement aux questions posées. Dès lors, quelle valeur aura le secret s'il se présente sous la forme du silence, dans la mesure où il pourrait difficilement lui être reproché de faire une fausse déclaration s'il ne déclarait rien. En droit commun des contrats, le « *dolus bonus* » est pardonnable<sup>261</sup>, car le silence pas plus qu'il n'oblige, ne peut tromper<sup>262</sup>.

**188.** Si une telle position était systématiquement appliquée au droit des assurances, l'insécurité juridique et économique serait inévitable. Le contrat d'assurance dépendant de la fiabilité des réponses obtenues, l'assuré n'aurait plus besoin de dissimuler la réalité du risque, puisqu'il suffirait de garder le silence, en ne répondant pas aux questions posées. Dès lors, au sein de la relation d'assurance, et faisant exception au droit des contrats, l'information tenue secrète sous le sceau du silence, n'est pas de mise face à « l'obligation de renseigner celui qui ne peut pas s'informer »<sup>263</sup>. Le silence opposé volontairement dans le but d'éluder une question embarrassante à seule fin de préserver des secrets modifiant le risque, est susceptible d'être sanctionné, car indubitablement constitutif de mauvaise foi. Comme le souligne M.

---

<sup>260</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 Mars 1994, RGAT 1994, p. 469, note R. Maurice.

<sup>261</sup> En ce sens, nous nous référerons à l'exquise devise de Loisel selon laquelle, en matière de tromperie dans le contrat de mariage « trompe qui peut ».

<sup>262</sup> Dans ce sens Cass 1<sup>re</sup> civ., 8 Octobre 1974, RGAT 1975, p.367.

<sup>263</sup> J. Flour et J.-L.Aubert, *Les obligations*, t.1, l'acte juridique, n° 211, p.164.

Mayaux « le silence n'est jamais justifié, car il faut tout dire à son assureur quand il vous le demande »<sup>264</sup>. A contrario, nous pourrions penser que sous certaines conditions, l'assuré pourra garder le silence sur des faits non demandés.

**189.** La jurisprudence retient que « la sincérité et l'exactitude des déclarations faites devaient s'apprécier en fonction des questions posées, (... *il* ...) ne saurait être fait grief à l'assuré de n'avoir pas fourni de réponses dépassant le cadre de ces questions »<sup>265</sup>. Nous pourrions penser que l'assuré est lié par le questionnaire de déclaration de risque même si « rien n'interdit au souscripteur de donner spontanément des informations à l'assureur »<sup>266</sup>, force est d'admettre qu'en l'état actuel des textes, le législateur consacre « un droit de se taire pour le surplus connu »<sup>267</sup>. Le silence est autorisé quand l'assureur ne demande rien, et qu'il ne pose aucune question sur une circonstance précise. Ce sont des lacunes tendant à provoquer silence de l'assuré qui, comme le lui permet le législateur ne dévoilera spontanément que ce qui lui est demandé, mais qui en définitive pourrait lui être défavorable.

## 2 - Le secret provoqué : une arme juridique au service de l'assureur ?

**190.** La problématique du silence doit s'insérer dans l'hypothèse d'un questionnaire lacunaire ou imprécis. En admettant que le déclarant doive donner des informations de manière spontanée, il lui appartiendrait de dévoiler des secrets qui ne lui sont pas demandés. Il ne s'agit plus de compléter les demandes de l'assureur, mais d'aller au-delà, en les anticipant.

Dès lors, que peut-on faire de ce *surplus* d'informations non demandées ? En définitive tout fait est susceptible d'intéresser l'assureur, mais plus la frontière sera floue entre ce qui doit être dévoilé et non dévoilé, et plus l'assuré sera incité à garder ses secrets les plus embarrassants ou les plus intimes, *a fortiori* si de tels éléments ne seront pas demandés.

**191.** « Doit-on tout dire à son assureur ? »<sup>268</sup>. En définitive, en matière de secret se rapportant au risque, telle est la question. La réponse sera *oui*, si la question nous a été posée et si elle est en relation directe avec le risque garanti. Le principe étant qu'il ne faut rien lui dissimuler. Mais de là à tout dire, quand rien ne nous est demandé, voilà une position qui nous semble

---

<sup>264</sup> L. Mayaux, *déclaration de risque : faut-il tout dire à son assureur ?* JCP 2002. I. 116, n°5, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 Juin 2001, n° 98-18.651, cependant comme le fait remarquer l'auteur, en l'espèce la fausse déclaration n'était pas totalement constituée du fait de l'ambiguïté du questionnaire.

<sup>265</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 décembre 1982, n° 81-13-596.

<sup>266</sup> D. Noguero, *Questionnaire fermé, réticence dolosive et déclaration du risque du souscripteur d'un contrat d'assurance*, op. cit.

<sup>267</sup> D. Noguero op. cit.

<sup>268</sup> Voir note L. Mayaux, sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 Juin 2001, n° 98-18.651. op. cit.

inoportune. Ne pas tout dire et sans mentir, voilà qui contraint le souscripteur à un exercice de funambule qui lui impose de bien réfléchir à ce qui devra être déclaré. Ce point souligne une problématique d'autant plus délicate, si nous l'insérons au sein de la pratique actuelle des assurances pouvant être conclues sans remplir de questionnaires de déclarations de risque. Cette démarche présente certes un intérêt commercial, mais qu'en est-il de l'équilibre contractuel. Ne rien déclarer signifie garder tous ses secrets, mais aussi soumettre l'aléa à la volonté du maître des secrets et par la même à fausser le risque devant être garanti. D'un point de vue juridique, nous pouvons nous poser plusieurs questions sur les conséquences d'une telle démarche commerciale<sup>269</sup>.

**192.** La légitimité de l'assureur à poser des questions à l'assuré et l'obligation de l'assuré à répondre loyalement est fondée sur la nécessité de délimiter le risque. Il est nécessaire de fixer une limite précise entre ce qui relève du risque ou non, afin de définir ce qui doit être dit, ou non. La pratique tendant à la quête de la transparence absolue, repousse les limites du secret et s'exerce en défaveur de l'assuré, tout en créant un déséquilibre contractuel. Dans ce contexte, dévoiler ses secrets semble ne servir qu'à armer le bras de l'assureur, en lui offrant tous les éléments nécessaires qui lui permettront d'obtenir des éléments auxquels il n'avait pas pensé, mais aussi de ne pas remplir son obligation de couverture au moment de la mise en œuvre de la garantie.

**193.** De plus, si le droit des assurances semble favoriser le droit au silence, et donc le droit de garder les secrets non demandés, cette possibilité est un faux semblant dans la mesure où le silence « est neutralisé par le droit commun des contrats qui impose de parler »<sup>270</sup> par la simple application du principe de loyauté et de bonne foi contractuelle. Ce droit au silence peut s'avérer être très défavorable envers l'assuré en ce qu'il permettrait systématiquement à l'assureur de soulever la mauvaise foi de l'assuré non pas en application du Code des assurances qui reconnaît le droit au silence en l'absence de questionnaire, mais en invoquant le dol, afin de se placer sur le terrain du vice de consentement<sup>271</sup>.

**194.** En revêtant autant d'aspects, il semblerait que le questionnaire d'assurance, représente un terrain très fertile pour abriter tous les '*secrets malveillants*'. Néanmoins, il semblerait que ce ne soit pas tant l'existence du secret dans le contrat qui est sanctionné, mais bien la

---

<sup>269</sup> En fait il semblerait que de telles pratiques commerciales, marquent la volonté d'inciter les tribunaux, à revenir au système du questionnaire 'spontané' en vigueur avant la grande réforme des assurances de 1989. Il serait donc intéressant que les tribunaux prennent en compte cette volonté affirmée de ne pas soumettre la garantie à la déclaration de risque, et de déclarer systématiquement les assurés qui auront gardé le silence de bonne foi ; Ou à défaut de retenir contre l'assureur la pratique d'une publicité mensongère.

<sup>270</sup> D. Noguero, op. cit.

<sup>271</sup> V. infra n° 364 et suivant.

distorsion qu'il crée entre risque réel et risque déclaré, dans l'esprit de l'assureur. C'est la raison pour laquelle la mauvaise foi du déclarant, ne sera avérée qu'au regard des attentes de l'assureur.

## *§2 - Le rôle de l'assureur dans la révélation du secret opposé de mauvaise foi*

**195.** Le législateur envisage la mauvaise foi à travers le comportement de l'assuré<sup>272</sup>. Cependant c'est en fonction de l'appréciation que l'assureur pouvait se faire du risque, qu'il sera possible de déterminer si le secret peut être qualifié de malveillant. À cet effet, il est nécessaire d'observer la participation active dévolue à l'assureur en matière de secret. S'il peut se réserver à titre préventif, le droit de vérifier les déclarations de l'assuré (A), il a l'obligation de produire a posteriori la preuve de la mauvaise foi ayant animée le souscripteur qui lui a opposé ses secrets (B).

### A - Les moyens préventifs permettant de rechercher le secret

**196.** L'assureur est en mesure dès que la déclaration de risque lui est parvenue de vérifier la teneur et le contenu des déclarations (1) cependant cette recherche active conforme à la préservation de ses intérêts, pourra lui être préjudiciable, s'il s'avérait que des secrets lui avaient échappé alors qu'il avait l'opportunité de les découvrir en temps utile (2).

### 1 - La vérification de la déclaration du risque initial

**197.** Si le secret s'impose au souscripteur, toutes les fois que '*la fin semble justifier les moyens*', il appartient à l'assureur de se donner les moyens lui permettant de se prémunir de tels secrets. En effet, au stade de la déclaration précontractuelle, c'est le demandeur à l'assurance qui a '*les meilleures cartes en mains*' en tant que maître du secret. Mais le rapport de force peut s'inverser en faveur de l'assureur s'il est assez prévoyant pour effectuer quelques vérifications d'usage.

**198.** Il peut se renseigner sur les rapports entretenus avec les anciens assureurs, et demander au souscripteur de lui présenter un état détaillé de ses sinistres antérieurs, qu'il s'agisse des coordonnées de son assureur précédent<sup>273</sup>, des raisons ayant motivées son éviction... Ces faits, faciles à vérifier, seront autant d'éléments riches d'enseignements concernant le profil du proposant<sup>274</sup>. C'est ainsi qu'en cas de plusieurs sinistres '*douteux*'<sup>275</sup>, l'assureur pourra relever certaines prédispositions, ou aptitudes au secret.

<sup>272</sup> Le secret dissimulant la réalité du risque est envisagée à l'article L. 113-8 du Code des assurances selon lequel « ... Le contrat d'assurance est nul ... en cas de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré... ».

<sup>273</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 Mai 1969, Gaz. Pal. 1969, 2, p.98.

**199.** L'assureur est en mesure de vérifier l'exactitude du risque déclaré. Il pourra à cet effet se déplacer sur le lieu de situation du risque faisant l'objet d'une couverture, et procéder valablement aux constatations liées à la réalité de son engagement. Une telle démarche lui permettra de pallier, tant aux insuffisances, qu'aux invraisemblances des réponses contenues dans le questionnaire. Cependant, il n'est pas obligé de vérifier l'exactitude des déclarations du souscripteur<sup>276</sup> cela reste un choix qu'il est libre d'exercer ou non, d'autant qu'une telle abstention ne peut exonérer le proposant des conséquences du secret<sup>277</sup>. Dès lors, s'il n'opère aucune vérification en décidant de faire confiance aux réponses faites, non seulement cela ne pourrait lui être reproché par la suite, mais cela pourra également lui servir de preuves si un secret était découvert ultérieurement. Mais c'est un avantage qu'il ne sera plus en mesure d'exercer s'il avait vérifié le risque déclaré.

## 2 - La légitimation des secrets manqués

**200.** La recherche active du secret dans la déclaration de risque, pourraient s'avérer être contraire aux intérêts de l'assureur. En effet, si le secret lui échappait, il sera légitimé et ne permettra pas que la mauvaise foi du souscripteur soit retenue. En intervenant sur le lieu de situation du risque, l'assureur ne pourra plus par la suite, valablement soulever l'existence d'un secret qu'il était en mesure de découvrir au moment opportun, c'est ainsi « qu'à la suite des inspections et vérifications diligentées par le mandataire de l'assureur, ce dernier n'était plus fondé à soutenir qu'il n'avait pu apprécier les circonstances influant sur son opinion du risque »<sup>278</sup>. Envisagée *a priori*, la quête du secret doit impérativement être fructueuse.

**201.** En matière de vérification, la jurisprudence est de manière générale, très sévère avec l'assureur qui manque de diligence, notamment quand il était en mesure de vérifier une contradiction<sup>279</sup> ou une omission<sup>280</sup> dans les formulaires types, ou qu'une abstention douteuse

---

<sup>274</sup>En matière d'assurance obligatoire des véhicules terrestres à moteur, l'article A.121-1 (ann, art.12) du Code des assurances prévoit que l'assureur est tenu de délivrer à son assuré lors de chaque échéance annuelle, un relevé d'informations concernant les sinistres survenus au cours de l'année précédente. Ce certificat pourra valablement être demandé au titre des antécédents du proposant et se révéler être un bon instrument dans la recherche du secret. La présentation de ce relevé permet de lever toute ambiguïté concernant les circonstances du risque, tout en limitant les tentations du proposant à garder secret les difficultés qu'il aurait été amené à connaître auprès de son ancien assureur.

<sup>275</sup> Notamment pour un immeuble, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Novembre 1996, RCA 1996, comm. n° 71.

<sup>276</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 septembre 1997, RGDA 1997, p. 1072, note A. Favre Rochex; RCA 1997, comm. n° 382.

<sup>277</sup> Sous la forme d'une fausse déclaration intentionnelle, voir Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> Mars 1983, Gaz. Pal. 1983, 2, pan. Jurisp. P. 182.

<sup>278</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 Mai 2004, n° 02-20.765.

<sup>279</sup> La non déclaration de l'usage de la caravane comme résidence principale, alors que la carte grise du véhicule régulièrement versée au dossier le mentionne. CA Toulouse, ch.2 section 2, 22 Octobre 1998.

<sup>280</sup> Un assuré n'avait pas mentionné une condamnation pénale dans un formulaire type, mais la signature n'ayant pas été précédée de la mention lu et approuvé, il n'avait pas été sanctionné, Cass. Crim. 28 Septembre 1999 n° 98-843.13.

n'avait pas été relevée, alors que « ces abstentions de la part de l'assuré auraient dû attirer l'attention de ces professionnels de l'assurance »<sup>281</sup>. La négligence semble justifier le secret.

Ainsi, toutes les démarches de vérifications effectuées en vue de pallier aux insuffisances du questionnaire, et des déclarations spontanées, auront pour effet de couvrir tous les secrets de l'assuré, s'ils n'avaient pas été découverts lors de cette vérification. Et ce, même si cette connaissance est acquise par des intermédiaires<sup>282</sup>, car l'assureur qui a connaissance du secret de l'assuré par d'autres moyens qu'une déclaration loyale et sincère, est considéré comme ayant pu apprécier dans toute son étendue la réalité exacte du risque. Mais en assurance, la révélation du secret est insuffisante en soi, l'assureur doit également prouver qu'il lui a été opposé de mauvaise foi intentionnellement, à seules fins de le tromper.

**B - Les moyens probants révélant le secret opposé de mauvaise foi**

**202.** L'article L. 113-8 du Code des assurances précise que la nullité du contrat est encourue envers l'assuré de mauvaise foi<sup>283</sup>. L'assuré de mauvaise foi est celui qui ayant conscience des circonstances qui intéressaient l'assureur a fait le choix de ne pas les déclarer ou de les déclarer faussement à seules fins de modifier l'opinion qu'il pouvait se faire du risque. C'est à travers cette intention de tromper son cocontractant que le secret est un élément constitutif de mauvaise foi, mais cela reste insuffisant, il faut le prouver. Pour cela le secret est apprécié en fonction de l'appréciation que pouvait se faire l'assureur du risque initial (1), un critère qui sera soumis à l'appréciation souveraine du juge du fond qui a seule compétence pour déclarer l'assuré de mauvaise foi (2).

**1 - Le secret et la charge de la preuve**

**203.** L'assureur doit prouver deux éléments incontournables, d'une part que l'omission ou la fausse déclaration était intentionnelle d'un point de vue objectif (a), et d'autre part que le secret revêtait à son égard un aspect subjectif en changeant ou en diminuant l'opinion qu'il pouvait se faire de l'objet du risque (b). Cela fait au minimum deux secrets opposés par l'assuré que l'assureur doit démontrer dans le même temps pour que la mauvaise foi du déclarant soit avérée.

*a - L'élément objectif caractérisant la mauvaise foi*

---

<sup>281</sup> L'assureur n'avait « pas réagi aux omissions réitérées de son assuré » qui s'était abstenu de déclarer des condamnations pénales, CA Aix en Provence ch. Civ. 15 section B, 5 Mars 2003; juris data, n°2003-224646.

<sup>282</sup> Voir pour un agent général, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 Mai 1999, RGDA 1999, p. 570, note A. Favre Rochex; RCA 1999, comm. n° 282 ; JCP G 1999, IV, 2261. Et Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 Novembre 1999, JCP G 2000, IV, 1027.

<sup>283</sup> Exception faite des assurances souscrites dans le cadre d'une assurance vie, si l'erreur sur l'âge véritable est située en dehors des limites fixées par l'assureur selon l'article l. 132-26 du Code des assurances.



**204.** Le secret omis ou dissimulé sous une fausse déclaration ne doit pas être involontaire. Le secret observé d'un point de vue objectif, doit être voulu et recherché tant dans son existence que dans ses effets. C'est parce que l'assuré a voulu tromper l'assureur en gardant secret la réalité de sa situation dans le but d'obtenir une garantie indue, qu'il sera de mauvaise foi et sanctionné comme tel.

**205.** Le secret pourra aisément être mis en évidence s'il porte sur toute circonstance que l'on ne pouvait pas ignorer ni oublier, l'intention du déclarant étant de dissimuler la réalité de sa situation et par là même de son risque à l'assureur. Dans une espèce révélatrice, un souscripteur impliqué dans une rixe, avait reçu de graves menaces qu'il n'avait pas déclarées à l'assureur. Les juges ont retenu que l'on ne pouvait avoir oublié l'existence d'une agression suivi de menaces dont la gravité présentait un danger de nature à peser sur le risque garanti<sup>284</sup>. Mais c'est en assurance automobile, notamment en matière de conducteur habituel<sup>285</sup> que la jurisprudence est abondante. Le secret est rapidement mis en évidence, car le souscripteur ne pouvait avoir oublié et encore moins ignorer que son enfant<sup>286</sup>, ou qu'un tiers était soit à titre occasionnel<sup>287</sup> soit à titre régulier, le seul conducteur habituel du véhicule qu'il assurait à son nom.

**206.** De même que la matérialité des faits suffira en elle-même à démontrer les circonstances volontairement occultés, qu'il s'agisse de la vétusté ou de la valeur des biens soumis à garanti, la connaissance de la réalité du risque se déduit du seul fait que le bien est en possession du déclarant<sup>288</sup>. De même que s'il présente des documents falsifiés, leur simple production suffira à attester une intention frauduleuse et sa mauvaise foi ne fera aucun doute. Cependant hormis les cas où l'intention frauduleuse pourra être déduite du comportement malveillant de l'assuré, la charge de la preuve pesant sur l'assureur sera très difficile à rapporter quand il s'agira de déterminer la mauvaise foi en fonction des critères d'appréciation qu'il se faisait du risque soumis à garanti.

#### *b - Les éléments subjectifs caractérisant la mauvaise foi*

---

<sup>284</sup> Voir note J.C. Berr et H. Groutel, D. 1981. 88, sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juin 1980.

<sup>285</sup> Dans ce cas, l'assureur pourra rapidement démontrer que l'intention première du secret était de réduire le montant de la prime en contournant les incidences financières liées au traitement du jeune conducteur qui étant statistiquement, jugé inexpérimenté et plus dangereux sur la route, devra dans le cadre d'une juste mutualisation des risques payer une prime plus importante.

<sup>286</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 décembre 1990, n° 88-13.044.

<sup>287</sup> Cass. crim. 19 février 1997, n° 96-81.440.

<sup>288</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 décembre 1990, n° 89-19.097, pour un immeuble déclaré à une valeur bien supérieure à sa valeur réelle et dont il était avéré que la construction menaçait ruine.

**207.** L'assureur doit également prouver que le secret a modifié ou changé son opinion concernant le risque<sup>289</sup>. Il s'agit pour l'assureur de démontrer qu'il n'aurait jamais contracté s'il avait eu connaissance des circonstances qui lui ont été tenues secrètes par le souscripteur, ou tout du moins, qu'il aurait conclu le contrat d'assurance dans d'autres conditions. Il s'agit ni plus ni moins pour l'assureur de démontrer que son consentement a été vicié, mais, en droit des assurances, cette simple constatation est insuffisante en elle même pour démontrer la mauvaise foi de l'assuré.

**208.** En effet la démonstration du changement d'opinion que pouvait se faire l'assureur du risque garanti, dépend principalement de ce que représentait à l'origine, dans l'esprit de l'assureur, le risque qu'il entendait garantir. Il faut donc démontrer le critère subjectif de la mauvaise foi en prouvant ce qui, aux yeux de l'assureur a été modifié par le secret<sup>290</sup>. L'exercice est quelque peu hasardeux car il faudra démontrer que les motivations internes de l'assuré, et donc, les faits gardés secrets, n'avaient d'autres objectifs que de fausser la volonté impulsive et déterminante de l'assureur qui obéissant à des critères d'appréciation intériorisés, pourraient de ce fait également être analysés comme un secret. Dès lors, la démonstration de la mauvaise foi revient à prouver que les secrets de l'assuré sont moins légitimes que les secrets de l'assureur.

**209.** Cet élément de preuve est difficile à rapporter pour l'assureur. C'est ainsi que le secret maintenu sur une ancienne entorse, totalement résorbée et ne portant plus à conséquence sur l'état de santé du déclarant, qui est en mesure de travailler et de vivre normalement, sera une circonstance pouvant difficilement influencer sur l'opinion de l'assureur<sup>291</sup>. Certes la survenance d'une nouvelle entorse est toujours possible, mais elle reste un évènement futur incertain, et donc constitutif d'un aléa pour les deux cocontractants.

**210.** En la matière la preuve est libre, tout fait ou tout écrit pourra valablement constituer un moyen permettant de prouver la fausse déclaration intentionnelle<sup>292</sup>. En principe, il suffira de se référer au questionnaire de déclarations initiales pour que le secret malveillant soit mis en évidence. Mais ces éléments de preuve ne seront déterminants que si le juge les estime suffisants pour caractériser la mauvaise foi.

## **2 - le secret et l'appréciation souveraine du juge du fond**

---

<sup>289</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juin 1998, n° 96-15.593.

<sup>290</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 mai 1998, n° 96-18.971.

<sup>291</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 décembre 1997, n° 96-14.054.

<sup>292</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 décembre 1990, n° 89-19.097. En l'espèce, la preuve reposait sur un échange de lettres entre le souscripteur et son voisin qui évoquait la possibilité de sous estimer la valeur du bien assuré pour tromper l'assureur.

**211.** Il n'appartient pas à l'assureur d'apprécier les secrets qui lui ont été opposés, de même qu'il n'existe aucun critère légal permettant de retenir '*ipso facto*' la mauvaise foi de l'assuré sur la seule existence du secret. Seul le juge du fond sera en mesure de déterminer si le secret est de nature à caractériser la mauvaise foi du déclarant<sup>293</sup>. De même que tous les actes de procédures utiles à la démonstration de la mauvaise foi de l'assuré ressortent du domaine de l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>294</sup>.

**212.** En fait, il semblerait que cette appréciation se fonde tout à la fois, sur la connaissance exacte que pouvait avoir l'assuré de son risque<sup>295</sup>, la volonté de tromper l'assureur, et les motivations que sous tendent toutes les formes de secrets. S'il s'avère que le secret est un fait connu et opposé dans le but que de tromper l'assureur afin d'obtenir une garantie indue, la mauvaise foi sera plus facilement retenue.

**213.** C'est cette diversité de critères qui pourrait en partie, expliquer les solutions très fluctuantes qui se dégagent de la jurisprudence<sup>296</sup>. En la matière, il n'est qu'une seule certitude, l'appréciation de la mauvaise foi est à géométrie variable, et les tentatives de l'assureur tendant à rendre la déclaration de risque plus accessible et plus simple, ne change rien à cet état de fait. C'est ainsi que la pratique très répandue des questionnaires pré-imprimés ou pré-remplis, ne suffit pas à accréditer l'existence de la mauvaise foi du déclarant. Si d'un point de vue administratif cette pratique s'avère utile, d'un point de vue probant, l'intention de dissimuler des secrets malveillants ne peut être mise en évidence si c'est l'assureur lui-même qui remplit, même de manière synthétique, la déclaration de risque. Notamment s'il était en mesure d'apprécier lui-même le caractère frauduleux des pièces soumises par le déclarant lors du dépôt de dossier de déclaration de risque<sup>297</sup>.

---

<sup>293</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 Mars 1995, n° 93-14.093. Voir également, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 janvier 1993, n° 90-10.736.

<sup>294</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 novembre 1998, n° 96-20.479. En l'espèce, l'assureur formulait devant les juges de la cour d'appel une demande tendant à ce qu'il soit procédé à une nouvelle expertise, cet acte qui aurait permis de démontrer la mauvaise foi de l'assuré à été rejeté, les juges estimant que cette mesure d'instruction était inutile.

<sup>295</sup> Le niveau intellectuel de l'assuré sera un critère déterminant dans l'appréciation de la mauvaise foi, voir en ce sens. J. Kullmann, RGAT 1993, p. 283, note sous Cass. crim. 9 décembre 1992.

<sup>296</sup> C'est ainsi que dans certaines décisions la mauvaise foi du déclarant pourra être retenue à l'encontre d'un assuré dont le questionnaire de santé avait été rempli par le médecin traitant, qui estimait son patient être en bonne santé, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 janvier 1995, n° 92-12.389. Et dans d'autres cas, déclarer de bonne foi un assuré qui avait gardé secret le fait qu'il prenait régulièrement des médicaments pour traiter une épilepsie (Cependant en l'espèce il semblerait que le questionnaire limité à une simple déclaration de bonne santé ait motivé cette appréciation de bonne foi), Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 novembre 1995, n° 93-17.265. Même s'il avait omis de déclarer un état dépressif chronique Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juillet 1997, n° 95-15.586.

<sup>297</sup> Voir supra n° 284 et suivant pour les moyens préventifs permettant à l'assureur de découvrir le secret du déclarant.

La mauvaise foi du déclarant, sera d'autant moins avérée si l'assureur ne prend pas la peine de vérifier que la signature était précédée de la mention d'usage « lu et approuvée »<sup>298</sup>, même si une simple signature apposée au bas d'une déclaration de risque simplifiée est en soi insuffisante à démontrer l'intention frauduleuse du souscripteur. Mais là encore, cette solution n'est pas systématiquement retenue<sup>299</sup>. Face à de telles incertitudes, l'assureur bénéficie d'une sanction conventionnelle imparable lorsqu'il est confronté au secret, car de nature à faire abstraction des différentes appréciations pouvant être faite tant au regard du comportement de l'assuré, que des différentes phases déclaratives du contrat, mais dont la stricte application entraîne, d'un point de vue juridique, quelques incohérences.

### *§3 - La sanction du secret neutralise la distinction du risque initial ou modifié*

**214.** L'insaisissabilité du secret se reflète sur le régime de la sanction applicable. De part sa nature occulte, le secret ne permet pas de distinguer le moment exact de sa survenance quand il masque le risque. C'est la raison pour laquelle en matière de sanction il sera fait abstraction des distinctions devant être faite entre le secret faussant le risque initial ou modifié, et ce tant en vertu des dispositions légales (A) que conventionnelles (B), ce qui aura des répercussions au regard du comportement de l'assuré qui ne sera plus apprécié en terme de bonne ou de mauvaise foi (C).

#### **A - Le secret neutralise la distinction des sanctions applicables entre les phases précontractuelles et contractuelles**

**215.** En principe, le secret masquant la réalité du risque initialement souscrit n'est pas réprimé par le même texte que celui sanctionnant le secret portant sur un risque modifié (1). Cependant la difficulté d'adapter la sanction au secret, qui par essence est une donnée inconnue excepté pour l'esprit qui le conçoit, ne permet pas l'élaboration d'une sanction distincte et précisément adaptée à toutes les formes de secrets opposés à l'assureur. Le régime légal de la sanction du secret est donc unifié par souci d'efficacité et de simplicité (b).

---

<sup>298</sup> Cass. crim. 27 novembre 1996, n° 94-83.534. Voir également, Cass. crim. 28 septembre 1999, n° 98-84.313, en l'espèce l'absence de la mention « lu et approuvé » a permis d'écarter la nullité, car rien ne prouvait que l'assuré avait pris connaissance des conditions particulières du contrat.

<sup>299</sup> Dans une espèce plus récente les juges ont retenu la mauvaise foi du souscripteur qui avait signé une déclaration de risque pré-remplie. Cependant en observant le questionnaire litigieux, il s'avère qu'il ne s'agissait pas d'un simple document type, dans la mesure où il reprenait toutes les indications données par le souscripteur, et comportait au titre des conditions particulières une description du local d'habitation assuré. D'autant qu'en l'espèce, les questions portant sur l'existence de sinistre, notamment pour des vols survenus antérieurement étaient claires et précises. En gardant le secret sur l'existence de deux vols survenus au cours des deux années précédentes, la déclaration démontrait que l'assuré avait intentionnellement dissimulé des circonstances de nature à aggraver le risque dans l'esprit de l'assureur, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 septembre 2005, n° 04-16.995.

## 1 - Le principe de la distinction du régime légal de la sanction du secret

**216.** Deux situations distinctes peuvent être envisagées lors de la déclaration de modification, soit le secret est réputé intervenir au moment de la déclaration initiale de risque<sup>300</sup>, soit le secret est réputé intervenir au moment de la déclaration de la modification du risque initial<sup>301</sup>.

Mais il n'existe aucune disposition législative permettant de déterminer avec certitude quel régime légal doit être appliqué au secret immiscé entre le moment de la déclaration du risque initial et de la survenance d'une circonstance nouvelle modifiant le risque, dès lors les tribunaux oscillent entre mauvaise foi pour fausse déclaration du risque initial, et non déclaration d'une circonstance nouvelle modifiant le risque initial<sup>302</sup>, allant même jusqu'à cumuler ces deux fondements. Face à de telles incertitudes, il appartenait à la jurisprudence d'unifier le régime de la sanction applicable toutes les fois qu'il est impossible de déterminer le moment exact de la survenance du secret en cours de contrat.

## 2 - Le fondement de l'unification du régime légal de la sanction du secret

**217.** Dès 1941, les juges soucieux de combler cette lacune vont sanctionner le secret portant sur la modification du risque sur le fondement des articles sanctionnant de nullité le contrat pour mauvaise foi<sup>303</sup> constatée lors de la déclaration de risque initiale<sup>304</sup>. Et force est d'admettre, probablement par souci de simplification, que tout défaut de déclaration est systématiquement sanctionné en référence au seul article L. 113-2 alinéa 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> sans qu'il soit tenu compte du moment où est intervenu le secret au cours de la relation d'assurance<sup>305</sup>.

---

<sup>300</sup> En principe, le secret portant sur la déclaration initiale du risque encourt la nullité du contrat Article L.113-8 du Code des assurances, utilisé comme fondement d'un refus de garantie pour mauvaise foi et L.113-9 du Code des assurances accordant une réduction proportionnelle de la prestation si la bonne foi est retenue.

<sup>301</sup> Le secret portant sur les circonstances nouvelles du risque semble relever soit de l'application de l'article L. 113-4 du Code des assurances, qui prévoit la modification du contrat suite à l'aggravation du risque « en cas d'aggravation du risque en cours de contrat... l'assureur a la faculté soit de dénoncer le contrat soit de proposer un nouveau montant de prime... ». Soit l'article L. 113-2 du Code des assurances de qui impose à l'assuré de déclarer les circonstances nouvelles de nature à modifier le risque initial. Soit l'article 113-2, 3<sup>o</sup> du Code des assurances qui prévoit une exclusion de la garantie en cas de risque nouveau.

<sup>302</sup> Ce vide législatif, déjà existant avant la loi de 1930, a perduré après la grande réforme du droit des assurances de 1989, qui ne contient aucune disposition légale permettant de résoudre ce point litigieux. M. Picard et A. Besson, « *Traité général des assurances terrestres* », Tome I, LGDJ 1938, *Règles générales du contrat d'assurance*, n°170 p. 341.

<sup>303</sup> Cass. civ. 29 Septembre 1941, RGAT 1942, p. 44, note M. Picard.

<sup>304</sup> Par la suite la même solution est adoptée mais, sans viser de texte précis à l'appui de leur décision, ce qui démontre l'incertitude dans laquelle plonge le secret maintenu sur une modification des risques. D'autant plus, que le législateur de 1989 maintient le flou en ne précisant toujours pas quel est le régime applicable à la non déclaration de d'une circonstance nouvelle modifiant le risque, contraignant les tribunaux à adopter des solutions surprenantes. Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 18 Avril 1953, RGAT 1953, p. 395.

**218.** Mais ce fondement est susceptible d'avantager le secret. C'est ainsi qu'en 1997, la chambre civile soumet l'omission de déclaration d'une circonstance aggravante à l'article L. 113-2, 3° et refuse d'annuler le contrat<sup>306</sup>. Le dernier arrêt marquant en la matière est très révélateur<sup>307</sup>, certes, les juges reconnaissent que des assurés qui « avaient connaissance... de la présence de squatters dans la maison assurée... » avaient omis de déclarer une aggravation de risque à leur assureur, mais l'arrêt est cassé au motif que les juges du fond n'avaient pas recherchés « si l'omission de déclaration de l'aggravation du risque avait été faite de mauvaise foi ».

**219.** En se plaçant sur le terrain de l'aggravation sur la base de l'article L.113-2, 3° et de la mauvaise foi qui procède de la stricte application des articles L. 113-8 et L. 113-9 du code des assurances, les juges semblent revenir à l'application antérieure du double visa. Selon un auteur, désormais « il est clairement confirmé que l'inexécution des obligations de déclaration, tant à la souscription qu'en cours de contrat, relève d'un unique régime légal »<sup>308</sup>. Cette absence de distinction est accentuée par l'application du régime de la sanction conventionnelle que constitue la déchéance.

#### B - L'étendue du champ d'application des clauses de déchéances

**220.** La déchéance « est la privation d'un droit subjectif à titre de sanction envers son titulaire »<sup>309</sup> elle est insérée au contrat sous la forme d'une clause, selon laquelle l'assureur se réserve le droit de sanctionner tout manquement lors de l'exécution des obligations mises à la charge de l'assuré<sup>310</sup>. Il ne fait aucun doute que ces manquements concernent en premier lieu les secrets opposés de mauvaise foi.

---

<sup>305</sup> Cependant, d'un point de vue juridique, si nous envisageons les modifications survenues entre la souscription et la conclusion du contrat, il s'agit de deux périodes distinctes insérées dans un processus contractuel à exécution successives au cours duquel les modifications devant être déclarées n'auront pas les mêmes conséquences. Avant la conclusion du contrat, les modifications portent sur les déclarations initiales du risque devant être garanti, alors que l'article L. 113-2 alinéa 1, 3° n'envisage que les modifications survenues en cours de contrat. Ce fondement systématiquement appliqué par les tribunaux nous paraît d'autant plus inapproprié que, comme le souligne un auteur « il est possible de fonder l'obligation d'information sur le seul alinéa 2 (de l'article L. 113-2 du Code des assurances) qui concerne la déclaration initiale du risque... (dès lors)... Il n'est pas certain que l'obligation d'information doive être fondée sur le troisième alinéa de l'article L. 113-2 du Code des assurances ». H. Groutel, *Déclaration du risque, circonstance nouvelle entre la proposition d'assurance et la conclusion du contrat*, RCA 1998, n° 6 p. 23-24.

<sup>306</sup> L. Fonlladosa, RGDA 1997, p. 1006.

<sup>307</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 Octobre 2006, n° 05-18.886.

<sup>308</sup> J. Kullmann, RGDA 2007, p. 51, sous arrêt Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 Octobre 2006.

<sup>309</sup> L. Mayaux, Rép. Dalloz, op. cit. n° 308.

<sup>310</sup> Mme Lambert Faivre souligne l'origine conventionnelle de la sanction correspond à « la perte d'un droit... édictée conventionnellement à l'encontre d'un assuré qui n'a pas exécuté ses obligations en cas de sinistre »Y. Lambert Faivre, n°488, p. 363 op. cit.

Deux formes de déchéances auront vocation à s'appliquer. L'article L.113-11, 2° du Code des assurances<sup>311</sup> prévoit une déchéance d'origine légale qui envisage le secret dissimulant la déclaration tardive du sinistre. C'est une déchéance différente de celle envisagée par l'article L.113-2 du Code des assurances<sup>312</sup> qui permet l'application d'une déchéance d'origine conventionnelle sanctionnant tout retard aux obligations de déclarations supplétives prévues au contrat<sup>313</sup>.

**221.** Mais un doute pouvait exister quant à leurs applications pour les fausses déclarations ou les omissions intervenues dans le cadre de la déclaration du risque initial, et donc, avant la conclusion du contrat. En d'autres termes, la clause de déchéance permet-elle de sanctionner les secrets du déclarant intervenus lors de la phase précontractuelle ?<sup>314</sup>

C'est un arrêt en date du 2 juillet 1996 qui va confirmer leur validité<sup>315</sup> à compter de la souscription initiale, dès lors qu'il s'agit de « clauses de déchéances qui ne sont pas interdites par la loi »<sup>316</sup>. Si le contrat le prévoit, la déchéance sera une sanction applicable à tous les manquements imposés tant par des dispositions légales que conventionnelles, et intervenus tant au cours de la phase précontractuelle que contractuelle. À cet égard, l'assureur bénéficie d'un panel de sanctions redoutable contre le secret opposé avant la conclusion du contrat. Mais leur application présente la particularité de créer une égalité de traitement entre les souscripteurs de mauvaise ou de bonne foi.

---

<sup>311</sup> L'article L. 113-1 du Code des assurances prévoit dans un premier point, la nullité « de toute clauses générales frappant de déchéance l'assuré en cas de violation des lois ou des règlements à moins que cette violation ne constitue un crime ou un délit intentionnel ». Et dans un second point, la nullité de « toutes clauses frappant de déchéance l'assuré à raison d'un simple retard apporté par lui à la déclaration de sinistre aux autorités ou à des productions de pièces... ».

<sup>312</sup> L'article L.113-2 du Code des assurances précisant les obligations de l'assuré, stipule au 3<sup>ème</sup> alinéa du 4°, que « lorsqu'elle est prévue par une clause du contrat, la déchéance pour déclaration tardive... ne peut être opposée à l'assuré que si l'assureur établit que le retard dans la déclaration lui a causé un préjudice... ».

<sup>313</sup> tel que la plainte devant être déposée en cas de vol du bien assuré. Ces obligations interviennent après la réalisation du risque et tendent à démontrer les circonstances exactes de la survenance du sinistre.

<sup>314</sup> La doctrine envisageait d'un œil critique l'application de la déchéance lors de tout manquement constaté au moment de la phase précontractuelle, Mme Lambert Faivre ne manque pas d'estimer cette sanction « aussi énigmatique que malvenue » Y. Lambert Faivre et L. Leveneur, « *Droit des assurances* », Précis Dalloz, op. cit. n° 338, p. 272. Tandis qu'un auteur estime que « la déclaration tardive de la circonstance nouvelle ne se confondrait pas avec l'absence totale de déclaration à laquelle par conséquent continuerait de s'appliquer les articles L. 113-8 et L. 113-9 », v. H. Groutel *La réforme du Code des assurances*, RCA 1990, chron. 3 p. 6.

<sup>315</sup> La seule condition à laquelle est soumise la validité d'une clause de déchéance est prévue à l'article L. 112-4 du Code des assurances qui stipule dans son dernier alinéa « les clauses de police édictant... des déchéances...ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents. ». La clause de déchéance doit être conforme aux principes directeurs du droit des contrats pour ce qui concerne le consentement éclairé de l'assuré, et doit être appréciée à la date du manquement de l'assuré à ses obligations. La résolution peut rétroagir au jour de la constatation du manquement aux obligations déclaratives de l'assuré.

<sup>316</sup> J. Kullmann, RGDA 1997, p. 106, sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 juillet 1996, n° 94-15.294.

C - Le secret neutralise la distinction entre assurés de bonne et de mauvaise foi

**222.** La validité des clauses de déchéances et l'élaboration d'un régime unifié permettent de sanctionner tous les secrets intervenus au moment de la phase précontractuelle, mais cela entraîne des incohérences, voire des contradictions au regard du principe de la bonne foi retenue comme critère par le législateur (1). À terme cela contraint l'assuré de bonne foi à faire un usage prohibé du secret pour contourner la mise en œuvre d'une clause de déchéance (2).

1 - L'égalité de traitement entre l'assuré de mauvaise et de bonne foi

**223.** Le principe est que l'assuré qui omet involontairement de déclarer la modification de son risque initial dans le délai légal de quinze jours, doit en principe être déclaré de bonne foi selon les dispositions de l'article L. 113-9 du Code des assurances<sup>317</sup>. Mais face à l'impossibilité de déterminer le moment exact de la survenance du secret au sein de la relation contractuelle, la jurisprudence étend son œuvre d'unification du régime légal en matière d'obligation déclarative, et assimile l'assuré ayant déclaré tardivement le risque modifié à l'assuré qui n'avait rien déclaré à son assureur. Ce principe instaure une égalité de traitement entre le souscripteur de bonne et mauvaise foi.

**224.** La même solution s'impose en application de la déchéance, l'assureur obtiendra la résolution du contrat et n'aura pas à restituer la portion de la prime évaluée '*pro rata temporis*', envers l'assuré de bonne foi qui déclare la réalité ou la modification de son risque trop tardivement<sup>318</sup>. Dès lors, l'application de la déchéance revient à mettre en cause le statut de l'assuré de bonne foi qui accuse un simple retard dans ses déclarations.

**225.** L'incohérence d'une disposition conventionnelle aggravant les dispositions législatives, était soulevée dès l'apparition de l'article L. 113-2 au sein du Code des assurances. Un auteur avisé n'a pas manqué de souligner que seul « l'assuré de bonne foi sera pénalisé, puisque totalement privé de garantie alors qu'auparavant il n'encourait qu'une réduction proportionnelle... »<sup>319</sup>. L'assuré de bonne foi qui aura révélé la réalité de son risque initial ou modifié avec retard sera plus sévèrement sanctionné que l'assuré de mauvaise foi qui n'aura

<sup>317</sup> Selon l'article L. 113-9 alinéa 2 du Code des assurances l'assureur peut « maintenir le contrat moyennant une augmentation de prime acceptée par l'assuré, soit de résilier le contrat ... en restituant la portion de la prime payée pour le temps où l'assurance ne court plus. »

<sup>318</sup> La déchéance « s'analyse en une peine privée qui, à l'occasion d'un sinistre entrant dans le cadre du risque couvert, frappe l'assuré, même de bonne foi, s'il a manqué à une obligation contractuelle dont l'inexécution est passible de cette sanction. », A. Favre Rochex et G. Courtieu, op. cit., 1-342, p.163.

<sup>319</sup> H. Groutel, *La réforme du Code des assurances*, op. cit.



rien déclaré. Cela met en évidence qu'une telle sanction pourra sembler disproportionnée au regard de la nature des manquements constatés et de ce fait, inciter l'assuré de bonne foi à dissimuler ses secrets.

## 2 - Le secret rendu nécessaire pour protéger les assurés de bonne foi

**226.** L'assuré de bonne foi prenant conscience du dépassement du délai des quinze jours accordés par les textes pour déclarer toutes les circonstances modifiant le risque, sera tenté de garder cette circonstance secrète afin de bénéficier des dispositions législatives plus favorables. Face à la déchéance, l'adage « faute avouée est à moitié pardonnée » n'est pas de mise, et seul l'assuré de bonne foi qui gardera tous ses secrets (devenant de ce fait de mauvaise foi) sera mis à l'abri de la déchéance et pourra bénéficier d'une garantie.

**227.** Selon un auteur, cette égalité de traitement « peut se justifier dans la mesure où une déclaration tardive, à un moment de son histoire n'est rien d'autre qu'une absence de déclaration »<sup>320</sup>. En fait, à travers le prisme du secret, nous pourrions envisager que seul le doute lié à l'incertitude de la déclaration favorise cette égalité de traitement. Une fois qu'il s'est immiscé dans la relation d'assurance, le secret est sanctionné sans qu'il soit tenu compte du moment précis où il est opposé à l'assureur au cours de la relation contractuelle. De ce seul point de vue, l'égalité de traitement entre assuré de bonne et de mauvaise foi, peut trouver sa justification.

**228.** L'étendue et l'importance des conséquences de la déchéance vis-à-vis de l'assuré de bonne foi est si grave qu'elle est inopposable aux tiers une fois le risque réalisé<sup>321</sup>. Cela tend à démontrer qu'avant la déclaration de sinistre, il vaut mieux garder le secret sur la date et les circonstances exactes de la modification. Une telle démarche s'inscrit dans une rationalisation du secret. En effet la révélation du secret s'opère en décalage avec les différentes obligations de déclarations successives, c'est la raison pour laquelle le maître du secret bénéficie toujours d'un temps d'avance sur l'assureur. De ce fait le secret le plus destructeur de la relation d'assurance, n'est peut être pas situé là où la déchéance l'envisage.

---

<sup>320</sup> J. Courrouy, *Le droit des parties au contrat d'assurance (Loi n° 89-1014 du 31 Décembre 1989)*, D. 1990. 190.

<sup>321</sup> Le législateur prévoit à l'article R. 124-1 du Code des assurances qu'« aucune déchéance motivée par un manquement de l'assuré à ses obligations commis postérieurement au sinistre, ne sera opposable aux personnes lésées ou à leur ayants droit ».

Dans ces conditions, le déclarant ayant maintenu secret l'existence de la modification du risque initial, aura tout intérêt à '*jouer la montre*' en ne révélant la modification de son risque que lors de la réalisation du risque, en la dissimulant sous les aspects du sinistre.

**229. Conclusion de la section 3 :** De prime abord le secret est une circonstance non déclarée à l'assureur. Pour déterminer le régime auquel sera soumis le secret il faut d'une part tenir compte de l'intention ayant motivé l'assuré à ne pas déclarer un fait, et d'autre part déterminer si le secret modifie l'opinion que pouvait se faire l'assureur du risque. Néanmoins, ces deux critères à la fois complémentaires et contradictoires ne nous permettent pas de délimiter avec précision l'influence réelle du secret sur le risque. Une chose semble acquise, le secret opposé volontairement à l'assureur relèvera de la mauvaise foi. La difficulté est que seule la mauvaise foi est définie par le législateur, de ce fait tout ce qui ne relève pas de la mauvaise foi est supposé relever de la bonne foi. Cette distinction laisse donc une grande place à l'appréciation des circonstances non déclarées, et donc un traitement très fluctuant du secret lors de la déclaration du risque initial ou modifié, et dont les incohérences se répercuteront nécessairement au moment de la détermination du régime de la sanction.

**230. Conclusion du Chapitre 1 :** Le secret envisagé sous l'angle de l'évaluation du risque est encadré du seul point de vue de l'assuré. Il est la partie sur laquelle pèse de très fort soupçon de dissimulation. C'est un fait que tant le législateur que l'assureur, vont s'efforcer de contrer dès la phase de la souscription, par le biais des questionnaires de déclaration ou de modification de risque. Le risque est soumis à l'aléa et au principe de la bonne foi, si le secret porte sur l'une de ces notions, c'est toute la relation d'assurance qui en sera durablement viciée. Conformément à sa nature le secret reste difficile à appréhender quand il est transposé en droit des assurances, il ne bénéficie pas d'un régime qui lui soit propre, et reste de ce fait soumis à une grande part d'appréciation en vertu de laquelle certains secrets seront tolérés et d'autres sanctionnés sans que l'on puisse déterminer avec précision de quelle catégorie ils relèvent. Le secret exacerbe le sentiment d'injustice pouvant être ressenti par les assurés face à l'assureur, emportant par la même l'impression de pouvoir légitimer le secret, seul moyen permettant de rétablir un semblant d'équilibre au sein de la relation d'assurance.

Le secret telle la pesée des âmes, représente la plume légère, indicible et invisible qui en se posant sur la relation d'assurance va rompre l'équilibre, et créer une asymétrie que l'assureur tentera de neutraliser tout au long de la souscription du contrat, et ce, jusqu'au moment de la réalisation du risque.

## Chapitre II - Le secret et la réalisation du risque

**231.** Dans la relation d'assurance la phase de la réalisation du risque est l'équivalent du troisième acte propre à l'opéra. Le secret accède à son apothéose, moment ultime de sa révélation, ou de sa fusion au sein du contrat d'assurance s'il n'était pas dévoilé.

Ni le sinistre, ni la réalisation du risque<sup>322</sup> ne sont clairement définis dans le Code des assurances, pourtant une distinction très nette doit être faite entre ces deux notions qui ne se superposent pas. Certes, elles peuvent parfois coïncider<sup>323</sup>, mais sans systématiquement être assimilées l'une à l'autre, ni s'exclure l'une ou l'autre.

Le sinistre<sup>324</sup> peut être défini comme l'évènement dommageable entraînant la couverture de la garantie<sup>325</sup>. Il ne peut donc s'agir que d'une éventualité, suspendue telle une épée de Damoclès au dessus du contrat d'assurance, un évènement latent et incertain, jusqu'à ce qu'il se déclare. Cependant, la survenance du sinistre n'emporte pas *ipso facto* la couverture de garantie. Le sinistre doit être déclaré avant que le risque ne soit réputé réalisé.

**232.** Le secret maintenu sur la réalité du risque garantie au cours du processus déclaratif trouve sa raison d'être à ce moment précis de la relation d'assurance. Le secret de l'assuré observe alors plusieurs visages recouvrant des faits plus ou moins éloignés de la réalité qu'il convient d'observer en opérant une classification, dont dépendront les différents régimes ayant vocation à s'appliquer à l'assuré de mauvaise foi. Pour mettre tous ces secrets en évidence, une distinction sera maintenue selon que le secret intervient au moment de la survenance du sinistre (**Section 1**), ou après la déclaration du risque réalisé (**Section 2**).

### Section 1 - Le secret et le sinistre

**233.** En matière de sinistre, nous pourrions reprendre, en la modifiant quelque peu, l'observation d'un auteur selon laquelle, « les hypothèses *de secrets* sont aussi variées que l'imagination des fraudeurs est fertile. »<sup>326</sup>. La survenance du sinistre est le moment le plus délicat pour l'assureur, c'est l'évènement incertain entraînant la couverture prévue au contrat.

---

<sup>322</sup>L'article L.113-5 du Code des assurances précise que « lors de la réalisation du risque ou à l'échéance du contrat, l'assureur doit exécuter dans le délai convenu la prestation déterminée par le contrat ».

<sup>323</sup> Notamment pour les dommages dont la survenance et les conséquences se succèdent dans un temps très bref tel que le vol, l'incendie, ou l'accident.

<sup>324</sup> C'est l'évènement évoqué à l'article L.113-2, 4° du Code des assurances dont « l'assuré est obligé de donner avis à l'assureur, dès qu'il en a eu connaissance ... de tout sinistre de nature à entraîner la garantie de l'assureur ».

<sup>325</sup> C'est l'objet du contrat d'assurance dont les caractéristiques doivent être définies entre les cocontractants comme le prévoit l'article L-112-4 du Code des assurances.

Tandis que pour l'assuré, c'est le moment de protéger le secret sur l'existence réelle du sinistre pour accéder au versement d'une réparation induite (**Sous section 1**). Il est donc impératif de vérifier à ce point précis de la relation contractuelle qu'aucun secret ne dissimulait les circonstances exactes entourant le sinistre (**Sous section 2**).

## Sous section 1 - Le secret et l'existence du sinistre

**234.** Le secret étudié porte sur la réalité du sinistre tel qu'il s'est produit. L'assuré prendra soin de dissimuler à l'assureur les conditions exactes de la survenance du sinistre (§1), à seules fins d'ajuster le risque garanti au cadre contractuel initialement prévu (§2).

### *§1 - Le secret et les conditions de survenance du sinistre*

**235.** Le sinistre correspond à la survenance d'un dommage. À ce stade de la relation contractuelle, le secret peut alors revêtir différentes formes, mais la constante, est qu'il tend à masquer la réalité de la survenance du sinistre.

Plusieurs formes de secrets méritent d'être observées sous un angle chronologique. En effet, la dissimulation des circonstances réelles d'un sinistre est généralement envisagée et élaborée antérieurement à la conclusion du contrat. De ce seul fait, le secret immiscé dès la déclaration de risque initiale, anticipe favorablement l'effet déclaratif auquel est soumis le régime de la déclaration du sinistre (A). Mais au-delà de ces considérations, le secret est le produit d'une volonté imposée à l'assureur, ce qui va renforcer la position dominante du maître du secret au sein de la relation d'assurance (B).

#### A - Le secret : la création d'un sinistre opportun

**236.** Le sinistre est opportun dans la mesure où l'effet déclaratif permet d'anticiper sa survenance. Très probablement conscient de sa supériorité pour ce qui concerne la connaissance exacte du risque devant être garanti, la déclaration initiale pourra présenter les aspects d'une opportunité à saisir, pour y insérer des secrets dont l'intérêt se révélera au moment le plus opportun qui est la déclaration de sinistre. Une distinction doit être faite entre le sinistre prémédité dès la souscription initiale du risque (1), et le sinistre exagéré au moment de sa survenance (2).

#### 1 - Le sinistre prémédité

**237.** Dans la relation d'assurance, l'anticipation d'un secret est un bon indicateur du sinistre prémédité. Cela recouvre la notion d'un sinistre envisagé non comme un risque dont on veut

---

<sup>326</sup> L'expression exacte est « les hypothèses de fraudes sont aussi variées que l'imagination des fraudeurs est fertile », dans le « *Traité de Droit des assurances* », T.III, le sinistre, n° 1426 p. 1030, op. cit.

se prémunir, mais un gain que l'on espère obtenir en souscrivant une garantie. Le souscripteur anticipe non seulement la survenance, mais aussi les conséquences du sinistre, en soumettant un risque auquel seul l'assureur pouvait croire.

La particularité du sinistre prémédité est qu'il est pensé et élaboré dès la souscription initiale du contrat d'assurance. Le secret '*originel*' n'ayant pas été découvert lors de la déclaration initiale, continue de survivre à travers le contrat d'assurance et se répercute sur la réalité du sinistre. Assurer un risque inexistant peut paraître à première vue absurde, voire inutile et donc, limité à une simple hypothèse d'école, mais en l'envisageant sous l'angle du gain économique, le secret dissimulant l'existence réelle du risque reprend tout son intérêt.

Le sinistre prémédité peut être la conséquence d'un risque initial inexistant (a), ou d'un sinistre inexistant et donc totalement fictif<sup>327</sup>(b).

#### *a - Le risque initial inexistant*

**238.** Le secret portant sur la déclaration du risque initial se répercute sur l'existence même du sinistre. Ce secret '*originel*' tend à fausser toute la relation d'assurance car la situation, ou le bien assuré, n'a en définitive jamais présenté les caractères d'un risque nécessitant une couverture d'assurance. Le risque n'existant pas dès la souscription du contrat, l'assuré va simuler son existence. Cela se matérialise notamment à travers la production de toutes les pièces nécessaires à donner du crédit à son secret. Il suffira de produire un faux certificat médical<sup>328</sup>, ou des pièces qui dès l'origine étaient fausses<sup>329</sup>. Le secret en assurance vie pourra consister dans le fait d'assurer une personne qui n'existe pas ou qui est déjà décédée, de même qu'en assurance dommage l'on pourrait assurer un véhicule déjà été détruit ou volé.

**239.** Mais le secret pourra porter sur des faits imaginaires plus étonnants, tel que des biens n'ayant jamais existés, et pour lesquels le souscripteur avait produit une fausse attestation d'achat lors de la souscription du contrat<sup>330</sup>. De même que l'on peut observer en assurance de personnes, qu'un assuré est capable de créer une maladie dont il n'était pas atteint<sup>331</sup>, voire mettre sa vie en danger en absorbant des produits dangereux à seules fins de donner du crédit

---

<sup>327</sup> Nous ne retiendrons pas la définition du sinistre fictif telle qu'elle figure dans l'ouvrage du « *Traité de Droit des assurances* », T.III, le sinistre n° 1427 p. 1031. Pour les besoins de notre étude les différentes hypothèses de secrets envisagés sous la seule catégorie de sinistres fictifs, recourent à notre sens bien plus de situations devant être clairement distinguées selon les circonstances favorisant leur survenance, et pouvant intervenir dès la phase précontractuelle.

<sup>328</sup> Cass. crim. 20 juillet 1933, Gaz. Pal. 1933. 2. 662.

<sup>329</sup> Cass. crim. 30 janvier 1995, n° 93-84.709, RGAT 1995, p. 454, obs. E. Fortis. Voir dans le même sens, Cass. crim. 1<sup>er</sup> juin 1992, n° 91-82930, RGAT 1992, p. 825, note A. D'Hauteville.

<sup>330</sup> CA Paris 19 Avril 1984, RGAT 1984, p. 398.

<sup>331</sup> Cass. crim. 20 décembre 1967, D. 1968.309.

à son risque imaginaire<sup>332</sup>. Le risque imaginaire n'est pas sans conséquences, en ce qu'il sera à l'origine du sinistre imaginaire qui n'en est que la suite logique. Ce secret affecte l'existence du risque avant même la conclusion du contrat. C'est un cas de figure différent du sinistre fictif, le secret ne porte plus sur l'existence du risque initial, mais sur la réalité de l'existence du sinistre intervenu en cours de contrat.

#### *b - Le sinistre fictif*

**240.** Le sinistre fictif recouvre pour les besoins de notre étude l'hypothèse selon laquelle, le risque existait lors de la souscription du contrat mais il ne s'est pas réalisé. Le sinistre déclaré n'est en fait jamais survenu en cours de contrat. Ce secret recouvre deux situations ayant en commun le fait que le sinistre n'était fondé que sur des apparences. Dès lors, soit le sinistre est fictif car inexistant ( $\alpha$ ), soit le sinistre avait bien eu lieu mais antérieurement à la souscription du contrat ( $\beta$ ).

#### **$\alpha$ - Le secret sur un sinistre inexistant**

**241.** Le secret recouvre en assurance de bien, l'hypothèse d'un vol d'objets assurés qui n'aurait jamais eu lieu<sup>333</sup>. C'est un secret facile à alléguer s'il s'agit de choses de grande valeur et facilement transportable, tel que des bijoux, des meubles meublants, des voitures, des tableaux... Une fois déclarés volés ou perdus, il sera difficile voire impossible de démontrer que ces objets n'avaient été que déplacés ou vendus en bonne et due forme<sup>334</sup>. Parfois certains sinistres pourront être totalement inventés, le secret pouvant porter en assurance de personnes, sur des faits aussi graves qu'une fausse agression, une fausse hospitalisation effectuée à l'étranger, un faux accident corporel<sup>335</sup>, et même un faux décès<sup>336</sup>. Le sinistre fictif peut être créé de toutes pièces, et mis en scène, notamment lorsqu'il a réellement eu lieu, mais avant la conclusion du contrat.

#### **$\beta$ - Le secret sur un sinistre déjà réalisé**

**242.** Le sinistre déjà réalisé est un sinistre fictif du point de vue de l'assureur, qui ignore qu'aucun aléa ne pesait sur le risque lors de la souscription du contrat d'assurance. Le secret sert à dissimuler l'existence d'un sinistre qui a effectivement eu lieu, mais qui n'était pas sous

---

<sup>332</sup> Cass. crim. 20 décembre 1967, op. cit., Les produits absorbés n'avaient pas pu être identifiés.

<sup>333</sup> Cass. crim. 19 Avril 1989, n° 88-80.179, RGAT 1989, p. 542, note J. Kullmann.

<sup>334</sup> Un assuré, ayant oublié avoir été indemnisé du vol de ses bijoux, a déclaré dix plus tard au même assureur, s'être à nouveau fait voler les mêmes bijoux. En l'espèce, l'assuré avait été en mesure de racheter les bijoux effectivement volés une première fois, mais sans en avoir informé l'assureur qui l'avait indemnisé, en l'absence de tout élément de preuve, les juges ont retenus une volonté manifeste tendant à l'obtention d'une double indemnisation, Cass.1<sup>re</sup> civ., 13 Mars 1996, n° 93-21-733.

<sup>335</sup> CA Versailles 5<sup>ème</sup> chambre corr. 21 Juin 2000, juris data n° 418.2000.

<sup>336</sup> Trib. Corr. Paris 22 Avril 1992.

garantie. Il s'agit alors de conclure un contrat portant sur le risque déjà réalisé et de déclarer sa survenance en cours d'exécution du contrat, à seule fin d'obtenir une garantie à laquelle l'assureur n'était pas tenu. Cette situation est clairement envisagée par l'article L.121-15 alinéa 1 du Code des assurances, pour lequel « l'assurance est nulle si, au moment du contrat, la chose assurée a déjà péri ou ne peut plus être exposée aux risques », une disposition qui favorise le secret en ce qu'elle permet de contourner cet impératif légal<sup>337</sup>.

**243.** Cette forme de secret recouvre également la situation des sinistres successifs. Dans ce cas, un premier sinistre a lieu, mais pour des raisons diverses<sup>338</sup> il n'est pas déclaré en temps utile, et plutôt que de déclarer avec retard la survenance de ce fait dommageable, dont on sait avec certitude qu'il ne sera pas couvert. L'assuré profitera de la survenance d'un deuxième sinistre survenu de manière opportune pour soumettre les deux circonstances dommageables à la garantie de l'assureur au cours d'une seule et même déclaration. Cette pratique contrevient au principe selon lequel, chaque déclaration ne peut concerner qu'un sinistre à la fois. Chaque sinistre doit être successivement déclaré, le premier sinistre ne pourra être couvert du fait de sa déclaration tardive<sup>339</sup>. Un cas d'exclusion de garantie face à laquelle seul le secret permet d'accéder à l'obtention d'une garantie indue.

## 2 - Le sinistre exagéré

**244.** Le sinistre exagéré concerne le secret portant sur un risque existant, mais déclaré pour une valeur ou une gravité largement surestimée, afin d'obtenir une garantie plus importante que la perte réellement subie ne l'exigeait. Pour réussir à imposer un secret portant sur la valeur du bien, il doit être opposé dès le commencement de la relation d'assurance. Le secret doit porter sur un risque initial existant mais exagéré (a), afin de répercuter efficacement cette surestimation sur le montant du sinistre (b).

### *a - L'exagération frauduleuse du risque initial*

**245.** Le secret porte sur la réalité de l'état du bien assuré<sup>340</sup>. Le bien existe mais sa valeur, ou son état réel, correspond à un risque quasi inexistant. C'est ainsi qu'une maison vétuste, voire même menaçant ruine, pourra être déclarée à un prix d'achat supérieur à sa valeur réelle, alors

---

<sup>337</sup> Cela ne signifie que les sinistres s'étant produits antérieurement à la conclusion du contrat ne pourront pas être pris en charge, mais cela doit être clairement prévu par les parties qui sont libres d'insérer une clause dite de reprise du passé dont l'objet est de prendre en charge les conséquences d'un sinistre déjà réalisé. La différence est que dans ce cas précis, la situation est claire et n'est de ce fait pas tenue secrète.

<sup>338</sup> Il peut s'agir d'une déclaration tardive plaçant de ce fait le sinistre hors de garantie, ou d'une exclusion de garantie prévue au contrat.

<sup>339</sup> Cass.1<sup>re</sup> civ., 21 Février 1995, RGAT 1995, p. 370, note Maurice.

<sup>340</sup> Cass. crim. 20 décembre 1928, Gaz. Pal. 1929, 1. 139.

que l'assuré avait connaissance de la vétusté des toitures et des murs de l'immeuble<sup>341</sup>. En assurances automobiles, l'exagération porte principalement sur le prix d'acquisition de véhicules achetés d'occasions où à l'état d'épave, mais déclarés achetés neufs<sup>342</sup>.

**246.** Dans ce contexte le secret a pour but de favoriser la 'surassurance'. Cette pratique consistant à assurer une chose ou une situation de risque, à une somme excédant sa valeur réelle, est prise en compte par le législateur à l'article L.121-3 du code des assurances<sup>343</sup>. Encore faut-il que l'assureur ait été en mesure de découvrir ce secret à temps, sinon, il pourrait être amené à couvrir un risque pour un montant auquel il n'était pas tenu.

#### *b - L'exagération frauduleuse du sinistre*

**247.** Parfois, le sinistre a réellement eu lieu mais de manière 'réduite'. L'assuré va en exagérer les conséquences afin d'obtenir une couverture de garantie beaucoup plus étendue que ce qu'il était en droit d'obtenir<sup>344</sup>. Le secret présente un intérêt certain dans la mesure où les conséquences réelles du sinistre ne justifiaient pas l'obtention d'une couverture de garantie aussi importante. Pour se prémunir de cette pratique, l'assureur peut insérer au contrat une clause permettant de sanctionner cette hypothèse de secret. Leur validité ayant été admise très tôt par la jurisprudence<sup>345</sup>, elles figurent dans plusieurs polices, notamment dans la 'police incendie' dont l'article 8 sanctionne expressément « l'exagération du montant du dommage allégué »<sup>346</sup>. Généralement, plus les dommages sont exagérés et plus ils deviennent suspects aux yeux de l'assureur<sup>347</sup>, l'exagération des circonstances déclarées laissant suspecter l'existence d'un secret sous le sinistre<sup>348</sup>.

**248.** Le sinistre exagéré est souvent matérialisé par une mise en scène pour donner au secret l'apparence d'une réalité crédible, tel qu'un faux cambriolage, auquel il sera donné du crédit

<sup>341</sup> Cass.1<sup>re</sup> civ., 18 Décembre 1990, n° 89-19.097.

<sup>342</sup> Dans une espèce, les juges ont retenus que le véhicule d'exposition même s'il n'avait en pratique jamais roulé, ne pouvait être déclaré à hauteur de la valeur d'un véhicule neuf mais d'occasion, Cass.1<sup>re</sup> civ., 27 Février 2001, RGDA 2001, p. 307 note L. Mayaux. Voir également Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 mars 1990, n° 87-17.749.

<sup>343</sup> « Lorsqu'un contrat a été consenti pour une somme supérieure à la valeur de la chose assurée, s'il y a eu dol ou fraude de l'une des parties, l'autre partie peut en demander la nullité et réclamer en outre des dommages et intérêts ».

<sup>344</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 janvier 2001, L. Mayaux, op. cit. Voir également Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 novembre 2001, RGDA 2002, p. 92, note J. Kullmann.

<sup>345</sup> Cass. Req. 17 Novembre 1937, RGAT 1940, p. 43.

<sup>346</sup> L'article 8 des conditions générales dommages instaurées en 1993 prévoit que « Si le souscripteur ou l'assuré fait de fausses déclarations, notamment exagère le montant des dommages, prétend détruits des objets n'existant pas lors du sinistre, dissimule ou soustrait tout ou partie des biens assurés, omet sciemment de déclarer l'existence d'autres assurances portant sur les mêmes risques, emploie comme justification des documents inexacts ou use de moyens frauduleux, l'assuré est déchu de tous droits à indemnité sur l'ensemble des risques sinistrés... ».

<sup>347</sup> Cass. soc. 25 Juin 1942, RGAT 1942, p. 353.

<sup>348</sup> Cass.soc. 29 Janvier 1943, RGAT 1943, p. 242.



en fracturant les portes et les fenêtres. Une fois de plus, c'est en assurances automobiles que le montant du dommage paraît le plus souvent excessif, l'assuré pouvant déclarer le montant des réparations au regard de la valeur d'un véhicule neuf, alors qu'il avait été acheté d'occasion<sup>349</sup>. Et utiliser la moindre trace de choc pour attester un sinistre qui ne s'était en réalité jamais produit, le véhicule ayant été par exemple, percuté alors qu'il était en stationnement. Le secret présente pour l'assuré un avantage économique certain. Le risque étant minime, il bénéficiera d'une garantie d'autant plus convenable, au vu de la perte réellement éprouvée, que cette opération favorisera à son égard un enrichissement sans cause au détriment de l'assureur.

**249.** L'assuré qui aura soin de prétendre ou de laisser supposer à son assureur que le sinistre est survenu par hasard, fait un usage précis du secret. Il s'agit de dissimuler que la volonté l'assuré tendait à la réalisation du risque. Et ce, peu importe que le sinistre ait été favorisé, provoqué ou réalisé intentionnellement. Face à un sinistre créé volontairement, le secret est toujours présent même de manière implicite, et met en évidence la volonté de l'assuré tendant à créer volontairement le dommage au préjudice de l'assureur.

**B - La suprématie du maître du secret et le sinistre intentionnel**

**250.** Le secret portant sur la réalité du sinistre présente la particularité de conforter la suprématie de l'assuré sur le contrat. Le secret est voulu, lucide et conscient. Si la rétention d'information porte sur les conditions réelles de survenance du sinistre, le maître du secret à la maîtrise de la relation d'assurance. En effet, d'un point de vue strictement contractuel lui seul est en mesure de supprimer l'aléa (1) une position confortée par le fait que la dissimulation de l'acte volontaire ayant créé le dommage sera très difficile à caractériser (2).

**1 - Le secret et la maîtrise de l'aléa pesant sur le sinistre**

**251.** Le secret dissimulant les circonstances exactes du sinistre renforce la position dominante du maître du secret qui ne se contente pas de neutraliser l'aléa (a), il est également en mesure de le supprimer (b).

*a - Le secret neutralise l'aléa*

**252.** Sur ce point, la doctrine est unanime<sup>350</sup>, l'aléa représente l'incertitude de la survenance du risque. C'est sur cette incertitude que repose le contrat d'assurance. En effet, « le contrat tend à couvrir un risque. Il est sans objet si le risque s'est déjà réalisé ou ne peut plus se

---

<sup>349</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 Mars 1990, RCA 1990, comm. n° 218.

<sup>350</sup> M. Picard et A. Besson, « *les assurances terrestres* », T.I, op. cit. n°23, p. 36. Voir également Planiol et Ripert, « *Traité de droit civil* », T.XI, contrats civils, LGDJ, 1954, n°1253, p. 615.

réaliser par la suite »<sup>351</sup>. La suppression de l'aléa entraîne l'absence d'objet du contrat d'assurance. Le risque ne peut être qu'un événement futur et incertain dans l'esprit des cocontractants<sup>352</sup>. Si le proposant assure un risque qu'il sait déjà réalisé<sup>353</sup>, sur le point de l'être, ou insusceptible de se produire, il oppose à l'assureur un secret susceptible de vicier toute la relation d'assurance.

L'article 1104 alinéa 2 du Code civil<sup>354</sup> définit l'aléa en fonction de l'évènement incertain auquel les cocontractants ont entendu subordonner leurs chances de gain ou de perte. La validité du contrat d'assurance est donc subordonnée à l'existence d'un évènement incertain, dont la survenance ne peut être déterminée à l'avance. C'est cet aléa que tend à neutraliser le secret<sup>355</sup> imposé par l'assuré.

**253.** Le contrat d'assurance est classé parmi les contrats aléatoires réglementés à l'article 1964 du Code civil<sup>356</sup>, dont la spécificité est l'impossibilité de prévoir lors de la conclusion du contrat, l'avantage que pourront en retirer les cocontractants<sup>357</sup>. Leurs relations « dont l'objet est de faire dépendre les prestations des parties d'un évènement incertain dont la survenance ou les résultats feront que l'un réalisera un gain, l'autre subira une perte »<sup>358</sup>. Lorsque le sinistre a réellement eu lieu mais de manière volontaire et consciente, l'assuré ayant lui-même occasionné le sinistre dont il demande la garantie, à de par son comportement supprimé l'existence même de l'aléa<sup>359</sup>.

#### *b - Le secret supprime l'aléa*

**254.** L'article L. 121-15 du code des assurances suffirait à démontrer que l'élément essentiel du contrat d'assurance est l'aléa, à défaut, « l'assurance est nulle si, au moment du contrat, la chose assurée a déjà péri ou ne peut plus être exposée aux risques » ce qui correspond au cas

---

<sup>351</sup> L. Mayaux, Rép. Dalloz, *Assurances terrestres*, n°166.

<sup>352</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 février 1992, n° 89-18.440.

<sup>353</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 4 avril 2002, n° 00-11.698.

<sup>354</sup> « Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un évènement incertain, le contrat est aléatoire ».

<sup>355</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 décembre 2006, n° 05-11367.

<sup>356</sup> « Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un évènement incertain. Tels sont le contrat d'assurance... ».

<sup>357</sup> Dans ces circonstances, il est compréhensible qu'à l'origine le contrat d'assurance ait été assimilé à un jeu de hasard dans lequel, le secret représenterait la 'martingale' absolue de l'assuré-joueur qui en maîtrisant le hasard maîtrise toute la relation d'assurance. À la différence qu'au XIX<sup>e</sup> siècle le ' maître du jeu ' était supposé être l'assureur car « dans toute assurance, il n'y a de bien certain... que la prime qu'on paie » un constat relevé lors d'une déclaration du sénateur Dominique Delahaye au cours de la séance du 8 juillet 1930, relative aux débats sur l'adoption de la loi de 1930 (JO Sénat, CR, 8 juillet 1930, p.1474).

<sup>358</sup> G. Cornu, « *Vocabulaire juridique* », éd. PUF. V° *aléa*.

<sup>359</sup> T. cm. Manosque, 18 Juin 1985, RGAT 1986, p. 93, note J. Bigot.

du sinistre prémédité ou exagéré. L'élément incertain est nécessairement supprimé par la seule volonté de l'assuré qui se garde bien de dévoiler ce secret à l'assureur.

**255.** À cet effet, les juges prennent soin de caractériser l'existence de l'aléa en vérifiant qu'au « moment de la signature du contrat le risque en découlant ne soit ni certain dans sa réalisation, ni déterminable dans son étendue »<sup>360</sup>. Assurer un risque que l'on sait inexistant, soit parce que déjà réalisé<sup>361</sup>, soit parce qu'insusceptible de se produire, est un fait que l'on garde secret à seule fin de supprimer l'aléa<sup>362</sup>, alors que « le contrat d'assurance, par nature aléatoire, ne peut porter sur un risque que l'assuré sait déjà réalisé »<sup>363</sup>.

**256.** L'aléa constitue « l'essence même (du) contrat »<sup>364</sup> en créant volontairement le dommage, l'assuré supprime l'aléa de manière volontaire, d'autant que cette maîtrise est confortée par un acte mûrement réfléchi. Les notions d'aléa et d'acte volontaire sont donc solidement imbriquées. Mais le secret destiné à masquer la réalisation intentionnelle du sinistre sera difficilement mise en évidence. Cette contradiction est liée au fait que les juges ne soumettent pas l'inexistence de l'aléa à l'existence du dommage<sup>365</sup>. Mais si la preuve de l'inexistence de l'aléa s'en trouve simplifiée pour l'assureur<sup>366</sup>, il en va autrement de l'établissement de la faute intentionnelle inhérente à la survenance volontaire du sinistre.

## 2 - Le secret et la faute intentionnelle

**257.** Le secret tendant à dissimuler l'intention de l'assuré de créer volontairement le sinistre, est le secret le plus difficile à mettre en évidence (a), cependant une fois mis à jour, ce secret pourra être apprécié de manière extensive, et sera réputé être partagé par tous ceux qui en avait connaissance (b).

### *a - La difficulté de caractériser le secret masquant le sinistre intentionnel*

**258.** En assurance de choses<sup>367</sup> la faute intentionnelle implique la volonté de son auteur de créer le dommage. En application de l'article L.113-1 alinéa 2 du code des assurances<sup>368</sup>, dans le cas où la survenance du sinistre est volontaire, l'aléa inhérent au contrat d'assurance

---

<sup>360</sup> Cass.1<sup>re</sup> civ., 27 février 1990, RGAT 1990, p. 523, note J. Bigot.

<sup>361</sup> Cass. crim. 11 décembre 2007, n° 07-81.665.

<sup>362</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 26 octobre 2006, n° 04-17865, RGAT 2007, p. 53, note J. Kullmann.

<sup>363</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 novembre 2003, n° 01-14.942.

<sup>364</sup> Cass.1<sup>re</sup> civ., 15 janvier 1985, n° 83-14.742, JCP G 1985, IV, p. 118.

<sup>365</sup> Cass.1<sup>re</sup> civ., 10 décembre 1991, n° 90-14.218, RGAT 1992, p. 365, note J. Kullmann.

<sup>366</sup> Cass 1<sup>re</sup> civ., 17 décembre 1991, n° 89-17.299, RGAT 1992, p. 365, note J. Kullmann.

<sup>367</sup> Le mécanisme du secret en matière de sinistre volontaire présente un plus grand intérêt en assurance de chose, cependant la faute intentionnelle existe également en assurance de responsabilité civile, auquel cas elle se matérialise par la volonté soit de nuire à un tiers victime, soit d'obtenir une garantie indue.

disparaît, entraînant de ce seul fait l'absence de la garantie voire même, la nullité du contrat d'assurance pour absence de cause. Le secret portant sur un sinistre créé volontairement est soumis de ce fait au régime d'une exclusion légale<sup>369</sup>. De part sa nature occulte, le secret favorise la confusion des notions d'aléa et de faute intentionnelle.

**259.** Mais le secret favorise également la confusion entre la faute dolosive et la faute intentionnelle. Le secret est à l'origine de l'erreur provoquée sciemment dans l'esprit de l'assureur. L'assuré qui crée volontairement le sinistre est en mesure de mettre « l'assureur à contribution de manière potestative »<sup>370</sup>. Mais c'est à tort que, contrairement au droit commun des contrats, la faute intentionnelle est assimilée à une faute dolosive<sup>371</sup>. C'est ainsi qu'en assurance, les juges et « la doctrine dominante assimilent faute dolosive et faute intentionnelle. La Cour de cassation maintient l'amalgame en embrassant l'une et l'autre dans une même formule »<sup>372</sup>. Une fois de plus, le secret utilisé pour masquer la survenance d'un sinistre créé volontairement, reste d'un point de vue juridique difficile à appréhender, incitant les juges à évoquer indifféremment « la faute intentionnelle ou dolosive »<sup>373</sup>, sans aucune distinction.

**260.** Il n'en demeure pas moins que les notions de faute intentionnelle et de faute dolosive<sup>374</sup>, obéissent à des critères très sévèrement appréciés par les juges. En effet, « la faute intentionnelle s'apprécie vis-à-vis de l'assureur »<sup>375</sup>, dès lors, pour être retenue, il est nécessaire de caractériser chez l'assuré tant l'intention volontaire de commettre la faute, que l'intention de créer le dommage à seule fin d'obtenir une garantie induue. S'agissant dans les deux cas d'une intention secrète, la preuve du caractère intentionnel de créer le sinistre sera difficilement rapportée.

Cette double exigence s'explique du seul fait que l'aléa n'est pas supprimé si un des deux critères venait à manquer. Il faut que le sinistre créé volontairement soit conforme aux

---

<sup>368</sup> « Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ».

<sup>369</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 9 novembre 2005, n° 04-12.668.

<sup>370</sup> A. Favre Rochex et G. Courtieu « *Le droit du contrat d'assurance* », LGDJ, éd. 1998, n° 1-159, p. 77.

<sup>371</sup> Le droit des assurances ne reprend pas la gradation des fautes retenue en droit contractuel, comme la notion de faute lourde équipollente au dol démontrant que « cette assimilation pure et simple (*entre la faute intentionnelle et dolosive*) ... a pour objet d'éviter l'extension de l'exclusion légale. », A. Favre Rochex et G. Courtieu, op. cit.

<sup>372</sup> A. Favre Rochex et G. Courtieu, op. cit.

<sup>373</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mars 1993, RGAT 1993, p. 648, note Rémy.

<sup>374</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 octobre 2008, n° 07-17. 969, en l'espèce les manquements délibérés constituaient une faute dolosive retirant le caractère aléatoire du contrat d'assurance.

<sup>375</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 janvier 1985, n° 83-14.742.

résultats recherchés<sup>376</sup>. En d'autres termes, il faut que la matérialisation du secret en créant le sinistre coïncide parfaitement avec le secret élaboré initialement, tel qu'il était envisagé en pensée, quand l'assuré a arrêté son intention de créer le dommage. Il ressort de ces distinctions que le secret portant sur la volonté de créer volontairement le sinistre, est difficile à caractériser et laissée dans la pratique à la libre appréciation des juges du fond<sup>377</sup>.

**261.** La difficulté est que la découverte du secret dissimulant la faute intentionnelle permet de corroborer l'absence d'aléa. Mais la découverte du secret tendant à supprimer l'aléa ne suffit pas à démontrer l'existence d'une faute intentionnelle. C'est ainsi que la simple imprudence ou négligence ne peut être « identifiée à la faute intentionnelle ou dolosive prévue à l'article L.113-1 (*du code des assurances*) laquelle implique que l'assuré a voulu non seulement l'action ou l'omission génératrice du dommage, mais encore le dommage lui-même. »<sup>378</sup>. Dans ces conditions, il sera aisé de dissimuler une intention volontaire sous les apparences d'une négligence afin d'échapper à toutes sanctions. En d'autres termes pour mettre en œuvre l'article L.113-1 du code des assurances qui permet d'ôter tout droit à garantie<sup>379</sup>, il sera plus facile de rapporter la preuve de la suppression de l'aléa, que de démontrer l'existence du secret portant sur l'intention volontaire de l'assuré de créer le sinistre.

#### *b - L'appréciation étendue des secrets portant sur le sinistre intentionnel*

**262.** Si, malgré toutes ces difficultés il est démontré que le sinistre était le fait d'un acte volontaire et intentionnel, le secret sera apprécié de manière très extensive. C'est ainsi qu'une assurée n'ayant ni participé, ni aidé à la destruction du bien garanti à son nom, mais ayant eu connaissance de l'intention volontaire de son ex concubin de créer le sinistre pour se venger de leur rupture, était non seulement reconnue coupable d'incendie volontaire<sup>380</sup>, mais s'est vue reprochée l'existence d'une déclaration frauduleuse<sup>381</sup>. Le principe étant que l'assuré ayant

---

<sup>376</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 décembre 1978, RGAT 1979, p. 349. Dans le même sens, Cass.1<sup>re</sup> civ., 13 octobre 1987, D. 1988.160, obs. H. Groutel. V. Cass. 1<sup>re</sup> civ. 19 décembre 1989, RCA 1989, comm. n° 86 ; RGAT 1990, p.73. Dans le même sens, Cass.1<sup>re</sup> civ., 17 décembre 1991, RGAT 1992, p. 364, obs. J. Kullmann.

<sup>377</sup> Sur l'appréciation du caractère intentionnel par les juges du fond à qui il appartient en fonction des faits qui leur sont soumis de caractériser la faute, v. H. Groutel, RCA 2000, comm. n° 348 et chron. n° 24; et J. Kullmann, RGDA 2000, p. 1055.

<sup>378</sup> En l'espèce, un assuré s'était fait voler ses clefs et avait omis de changer ses serrures, rendant de ce fait plus facile le vol intervenu dans les locaux assurés. L'acte a été jugé imprudent, mais le secret masquant la volonté de créer le dommage est resté inaccessible à l'assureur, et donc insusceptible de sanction, Cass.1<sup>re</sup> civ., 24 mars 1987, RGAT 1987, p. 472. note J. Kullmann.

<sup>379</sup> D'autant que cette exclusion légale est opposable au tiers lésé.

<sup>380</sup> La spécificité de cet arrêt étant que la chambre criminelle avait retenu la qualification de tentative d'escroquerie, alors qu'il était démontré que l'assurée ne pouvait être associée à l'acte ni comme complice, ni comme coauteur.

<sup>381</sup> Cass. crim., 23 mars 1992, RGAT. 1992, p. 828, note A. d'Hauteville.

connaissance de l'origine frauduleuse du sinistre se verra attribuer l'intention volontaire caractérisant l'acte, même si elle émane d'un tiers.

Ce cas de figure est pour nous très intéressant, car en l'espèce ce n'était pas le secret de l'assurée qui était en cause, mais le secret de son concubin. En partageant, bien malgré elle, ce secret délictueux, qui au surplus lui causait un préjudice certain, elle était associée au sinistre volontaire, mais (et c'est le plus surprenant) pas en tant que complice ou coauteur, car les juges ont refusé cette qualification. De même qu'ils n'ont pas caractérisé sa faute, ou les incidences que pouvaient emporter ce secret partagé. Dès lors, il semblerait que la simple connaissance d'un sinistre commis intentionnellement suffise à ôter le bénéfice de la garantie<sup>382</sup>.

**263.** D'un point de vue juridique, cette solution est justifiée car la faute intentionnelle est définie comme une « faute commise avec intention de nuire à autrui »<sup>383</sup>, cependant, 'autrui' ne concerne dans ce cas précis que l'assureur, et non l'assuré dans ses rapports litigieux avec des tiers, même très proches. Si l'on tient pour acquis que la faute intentionnelle s'apprécie vis-à-vis de l'assureur, peu importe les conditions dans lesquelles le secret portant sur la réalisation d'un sinistre volontaire à été partagé. Seuls les résultats seront pris en considération, le sinistre étant intentionnel, et l'aléa nécessaire à la validité du contrat ayant été vicié vis-à-vis de l'assureur, il ne pourra être tenu à garanti. Au-delà de toutes considérations malveillantes sur l'origine du sinistre, le secret et les motivations l'ayant animé dans l'esprit de l'auteur du sinistre volontaire, sont des faits très difficiles à caractériser et à prouver. D'autant que la suprématie du maître du secret sera renforcée s'il décide d'ajuster les circonstances du sinistre aux conditions contractuelles.

## *§2 - Le secret ajustant le sinistre au cadre contractuel*

**264.** L'hypothèse étudiée concerne un sinistre qui n'était à l'origine ni préparé ni voulu, et dont le risque initial avait été régulièrement déclaré. Mais lors de la réalisation du risque, l'assuré prenant conscience qu'il ne remplissait pas les conditions de garanties, préférera maintenir secrètes les conditions exactes de la survenance du sinistre, à seules fins d'entrer dans les prévisions de l'assureur et de percevoir en tout état de cause, la garantie prévue au

---

<sup>382</sup> D'un point de vue moral, de tels effets inhérents au secret peuvent nous laisser quelque peu perplexe en effet, il suffirait à tout concubin ou ex époux malveillant, à qui le partage des biens effectué dans un cadre matrimonial ne conviendrait pas, d'incendier les biens litigieux, et de déclarer même faussement que l'aspect volontaire du sinistre était connu de l'assuré pour lui porter préjudice en lui ôtant tout droit à réparation. Notamment en cas de régime de séparation de biens, tel que défini à l'article 1536 et suivant du Code civil.

<sup>383</sup> G. Cornu *Vocabulaire juridique*, V° *faute intentionnelle* p. 397.

contrat. Le secret permet en fonction des dispositions contractuelles de contourner délibérément une exclusion de risque, de garantie, ou une déchéance.

C'est donc en fonction de l'objet du risque initialement souscrit que le secret sera ajusté, afin de rester dans le cadre de la garantie. Et ce, que le sinistre survienne de manière volontaire, un tel phénomène pouvant être mis en évidence à travers la question de l'assurabilité du suicide (A), ou involontaire, situation à laquelle répondra le mécanisme de la substitution du risque objet de la garantie (B).

#### A - Le secret sur un acte volontaire et conscient

**265.** Dès lors que « chaque société est prédisposée à fournir un contingent déterminé de morts volontaires »<sup>384</sup>, l'assurabilité du suicide mérite une attention particulière<sup>385</sup>, ne serait-ce que du point de vue de l'évolution liée au secret animant la volonté de l'assuré tant au moment de la souscription d'une garantie, qu'au cours de l'exécution du contrat<sup>386</sup>.

Le suicide<sup>387</sup>, est un sinistre exécuté de manière volontaire et consciente par l'assuré, sur sa propre personne. Ainsi posé, le suicide, présente un terrain propice au développement du secret du seul fait qu'il constituait un risque inassurable (1). Il est alors intéressant d'observer, une fois l'assurabilité du suicide acquise, les facultés d'adaptation du secret qui servira désormais à dissimuler le moment et les conditions de la survenance du sinistre, et non plus la volonté à l'origine de l'acte suicidaire (2), excepté s'il cause un préjudice à des tiers (3),

#### 1 - chronique d'un suicide annoncé en secret

**266.** Avant la loi de 1930, le suicide volontaire et conscient était placé hors garantie<sup>388</sup>. Le secret maintenu sur les motivations réelles du suicide revêt toute son importance, car la

---

<sup>384</sup> E. Durkheim « *Le suicide* » éd. Quadrige- Presse universitaire, 1981.

<sup>385</sup> Lorsque le suicide en tant qu'acte volontaire et conscient, se présente sous l'aspect d'un sinistre prémédité et dissimulé à l'assureur, cet acte désespéré représente une bonne illustration du secret portant sur le sinistre créé volontairement. Cependant, si de prime abord, le suicide est un sinistre pouvant être répertorié comme volontaire, la controverse et l'évolution portant sur la '*conscience*' ou '*l'inconscience*' ayant motivée l'acte, nous conduit à classer ce secret, non pas en fonction des motivations tenues secrètes sur l'origine du suicide mais, parmi ceux dont les effets permettent d'ajuster la réalisation du risque au cadre contractuel à seule fin d'obtenir une garantie.

<sup>386</sup> Un assuré ayant prémédité son suicide a mis le feu aux meubles de son appartement, son acte a été considéré comme étant intentionnel par les magistrats. Voir obs. C.J. Berr et H. Groutel, D.1981. 460 sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 novembre 1980.

<sup>387</sup> Selon la définition de Durkheim, le suicide correspond à « tout cas de mort qui résulte directement ou indirectement d'un acte positif ou négatif, accompli par la victime elle-même et qu'elle savait devoir produire ce résultat ». Pour une étude morale et sociologique complète du suicide, E. Durkheim « *Le suicide* » p. 5.op. cit. Pour les différentes définitions du suicide, se reporter également à l'ouvrage de H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre, M. Asselain « *Traité du contrat de l'assurance terrestre* », préface de G. Durry, éd. Lexis Nexis Litec 2008.

<sup>388</sup> Cass. req., 3 août 1876, S. 1877. 1.25.

distinction fondée sur les notions d'acte conscient et volontaire opposé à une volonté inconsciente et involontaire, seront déterminantes dans l'obtention de la garantie<sup>389</sup>.

Dans le cadre d'un commentaire sur la loi des assurances de 1930, Trasbot tentait de définir la distinction devant être faite entre l'acte inconscient et l'acte conscient. C'est ainsi que « le suicide conscient est le résultat d'une action réfléchie ; c'est l'acte commis par un individu qui jouit de son libre arbitre et qui malgré tout est en état de comprendre la portée morale de l'acte que, de sang froid et en pleine raison, il va commettre. Inversement le suicide inconscient est le résultat d'une impulsion irraisonnée et irrésistible : c'est l'acte accompli par un être qui n'est plus en pleine possession de ses facultés mentales, dont la volonté est obnubilée, la force de résistance annihilée au point qu'il ne saisit pas la portée morale de son acte »<sup>390</sup>.

**267.** Face à cette définition qui servira de référence au droit des assurances en matière de suicide, force nous est de rejoindre la position d'un auteur avisé qui souligne l'aspect réducteur projeté sur « la perception extrêmement simple du suicide... le suicidaire est ou un malade ou un stoïque... entre les deux : rien. »<sup>391</sup>. Au fil du temps les critères du suicide s'affinent, c'est ainsi que MM. Picard et Besson définissent le suicide conscient comme « un acte commis par un individu qui jouit de son propre libre arbitre » et le suicide inconscient comme « une impulsion irraisonnée et irrésistible »<sup>392</sup>. Tandis que les juges retiennent l'intention déterminée chez l'assuré de commettre l'irréparable et investit d'« une volonté non équivoque ... d'accomplir le geste fatal après une décision par essence réfléchie »<sup>393</sup>.

**268.** La simple lecture de ces différentes définitions suffit à démontrer les difficultés d'appréhender le secret sous l'angle du suicide et de son assurabilité du seul fait qu'elles se fondent sur une volonté intentionnelle dans ce qu'elle possède de plus intime. Elle « revient à sonder le cœur et les reins »<sup>394</sup> de l'assuré. D'autant que la preuve de cette intention consciente et volontaire doit être rapportée par l'assureur s'il entendait ne pas verser l'indemnité<sup>395</sup>. Le législateur va modifier considérablement cet ordre d'appréciation en

---

<sup>389</sup> Excepté clause conventionnelle contraire laissée à la libre appréciation des parties.

<sup>390</sup> Trasbot, commentaire de la loi de 1930, D. 1931.32.

<sup>391</sup> B. Beignier, *La notion de suicide volontaire et conscient en matière d'assurance de personnes*, D. 1995.42, sous CA Versailles, 3 Février 1994.

<sup>392</sup> Picard et Besson, « *les assurances terrestres* », tome I, 1982 n°470 et suivant, op. cité.

<sup>393</sup> CA Versailles, 3 Février 1994, D.1995.42, op. cit.

<sup>394</sup> B. Beignier op. cit.

<sup>395</sup> Dans la pratique, la conscience existant chez l'assuré d'attenter à ses jours pourra se déduire de l'état psychologique de l'assuré au moment de l'acte. Cependant si l'état psychologique de l'assuré est trop obéré et laisse supposer qu'il n'est plus en pleine possession de ses moyens tels qu'un état dépressif chronique ou qu'une aliénation mentale l'acte sera nécessairement inconscient, dans ce sens voir CA Paris 30 novembre 1974, Gaz.



supprimant toutes distinctions entre le suicide conscient et inconscient, et par là même en réduisant l'intérêt du secret portant sur les motivations ayant conduit à l'acte suicidaire.

## 2 - Le secret dilué dans le temps

**269.** L'assurabilité du suicide étant admise, le secret va alors changer de masque et se dissimuler sous les nouveaux critères de conditions de garantie du suicide, et désormais liés au « facteur temps » (a), et à l'aspect accidentel du sinistre (b).

### *a - Le secret limité au délai de carence*

**270.** C'est le législateur de 1981 qui prendra l'initiative de faire abstraction du secret portant sur l'impulsion initiale de l'acte suicidaire, en imposant son assurabilité une fois passé le délai de carence porté dans un premier temps à deux années<sup>396</sup>. Le suicide conscient et donc volontairement recherché, ne sera pas couvert s'il se produit au cours des deux premières années suivant la conclusion du contrat d'assurance<sup>397</sup>. La preuve du caractère conscient du suicide pèse sur l'assureur<sup>398</sup>, l'assuré bénéficiant d'une présomption simple de suicide inconscient<sup>399</sup>, c'est cette appréciation qui sera retenue toute les fois que l'assureur est défaillant dans la production d'éléments probants. De nouveaux principes directeurs du traitement du suicide en assurance interviendront en 2001 pour limiter ce délai à une année<sup>400</sup>.

**271.** Dès lors, hormis les modifications du contrat initial figurant dans un avenant, au-delà de la première année, il n'y a plus lieu de rechercher si le secret portait sur un acte conscient ou

---

Pal. 1975. I. 243. Qu'il s'agisse d'antécédents pathologiques avérés, tels que des tentatives de suicide à répétition Cass.1<sup>re</sup> civ., 11 octobre 1994, RCA 1994, comm. n° 419. Ou de sa situation de surendettement irrémédiable, CA Grenoble, 20 juin 1970, RGAT 1971, p. 199.

<sup>396</sup> L'ancien article L. 132-7 du Code des assurances modifié par la loi du 7 Janvier 1981, précisait que « l'assurance en cas de décès est de nul effet si l'assuré se donne volontairement et consciemment la mort au cours des deux années du contrat ».

<sup>397</sup> H. Groutel, *Suicide de l'assuré, choisir le bon moment*, RCA 1998 ; G. Courtieu, *Un suicide raté, ou lorsque le législateur se tire une balle dans le pied*, Gaz. Pal. 1999, I, doct. p. 61.

<sup>398</sup> Plusieurs auteurs ont soulevé les difficultés rencontrés par l'assureur pour rapporter une telle preuve voir notamment, RGAT 1989, p. 405, note J.L. Aubert qui réagit à l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris le 17 Février 1989.

<sup>399</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 Octobre 1996, RGDA 1997, p. 224, note J. Kullmann.

<sup>400</sup> Cette modification est faite à l'occasion de la refonte du droit successoral par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001, relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins, et modernisant diverses dispositions du droit successoral (JO 4 décembre 2001, p. 19279). C'est ainsi que les deux premiers alinéas du nouvel article L. 132-7 du Code des assurances posent le principe selon lequel « L'assurance en cas de décès est de nul effet si l'assuré se donne volontairement la mort au cours de la première année du contrat. L'assurance en cas de décès doit couvrir le suicide à compter de la deuxième année du contrat ». Le suicide ne peut faire obstacle au versement de la garantie s'il intervient dès la fin de la première année. La seule exception concerne toute « augmentation des garanties en cours de contrat, le risque de suicide pour ces garanties supplémentaires » n'est alors couvert qu' « à compter de la deuxième année qui suit cette augmentation. » selon Article L. 132-7 alinéa 2 du Code des assurances.

inconscient<sup>401</sup>. L'assurabilité du suicide est désormais liée au facteur temps<sup>402</sup>. S'il se produit au cours de la première année, le sinistre ne sera pas garanti s'il était volontaire. Et au-delà peu importe les motivations secrètes ayant conduit à l'acte fatal et irréversible, en principe<sup>403</sup> la garantie sera due<sup>404</sup>. Cela ne signifie pas que le secret n'a plus lieu d'être, mais que l'intérêt du souscripteur est de reporter le secret sur la période sensible, que représente la première année du contrat, au cours de laquelle, le secret sera utilisé pour dissimuler l'acte suicidaire sous les aspects d'un acte accidentel, seule circonstance permettant le versement de la garantie souscrite en cas de décès et d'accident.

*b - le suicide dissimulé sous les apparences d'un accident*

**272.** L'intérêt du secret pesant sur les motivations de l'acte suicidaire pourra resurgir s'il a lieu au cours de la première année, moment durant lequel pour obtenir une indemnisation il devra se dissimuler sous les apparences d'un accident<sup>405</sup> afin de ne pas porter préjudice aux bénéficiaires de la garantie. En effet, seul l'accident mortel leur permettra de bénéficier de la garantie dont le capital pourra être doublé, voire même triplé si le contrat souscrit comprend deux garanties distinctes, l'une en cas de décès et l'autre en cas d'accident.

**273.** Le secret rend inaccessible la cause exacte du décès. Mais cette hypothèse, soulève une réelle difficulté juridique concernant l'application distributive du régime probant de la survenance du sinistre. La charge de la preuve pèsera sur l'assureur en cas de suicide et sur les bénéficiaires en cas d'accident<sup>406</sup>. De manière générale, le contrat prévoit une clause d'exclusion de garantie en cas de suicide, il appartient de ce fait à l'assureur de démontrer l'intention suicidaire qui animait l'assuré au moment de son décès, s'il échoue, la garantie est due, mais pas le versement du capital complémentaire.

---

<sup>401</sup> Pour les détails d'une évolution complète de la jurisprudence en matière de conscience et inconscience du suicide, voir, A. Favre Rochex et G. Courtieu, « *Le droit du contrat d'assurance* », LGDJ 1998, n° 5 et suivant.

<sup>402</sup> Exception faite des assurances de groupe souscrites pour garantir le remboursement d'un prêt contracté pour financer l'acquisition du logement principal de l'assuré : elle doit couvrir le suicide dès la souscription. Le décret n° 2002- 452 du 28 mars 2002 qui crée l'article. R. 132-5 du Code des assurances fixe cependant le montant garanti pour un maximum de 120000 Euros.

<sup>403</sup> La garantie pourrait être remise en question si l'assureur est en mesure de remettre en cause son engagement sur le fondement de la faute intentionnelle. Voir sur ce point B. Beignier *Suicide et conscience des conséquences, en droit des assurances*, D. 2006.118.

<sup>404</sup> Cependant un délai de carence d'une année pourra être instauré en cas de modification des conditions de garantie telle que l'augmentation du montant de la garantie.

<sup>405</sup> Cette situation se présente notamment quand l'assuré bénéficie d'un contrat d'assurance garantissant le décès et l'accident

<sup>406</sup> H. Groutel, *Suicide, assurance contre les accidents corporels et charge de la preuve*, RCA 1991, chr. n°21.

**274.** Le secret sur la survenance du sinistre devient l'élément central des intérêts contradictoires des parties au contrat. L'article L.132-7 du code des assurances<sup>407</sup> étant applicable au cours de la première année du contrat, l'acte suicidaire volontaire ne sera pas indemnisé. Cette volonté pourra être déduite des circonstances entourant le sinistre, tel que l'état psychologique de l'assuré, ou la prise en compte de ses problèmes financiers<sup>408</sup>. L'usage du secret et les moyens de révéler le suicide, relèvent alors d'une très haute technicité.

Au cours de la première année de la garantie, les bénéficiaires auront un intérêt certain à dissimuler le suicide et à faire prévaloir l'hypothèse d'un simple accident, car au-delà le suicide peut être pris en charge. C'est ainsi qu'en assurance de personnes un suicide pourra être dissimulé sous les apparences d'un accident de chasse<sup>409</sup>, la manipulation accidentelle d'une arme à feu<sup>410</sup>, ou qu'une maladie invalidante est due à un accident et non à une maladresse que l'on soupçonne intentionnelle, tel qu'un suicide manqué.

**275.** Entre le suicide et l'accident se trouve le secret de la personne décédée, que l'assureur tentera de révéler, alors que les bénéficiaires s'efforceront de le protéger. Ce qui nous permet de mettre en évidence une logique inhérente au secret. Il ne cesse pas avec le décès de son détenteur, c'est-à-dire le souscripteur. Le secret devient l'enjeu d'une garantie et perdure jusqu'à son obtention, et ce, quelqu'en soit le bénéficiaire final. Le secret une fois élaboré mène une existence propre jusqu'à son extinction, soit qu'il ait atteint son objectif, soit qu'il ait été découvert. Seuls les tiers absolus à la relation d'assurance seront protégés de tous les effets dommageables qu'entraîne le secret portant sur un sinistre intentionnel.

### 3 - Le regain d'intérêt du secret vis-à-vis des tiers

**276.** L'assuré ayant la volonté de se suicider, et qui par ricochet cause un accident de la circulation peut créer une situation préjudiciable envers les tiers. D'un point de vue juridique, l'assuré étant la cause exclusive du dommage, les mesures protectrices de la loi « Badinter »<sup>411</sup> ne pourront trouver à s'appliquer aux tiers victimes. Il est donc nécessaire de rechercher le secret ayant motivé l'acte suicidaire. En effet, les victimes ne pourront obtenir réparation<sup>412</sup>

---

<sup>407</sup> « L'assurance en cas de décès est de nul effet si l'assuré se donne volontairement la mort au cours de la première année du contrat ».

<sup>408</sup> CA Paris, 7<sup>e</sup> ch. A, 7 décembre 1999, jurisdata n° 1999-125754.

<sup>409</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 Octobre 1993, n° 91-13.730, RCA 1993, comm. n° 384.

<sup>410</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 octobre 1993, n° 91-13.730, op. cit.

<sup>411</sup> Loi n° 85-677 du 5 Juillet 1985 sur les accidents de la circulation (JO 6 Juill. 1985).

<sup>412</sup> En cas d'assurance prévoyant le remboursement de l'emprunt pour l'achat du véhicule, si le sinistre est volontaire « l'assureur doit sa garantie pour le remboursement de l'emprunt, et des dommages subis par les tiers » B. Beignier, *Faute intentionnelle et cause exclusive de l'accident de la circulation*, D. 2004. 2234.

que si l'objectif poursuivi par le suicidaire était d'attenter à ses jours et non à ceux des tiers, seule condition pour que la faute de l'assuré ne puisse leur porter préjudice.

**277.** Le dommage volontairement recherché exclut la qualification d'accident de la circulation tel que le définit la loi « Badinter » de 1985<sup>413</sup>. Dans une espèce, une assurée s'était suicidée en immobilisant son véhicule sur la voie ferrée, mais en voulant se donner la mort, elle n'entendait pas créer les dommages subis par la SNCF<sup>414</sup>, qui pouvait être de ce fait indemnisée. Mais il est à noter que cette indemnisation n'est due qu'à l'impossibilité de retenir à l'encontre de l'assurée une faute intentionnelle au sens de l'article L.113-1 du Code des assurances. Comme le souligne un auteur « cette ambiguïté des rapports entre la faute intentionnelle au sens de l'article L. 113-1 du Code des assurances et la qualification d'accident de la route... » ne permet pas de trouver un critère de distinction fiable d'autant que l' « on ne voit pas pourquoi la notion d'accident de la route devrait varier en fonction du contexte »<sup>415</sup>.

**278.** C'est ainsi que lorsque le suicide prémédité par un conducteur échoue, ses dommages ne seront pas pris en charge, seuls les tiers seront indemnisés. L'assureur est libéré de son obligation de garantie dans l'hypothèse où le conducteur qui tente de s'immoler par le feu dans sa voiture change d'avis 'in extremis' et sort du véhicule. En effet, si « ... le feu se communique à d'autres véhicules : ce n'est ni un suicide, ni un accident de la circulation. L'assureur ne doit aucune garantie : la faute fut bien intentionnelle. »<sup>416</sup>. Seule l'intention à l'origine du sinistre détermine le versement de la garantie, et sera de ce seul fait une circonstance qui favorisera le secret si le souscripteur ou les bénéficiaires veulent parvenir à l'obtention d'une garantie. Mais, le secret n'est pas toujours lié à une longue réflexion et pourra surgir dans l'esprit de l'assuré au moment même de la survenance du sinistre. Le secret permet de faire correspondre un sinistre non garanti aux dispositions contractuelles, pour qu'il soit pris en charge.

## B - Le secret et le sinistre involontaire mis hors garantie

**279.** Très souvent le secret s'imposera à l'esprit de l'assuré pris au dépourvu lors de la survenance du sinistre. Prenant la mesure des dispositions contractuelles conditionnant

---

<sup>413</sup> Dans une espèce assez originale, un vol de coffre fort commis avec un tractopelle ayant servi à démolir le mur, avait été abandonné sur place le moteur en marche. Un incendie s'étant ensuite propagé le propriétaire du véhicule volé et son assureur sont appelés en garantie mais la qualification d'accident de la route est écartée par les juges au motif que s'agissant d'une infraction volontaire la société victime du vol ne pouvait prétendre à aucune indemnisation. Cass. 2<sup>e</sup> civ. 30 Novembre 1994, RCA 1994 comm. 18 et chron. 1, H. Groutel.

<sup>414</sup> Cass 1<sup>re</sup> civ., 14 octobre 1997, Bull. civ.I, n° 272 ; D. 1997. 227 ; RCA 1998, comm. n° 37, H. Groutel.

<sup>415</sup> H. Groutel, op. cit.

<sup>416</sup> B. Beignier, *Faute intentionnelle et cause exclusive de l'accident de la circulation*, op. cit.

l'obtention de la garantie, l'assuré pourra s'apercevoir que sa situation ne sera pas couverte par l'assureur (1). Le secret permettra d'ajuster le sinistre au contrat d'assurance en opérant une simple substitution de risque (2).

## 1 - le secret ajusté au risque réalisé

**280.** Dans la pratique la survenance d'un sinistre de faible importance, est parfois gardée secrète afin de ne pas modifier les modalités du contrat. L'assuré préférera payer les dommages et taire l'incident à son assureur. Mais si les dommages sont importants, il devra mettre en œuvre la garantie. L'assuré sachant qu'il ne pourra éluder le moment de la déclaration du sinistre, ajustera le risque réalisé aux prévisions contractuelles par le biais du secret. Ainsi, même face à un sinistre involontaire et donc survenu de manière totalement aléatoire, le secret trouvera sa raison d'être.

**281.** Cette forme de secret tend à favoriser la pratique liée au transfert de risque<sup>417</sup>, un mécanisme rendu nécessaire pour éviter le cas d'une non-assurance. Un tel transfert pourra concerner des situations très simples de la vie courante, mais non prises en charge, telles que la perte de ses clefs suivie de l'intervention d'un serrurier dont la facture pourra être soumise à l'assureur en invoquant une effraction ou un vol, des évènements qui eux, seront garantis dans le cadre d'une multirisque habitation. Tandis que la simple négligence, en cas de perte de ses clefs ne sera pas couverte<sup>418</sup>. Certains assurés plus '*lucides*' ou mieux informés, comprendront au moment même de la survenance du sinistre, qu'ils n'entraient pas dans le cadre de la garantie et auront soin de garder certains faits secrets, les maintenant hors de portée de leur assureur, à seules fins de bénéficier de la réparation de leur préjudice.

## 2 - Le secret et le mécanisme de la substitution du risque

**282.** C'est en matière d'accidents de la route que l'ampleur du mécanisme de la substitution se révèle. Dans ce domaine, le législateur prévoit expressément les sinistres qui seront exclus de toute garantie<sup>419</sup>. Pour contourner ces dispositions, certains assurés auront conscience de la

---

<sup>417</sup> Cass. Req. 29 Juin 1933, RGAT 1933, p. 1056 ; Cass. Req. 3 Juillet 1933, D.H. 1933 p. 344 ; Cass. Req. 17 Octobre 1939, RGAT 1940, p. 43.

<sup>418</sup> La rupture entre concubins est à l'origine des oublis les plus préjudiciables, dans un cas d'espèce révélateur, un ex-concubin toujours en possession des clefs du logement assuré, avait dérobé des objets pour lesquels l'assuré demandait la garantie. Les juges n'ont pas retenu l'effraction du local au sens strict du terme (Une effraction concerne la situation dans laquelle l'intrusion a eu lieu par la force qui se manifeste par des bris de verre, ou la fracture des portes du lieu soumis à garantie) ce qui dispensait l'assureur de verser la garantie. Cette décision est fondée, car en négligeant de se faire restituer les clés, ou de changer les serrures après la rupture litigieuse, l'assuré a subi un sinistre par manque de vigilance et ne peut de ce seul fait imposer à l'assureur de prendre en charge sa négligence, CA Orléans ch. civ. Sect. 2, 10 Septembre 1996, juris data n° 047883.

<sup>419</sup> Il pourra s'agir des conducteurs ayant pris le volant en dépit des interdictions posées par l'article A. 211- 1-2 du Code des assurances, et selon lequel « Le contrat peut être résilié, après sinistre, par l'assureur (...) si le sinistre a été causé par un conducteur en état d'imprégnation alcoolique, ou si le sinistre a été causé par

'nécessité' à maintenir le secret sur les conditions exactes du sinistre en procédant à des substitutions avec les personnes présentes dans le véhicule. Ce secret répond à l'hypothèse envisagée par l'article R.211-8, 1° du Code des assurances<sup>420</sup>, selon laquelle, le conducteur unique ou totalement responsable ne saurait être indemnisé. Un principe aménagé par le décret du 9 Juin 1983, prévoyant que l'assuré sera indemnisé par sa propre assurance s'il n'était que passager. En fonction de la stricte application de ces textes, le conducteur fautif ayant subi des dommages ou grièvement blessé, aura tout intérêt à se déclarer comme simple passager, et laisser un passager du véhicule légèrement blessé, voire indemne, se déclarer conducteur. Le conducteur fautif sera indemnisé au titre de passager, et le passager n'ayant pas besoin de soins, pourra être exclus de la garantie sans que cela ne lui cause de préjudices. Le secret est une arme stratégique que l'assuré bien informé saura utiliser au mieux de ses intérêts en l'adaptant à toutes les situations auxquelles il sera confronté.

**283.** Ce même mécanisme de substitution se retrouve aussi en cas d'accident survenu lors d'une pratique sportive ou dangereuse qui est une situation de risque exclus par l'article R. 211-11, 4° du Code des assurances<sup>421</sup>. L'assuré aura dès lors la tentation de contourner cette exclusion de risque, en indiquant un lieu ou un moment différent, de celui où a réellement eu lieu le sinistre. Le système de la substitution peut indifféremment porter sur des biens qui n'étaient pas prévus dans la garantie<sup>422</sup>, ou sur le lieu réel de la survenance du risque<sup>423</sup> qui sera maintenu secret s'il était distinct de celui déclaré initialement, dans la police<sup>424</sup>. Le secret dissimulant la réalité des circonstances au cours desquelles est survenu le sinistre tend à

---

infraction du conducteur au Code de la route entraînant une décision judiciaire ou administrative de suspension du permis de conduire d'au moins un mois, ou une décision d'annulation de ce permis ». Ou qu'ils n'étaient pas, ou plus, titulaire d'un permis de conduire comme le prévoit l'article R. 211-10, 1° du Code des assurances « Le contrat d'assurance peut (...) comporter des clauses prévoyant une exclusion de garantie dans les cas suivant : 1° Lorsque au moment du sinistre le conducteur... ne possède pas de certificats, en état de validité exigés par la réglementation en vigueur pour la conduite du véhicule... ».

<sup>420</sup> « ... L'obligation d'assurance ne s'applique pas à la réparation des dommages subis par la personne conduisant le véhicule... ».

<sup>421</sup> « Sont valables... les clauses des contrats ayant pour objet d'exclure de la garantie la responsabilité encourue par l'assuré (...) du fait des dommages survenus au cours d'épreuves, courses, compétition ou leurs essais, soumis par la réglementation en vigueur à l'autorisation préalable des Pouvoirs publics... ».

<sup>422</sup> Il peut s'agir d'un vol réel d'objets de valeur mais non soumis à garanti, dès lors, le transfert consiste à leur substituer des objets faussement déclarés volés, mais réellement garantis, afin d'obtenir une réparation indue.

<sup>423</sup> Pourtant, le lieu est envisagé de manière très étendue, en matière de sinistre. En application de la théorie de l'accessoire, un vol commis non pas au domicile assuré, mais dans les parties communes d'un immeuble, en l'espèce une boîte aux lettres, est un sinistre pour lequel l'assuré doit être indemnisé, car rattaché au domicile assuré. En l'espèce, le vol concernait des prothèses dentaires dérobées alors qu'elles se trouvaient dans la boîte aux lettres de l'immeuble ou était situé le local assuré, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 Décembre 1992, RCA 1993, comm. n° 64; RGAT 1993, p. 367 obs. J. Kullmann.

<sup>424</sup> Pour une adresse différente de celle indiquée dans la police, CA Angers, 1<sup>re</sup> ch. B, 3 Février 1997, juris data n° 057009.

fausser la relation d'assurance d'un point de vue purement économique. Mais cet objectif tant recherché peut être anticipé par l'assureur, s'il utilise les moyens de prévention adéquats.

## Sous section 2 - Les moyens de prévention du secret dissimulant le sinistre

**284.** Le contrat d'assurance s'organise sous les auspices de la prévisibilité. L'assureur peut prévoir dès la phase précontractuelle, le cadre dans lequel la couverture de garantie pourra être obtenue. Il existe plusieurs moyens contractuels permettant de prévenir toute incursion du secret et donc d'en limiter les effets, tant avant<sup>425</sup> qu'après la survenance du sinistre.

En tenant pour acquis qu'en matière de risque le secret tend essentiellement à l'obtention d'une indemnisation indue, c'est donc sous l'aspect économique de la garantie qu'il convient d'agir afin d'ôter tout intérêt au secret. À cet effet, l'assureur peut neutraliser le secret utilisé pour dissimuler la réalité du montant du sinistre bien avant sa survenance, dès la déclaration du risque initial (§1), toujours dans la même optique, il pourra également anticiper toute intrusion du secret en limitant le montant de la garantie prévue au contrat par des clauses contractuelles (§2).

### *§1 : La conformité du montant du sinistre aux déclarations initiales de l'assuré*

**285.** Le montant du dommage est l'élément essentiel de l'indemnisation du sinistre. Pour l'assureur il importe de payer le préjudice subi au plus juste prix, mais force est de constater qu'un déséquilibre très net se crée en matière d'évaluation du dommage. En effet, seul l'assuré connaît avec certitude la valeur du bien ou le montant du préjudice de la situation faisant l'objet d'une couverture de garantie. Ce sont tous les secrets portant sur ces éléments qu'il convient de rendre inutile pour dissuader l'assuré de les opposer à l'assureur.

Néanmoins, ce dernier n'est pas tenu d'attendre la survenance du sinistre pour évaluer le risque qu'il entend couvrir. Afin de lever le doute portant sur la réalité de l'existence et de la valeur du bien, ou de la situation faisant l'objet de la garantie, une évaluation peut être faite bien avant la survenance du sinistre. L'intérêt de cette estimation initiale est de la confronter aux déclarations de l'assuré une fois le risque réalisé (A). De plus, toutes inexactitudes ou omissions seront autant de secrets rendus inopérants sur le versement de l'indemnité dont le montant pourra être légalement limité (B).

---

<sup>425</sup> C'est une situation distincte des moyens préventifs permettant d'encadrer le secret pesant sur le risque initial étudié supra n°196.

## A - Le secret et l'évaluation de l'objet du risque

**286.** Deux principaux modes d'évaluation du risque objet de la garantie sont envisageables. Si le système de la valeur agréée permet à l'assureur de donner son avis sur l'estimation proposée (1), le système de la valeur déclarée favorise une plus grande liberté de manœuvre à l'assuré qui estime seul le montant du bien ou de la situation devant être assurée (2).

### 1 - La valeur agréée

**287.** L'évaluation du dommage avant le sinistre ne repose pas sur les seules déclarations de l'assuré, conformément aux principes fondamentaux du contrat, on ne peut imposer à l'assureur de prendre en charge un risque dont la valeur dépasserait de loin les estimations les plus optimistes. Le système de la valeur agréée<sup>426</sup>, est un mode d'évaluation retenu quand la garantie repose sur un bien de nature importante ou exceptionnelle, il s'agit pour l'assureur de ne pas se laisser surprendre par un secret pouvant survenir sous la forme d'une surestimation excessive et non fondée.

**288.** La valeur peut être décidée d'un commun accord entre l'assureur et l'assuré, après avoir été fixée de manière contradictoire. Généralement, le montant retenu sera arrêté après expertise pour les objets de grande valeur. Qu'il s'agisse de collections d'objets d'arts, de tableaux, de bijoux ou de meubles meublants rares et anciens. Dans ce cas, une clause du contrat fixera de manière expresse et non équivoque la valeur du bien faisant l'objet de la garantie. Le montant de la garantie qui sera alloué en cas de sinistre sera d'ores et déjà fixé dès la conclusion du contrat. Le système de la valeur agréée permet de manière préventive de circonscrire efficacement le secret portant sur le montant de la valeur du risque garanti. Cette possibilité devient plus aléatoire quand la valeur du bien faisant l'objet de la garantie est seulement déclarée.

### 2 - La valeur déclarée

**289.** Ce mode déclaratif<sup>427</sup> laisse à l'assuré l'opportunité de fixer en fonction de sa seule appréciation la valeur du bien garanti. Il détermine lui-même l'estimation qui sera retenue dans le contrat. L'assureur limite son action à l'enregistrement de la valeur ainsi déclarée sans

---

<sup>426</sup> « En assurance de dommages aux biens, valeur de la chose assurée, fixée d'un commun accord entre l'assureur et l'assuré, généralement à la suite d'une expertise, et qui constitue une des bases du contrat », J. Landel « *Lexique des termes d'assurance* » préface de Y. Lambert Faivre, L'Argus des assurances, 5<sup>ème</sup> éd. 2007, V<sup>o</sup> valeur agréée.

<sup>427</sup> « Assurance dans laquelle l'assuré fixe librement les sommes assurées : elles figurent aux conditions particulières et ne correspondent pas nécessairement à la valeur réelle des biens assurés... », J. Landel « *Lexique des termes d'assurance* » préface de Y. Lambert Faivre, L'Argus des assurances, 5<sup>ème</sup> éd. 2007, V<sup>o</sup> valeur déclarée.



rechercher la valeur réelle de la chose faisant l'objet de la garantie<sup>428</sup>. Cette 'confiance' absolue accordée à l'assuré peut nous laisser dubitatif dans la mesure où ce système semble inviter l'assuré à garder secrète l'estimation réelle, voire même l'inciter à en surestimer le montant.

**290.** Cette impression est d'autant plus renforcée que cette évaluation purement objective<sup>429</sup> fait abstraction des intentions réelles de l'assuré concernant la destination du bien garanti. Cela signifie que l'utilisation ou à la destination du bien seront des secrets qui auront une influence certaine sur sa valeur réelle, mais qui n'auront pas vocation à être révélés. C'est ainsi que dans une espèce assez surprenante, un assuré avait acheté un bien immeuble dans le seul but de procéder à sa démolition. Le sinistre survenu ultérieurement avait donc comblé tous ses désirs, il ne restait plus qu'à achever à moindre frais les dégâts existants<sup>430</sup>. Dans une telle hypothèse, il semblerait justifié de prendre en compte ce secret portant sur les intentions réelles de l'assuré concernant la destination du bien<sup>431</sup>.

**291.** Le système de la valeur déclarée, ne tient pas compte des éléments subjectifs ayant motivés l'assuré à souscrire une garantie. En effet, l'évaluation ne peut dépendre de « l'utilisation que l'assuré avait l'intention de faire ou de ne pas faire de la chose »<sup>432</sup> après le sinistre. L'assureur ne peut refuser sa garantie au motif que l'assuré ayant vendu son bien sinistré au prix stipulé lors de la promesse de vente, conclue avant le sinistre, n'avait de ce fait subi aucun préjudice. Faisant abstraction de tels éléments subjectifs, les juges rejettent ce raisonnement estimant « qu'il n'y a pas lieu à rechercher si après l'incendie, l'immeuble assuré avait été vendu et à quel prix »<sup>433</sup>. L'assuré pourra donc garder le secret sur certains faits pouvant influencer sur la valeur vénale du bien assuré, et obtenir une indemnisation bien supérieure à sa valeur réelle. Mais ce n'est qu'une apparence car, une fois la déclaration de sinistre parvenue à l'assureur, ce dernier pourra toujours déterminer le plus précisément possible l'évaluation réelle du dommage.

---

<sup>428</sup> T. civ. Seine 20 Novembre 1956, JCP G, 1957 II, 10014.

<sup>429</sup> L'évaluation est faite sur le cours du marché de l'immobilier pour un bien immeuble.

<sup>430</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 25 mai 1977, RGAT 1977, p. 497, note A.B.

<sup>431</sup> D'une part, la valeur en était diminuée car si l'on n'envisage qu'une démolition, nul n'est besoin d'être indemnisé à hauteur de la reconstruction du bien qui ne sera de toute façon pas exécutée. Et d'autre part, cela laisse planer un doute sur les conditions de survenance du sinistre notamment lorsque le risque réalisé correspond de manière aussi adéquate au résultat escompté.

<sup>432</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 mars 1986, RGAT 1986, p. 336, note J. Bigot.

<sup>433</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 mai 2005, n° 03-20. 993, H. Groutel, *L'évaluation des biens au jour du sinistre*, RCA 2005, comm. n° 7, p.26.

## B - L'indifférence du secret sur le montant des indemnités de garantie

**292.** Il est possible de limiter l'influence du secret en lui ôtant tout aspect décisif généré sur le montant des indemnités devant être versées lors de la réalisation du risque. C'est ainsi que le versement pourra être effectué sans qu'il soit tenu compte de la valeur retenue lors de la souscription de la garantie (1), ni du montant des dommages déclarés par l'assuré lors de la survenance du sinistre (2).

### 1 - L'indifférence du secret sur la valeur du risque déclaré lors de la souscription

**293.** Le moyen le plus efficace d'annihiler le secret est encore de le priver de tout effet pécuniaire. L'article L.112-4 du Code des assurances prévoit que le montant de la garantie doit être précisé dans la police<sup>434</sup>, l'assureur ne pouvant être tenu au-delà. Comme le souligne certains auteurs, « l'assurance ne peut procurer à l'assuré un enrichissement injustifié, (... *ni...*) créer, en sa faveur, une source de gain, voire encourager certaines spéculations : le 'rien que le préjudice' du droit de la responsabilité s'y oppose ». De plus, cette pratique de 'surassurance' envisagée par l'article L. 121-3 du Code des assurances, prévoit de manière précise que le secret portant sur le montant exact du bien, ou de la situation faisant l'objet de la garantie ne sera pas pris en compte « lorsqu'un contrat a été consenti pour une somme supérieure à la valeur de la chose assurée... ».

**294.** Dans le même sens, l'article R.112-1 du Code des assurances prévoit l'obligation de faire figurer dans la police les conditions relatives à la procédure permettant l'estimation des dommages à partir de laquelle sera fixé le montant de l'indemnité devant être versée au titre de la garantie. Bien avant la survenance du sinistre, l'assureur détermine le montant maximal pour lequel il s'engage, tout en se réservant le droit une fois le risque réalisé, de réviser ce montant à la baisse. Ce dernier ayant la possibilité de rechercher la valeur réelle du dommage causé par le sinistre avant de se soumettre à son obligation de garantie<sup>435</sup>.

**295.** Le secret est rendu inefficace, car la valeur initialement déclarée concernant l'estimation de la chose assurée ne sera pas décisive. Il pourra toujours démontrer qu'au moment du sinistre la valeur réelle de la chose objet de la garantie, était différente que celle initialement indiquée sur le contrat. Le secret opposé lors de la déclaration initiale peut aussi être contré au

---

<sup>434</sup> La prestation de l'assureur peut intervenir de différentes manières, il pourra s'agir d'un paiement d'indemnités, de remboursement des pertes, de sommes forfaitaires, d'une prestation en nature telle qu'une assistance dépannage, de conseils juridiques, c'est cette garantie qui doit être prévue dans le contrat.

<sup>435</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 13 mai 1997, RGDA 1997, p. 750, note J. Kullmann.

moment crucial du versement de la garantie, ce qui diminue considérablement l'intérêt qu'il revêt auprès de certains assurés qui envisagent le contrat d'assurance sous son seul aspect spéculatif.

## 2 - L'indifférence du secret sur le montant réel du sinistre

**296.** L'alinéa premier de l'article L.121-1 du Code des assurances, instaure un principe indemnitaire selon lequel « l'indemnité due par l'assureur à l'assuré ne peut pas dépasser le montant de la valeur de la chose assurée au moment du sinistre »<sup>436</sup>. Dès lors peu importe la valeur agréée ou déclarée retenue au contrat dans la mesure où, s'agissant de simples présomptions, l'assureur est toujours en mesure de prouver au moment de l'exécution de son obligation de couverture, que la valeur dite '*réelle*' du bien était différente au jour du sinistre que celle retenue initialement<sup>437</sup>. Le secret dissimulant la valeur réelle du bien justifie qu'elle soit remise en question<sup>438</sup>, notamment s'il intervient au moment précis de sa destruction, incitant par là-même l'assureur à suspecter une dépréciation consécutive de sa valeur réelle<sup>439</sup>.

**297.** Ce mécanisme cantonne la garantie au « dommage effectivement subi par l'assuré »<sup>440</sup>, dès lors, peu importe la valeur initialement retenue, car cette libre appréciation laissée à l'assuré n'est en définitive qu'un leurre, réduite à un simple avis estimatif. Les tribunaux reconnaissent que « la valeur déclarée ne prouve ni ne présume le dommage »<sup>441</sup>. Le montant de la valeur déclarée lors de la déclaration initiale de risque sera sans incidences. Seule la valeur réelle de la chose<sup>442</sup>, telle quelle peut être déterminée au moment de la réalisation du risque, sera retenue<sup>443</sup>. Et ce, même si son montant est inférieur à ce qui était prévu<sup>444</sup>.

**298.** Néanmoins, la valeur déterminée au jour du sinistre est définitive, il ne sera pas possible de réactualiser le montant retenu au moment du paiement de l'indemnité<sup>445</sup>. C'est donc au

---

<sup>436</sup> A. Favre Rochex et G. Courtieu, « *Le droit du contrat d'assurance terrestre* », LGDJ, éd. 1998, p. 230.

<sup>437</sup> « La réparation ne saurait excéder le montant du préjudice réel » A. Favre Rochex et G. Courtieu, p. 231, op. cit.

<sup>438</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 septembre 2007, n° 06-15159, RGDA 2008, p. 66, note J. Kullmann.

<sup>439</sup> Pour un cas où l'expert n'avait pas pu prouver l'existence d'une dépréciation du bien faisant l'objet de la garantie, Cass. 1<sup>re</sup> civ. 2 Février 1988, Bull.civ. I, n°28.

<sup>440</sup> Cass. crim., 18 septembre 1990, RGAT 1990, p. 841, note H. Margeat et J. Landel.

<sup>441</sup> CA Rouen 17 Janvier 1947, RGAT 1947, p.151.

<sup>442</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 septembre 2008, n° 07-15.171. L'arrêt retient que suivant le respect du principe indemnitaire, seule importe la valeur du bien au jour du sinistre.

<sup>443</sup> Et ce même si son montant était bien supérieure à la valeur déclarée initialement.

<sup>444</sup> Cass. civ., 11 Juillet 1939, S 1940. 1. 5.

<sup>445</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 septembre 1983, RGAT 1984, p.193, note A. Besson. Cependant, une clause d'indexation prenant en compte la modification ultérieure de la valeur garantie au jour du paiement a pu être déclarée valable voir, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mai 1995, RGAT 1995, p. 569, note J. Kullmann.

moment de la survenance du sinistre que les secrets de l'assuré devront impérativement être découverts<sup>446</sup>. Ces diverses dispositions spécifiques au droit des assurances, permettent de limiter considérablement l'influence du secret en contrariant le but projeté par l'assuré, lorsqu'il tend à l'obtention d'une garantie induue. Mais il semblerait que le moyen le plus efficace de contrôler le secret imposé au stade de la survenance du sinistre, soit de maîtriser le risque tout au long de l'exécution du contrat.

## *§2 - La conformité de la survenance du sinistre aux prévisions de l'assureur*

**299.** L'assureur peut se protéger du secret susceptible de vicier le risque, en le plaçant sous la garde exclusive de l'assuré. Ce dernier sera soumis à des obligations tendant à la préservation du risque garanti tout au long de l'exécution du contrat. Le contrat d'assurance devient alors un repère permettant de comparer les circonstances de la survenance du dommage aux prévisions contractuelles (A). De même que l'assureur peut soumettre l'assuré à l'obligation de prouver les circonstances exactes du sinistre, mais de telles dispositions pourront s'avérer fort préjudiciables envers l'assuré les ignorait (B).

### A - Le secret encadré par les prévisions contractuelles

**300.** La priorité de l'assureur est de soustraire le risque de l'influence néfaste du secret tout au long de l'exécution du contrat. À cet effet, il peut subordonner l'exécution de sa prestation à des mesures de prévention imposant à l'assuré de préserver l'objet de la garantie. Ces mesures sont déterminées par des clauses spécifiques dont la validité est rigoureusement appréciée par les juges (1), qui n'hésitent pas à requalifier toutes dispositions contractuelles litigieuses (2).

#### 1 - La validité des clauses de prévention du secret

**301.** Les mesures préventives permettent à l'assureur de se prémunir du secret en encadrant strictement le risque, tout en vérifiant que l'assuré n'a pas favorisé le sinistre en respectant les modalités d'exécution du contrat<sup>447</sup>. L'intérêt de ces clauses est de limiter à priori toute incursion du secret dans la survenance du sinistre, en prévoyant dès en amont toutes les hypothèses dans lesquelles le hasard pourrait être maîtrisé par les secrets de l'assuré. En effet, ces clauses n'ont pas pour but d''empêcher' le sinistre, mais de vérifier a posteriori si l'assuré a été diligent, auquel cas, il se dégagera de son comportement une présomption de bonne foi

---

<sup>446</sup> Une action en répétition partielle est encore envisageable après l'indemnisation de l'assuré. Dans une espèce l'assuré ayant été indemnisé du vol de son bien, a du rembourser une partie des sommes allouées du seul fait que le meuble ayant été retrouvé ultérieurement, s'était avéré être d'une valeur bien moindre à la garantie accordée, voir dans ce sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 décembre 1986, RGAT 1987, p. 474.

<sup>447</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 juillet 2004, n° 03-14.726, RGDA. 2004, p. 928, note J. Kullmann.

selon laquelle, il n'a ni favorisé, ni provoqué en secret la survenance du sinistre, mais qui sera « écartée dans le cas contraire »<sup>448</sup>.

**302.** Ces obligations de diligences favorisent une bonne conservation ou une bonne utilisation des biens assurés. Par ce biais, l'assureur limite l'étendue de la couverture de risque, tout en imposant à l'assuré des obligations tendant à la préservation du bien ou de la situation faisant l'objet du contrat d'assurance. Mais ces conditions de garantie doivent être détaillées<sup>449</sup> et portées à la connaissance de l'assuré dès la souscription de la garantie afin qu'il ne puisse les ignorer<sup>450</sup>.

**303.** Parfois les mesures de prévention seront élaborées si précisément par l'assureur que seul le sinistre intervenu dans des conditions draconiennes sera garanti<sup>451</sup>. Le respect des mesures de protections mises à la charge de l'assuré constituent une condition de l'obtention de la garantie<sup>452</sup>. Cela tend à impliquer activement l'assuré dans la relation d'assurance en l'incitant à être vigilant. Et ce, qu'il s'agisse de veiller systématiquement à la fermeture des maisons et des véhicules, d'installer des mesures de protection tel qu'un système anti-incendie, ou un antivol, et de souscrire les contrats d'entretiens afférents à un dispositif d'alarme<sup>453</sup>.

**304.** La spécificité de ces mesures est qu'elles sont parfaitement adaptées au risque encouru<sup>454</sup> et au comportement de l'assuré sur qui repose la préservation du bien assuré. C'est ainsi qu'un joaillier devait régulièrement inscrire dans un registre les marchandises qu'il confiait ou qui lui étaient confiées, une obligation répétitive très contraignante, qui n'ayant pas été suivie, excluait toute garantie<sup>455</sup>. Tout manquement à ces obligations de prudence laissera supposer que le sinistre avait eu lieu dans des conditions tenues secrètes car, suspectes.

**305.** Paradoxalement, cette multitude de précaution peut présenter le désavantage de rendre le secret inévitable pour contrer les conditions drastiques imposées par l'assureur. Si ces

---

<sup>448</sup> H. Groutel, *Assurances contre les détournements*, RCA 2006, n° 33 p. 25. Article dans lequel l'auteur fait un parallèle riche d'enseignements entre les assurances de détournements et les mesures de préventions, sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 septembre 2005, n° 04-10.502.

<sup>449</sup> En l'espèce il s'agissait de déterminer si le terme « d'inoccupation » pouvait s'appliquer à une simple absence de quelques heures durant lesquelles le local n'avait pas été fermé, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 mai 1989, RGAT 1989, p. 423, obs. J. Kullmann.

<sup>450</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 24 mai 2006, n° 05-13.162, RGDA 2006, p. 628, note L. Mayaux.

<sup>451</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 janvier 1991, RCA 1991, comm. n° 149. En l'espèce la garantie ne couvrait que le vol intervenu dans des lieux couverts et fermés, avec des serrures de sécurité et de verrou à toutes les portes d'accès, et des barreaux à toutes les portes et fenêtres du rez-de-chaussée.

<sup>452</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juillet 1992, Bull. civ. I, n° 219.

<sup>453</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 mai 1989, RCA 1989, comm. n° 288. En l'espèce la garantie n'était pas due du seul fait de l'absence du contrat d'entretien permettant un bon usage de l'alarme installée.

<sup>454</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 30 Mai 2007, n° 06-14.410, RGDA 2007, p. 596, note S. Abravanel-Jolly.

<sup>455</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 février 1993, RCA 1993, comm. n° 183.

mesures de préventions n'avaient pas été respectées, l'assuré conscient de son manquement à ses obligations pourra maintenir cette omission secrète lors de sa déclaration, afin de bénéficier de la garantie. De plus, certaines conditions semblaient si intrusives qu'elles ont été assimilées à des clauses abusives. Mais une telle qualification n'a pas été retenue par les tribunaux<sup>456</sup>, même si leur interprétation a été sujette à caution<sup>457</sup>. En cas d'incertitude, il appartient au juge du fond d'interpréter ces clauses litigieuses<sup>458</sup>, ce qui ne manquera pas d'exercer une influence sur la validité des secrets opposés par l'assuré.

## 2 - La qualification des clauses de prévention du secret

**306.** Les mesures préventives sont nécessaires à l'assureur. Elles lui permettent de se prémunir du secret lors de la survenance du sinistre, tout en vérifiant que l'assuré a rempli ses obligations contractuelles. Mais de la qualification de ces clauses dépendra le régime de la preuve démontrant l'existence du secret qu'elles tentent de circonscrire. Le fardeau de la preuve pèsera sur l'assuré si la clause relève d'une condition de garantie (a), mais il sera reporté sur l'assureur si la clause est une exclusion de risque (b). Une différence de traitement qui à terme aura sur le secret un effet inverse à celui escompté.

### *a - Les clauses de condition de garantie*

**307.** Une clause imposant une mesure de prévention du sinistre sera d'une application plus simple si elle est analysée comme une condition de garantie. En effet, il appartient dans ce cas à l'assuré de prouver les conditions exactes dans lesquelles s'est produit le sinistre. Étant le maître du secret, il reste le mieux placé pour rapporter la preuve de la réalité du sinistre et par la même démontrer qu'aucun secret ne pesait sur les mesures préventives mises à sa charge.

**308.** Dans les faits, de tels secrets sont accessibles, il sera aisé pour l'assureur de vérifier si la pose et l'utilisation d'un système antivol ou d'alarme<sup>459</sup> avait été effectivement respectée. De même qu'il sera aisé de vérifier si un contrat d'entretien avait été conclu comme le stipulait le

---

<sup>456</sup> Dans une espèce, un vol avait été rendu possible du seul fait qu'une fenêtre du local assuré avait été laissée entr'ouverte alors que la victime était l'intérieur. La garantie ayant été refusée, une action était intentée contre l'assureur au motif que la clause était abusive en ce qu'elle apportait une restriction excessive à la liberté de l'assuré. Ce fondement était tiré de la recommandation n°85-04, 35<sup>ème</sup> considérant de la commission des clauses abusives pris en date du 20 septembre 1985. Cependant, le caractère abusif n'a pas été retenu, les juges ayant analysés la clause de prévention comme imposant « seulement à l'assuré de prendre des précautions élémentaires contre le vol (...) ce dont il résultait qu'elle n'accordait pas d'avantage excessif à l'assureur... » Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> février 2000, RCA 2000, comm. n° 138.

<sup>457</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 17 octobre 2007, n° 06-17.608, RGDA 2008, p. 66, note L. Mayaux. ; RCA 2007, p. 29, note H. Groutel,

<sup>458</sup> L'assureur a également la possibilité de limiter sa garantie en prévoyant sous certaines conditions des clauses d'exclusion de garantie. Une distinction précise doit être opérée entre la violation d'une obligation de garantie définissant le cas de l'assuré qui ne respecte pas les modalités du contrat avant l'effectivité de la réalisation du risque, et l'exclusion de garantie qui est un manquement constaté à l'occasion de la réalisation du risque, situation qui nous intéresse dans la mesure où il appartient à l'assureur de prouver que le risque réalisé n'était pas conforme aux prévisions contractuelles et donc que sa garantie n'est pas due.

contrat. En cas d'inobservation d'une obligation conditionnant l'obtention de la garantie prévue dans le contrat, l'assureur ne sera pas tenu de couvrir le sinistre. Mais cette solution ne sera pas aisément admise si l'assureur marque sa préférence pour une clause d'exclusion de risque.

#### *b - Les clauses d'exclusions de risques*

**309.** Si la clause imposant les mesures préventives est analysée comme une clause d'exclusion de garantie, sa validité ne sera acquise que si elle est présentée de manière claire et précise<sup>460</sup>. La clause est soumise à des conditions de formes et doit apparaître « en caractères très apparents dans la police »<sup>461</sup>, condition nécessaire pour qu'elle ne puisse être interprétée sous peine d'être dénaturée. Dans le cas contraire, l'assuré pourra échapper à son application. Cela signifie que tous manquements aux obligations contractuelles imposées pour empêcher l'insertion du secret, seront sans incidence sur le versement de la garantie<sup>462</sup>.

**310.** Mais la principale difficulté de l'application d'une clause d'exclusion de risque, est qu'elle fait peser sur l'assureur la preuve du secret dissimulant le non respect des modalités de prévention du sinistre<sup>463</sup>. Cette preuve lui sera difficile à rapporter, car il s'agit de démontrer que l'assuré n'avait pas mis en œuvre les mesures préconisées au moment du sinistre<sup>464</sup>. Pour des raisons évidentes, il sera pratiquement impossible de démontrer si une alarme était en marche ou non au moment du vol, *a fortiori* si le véhicule n'est jamais retrouvé. Certes, il sera possible de démontrer qu'une alarme avait été installée, mais prouver qu'elle était enclenchée au moment le plus sensible, est un secret que seul l'assuré est en mesure de connaître<sup>465</sup>.

---

<sup>459</sup> Pour un assuré qui devait, pour travailler dans les locaux situés au sous sol débrancher systématiquement l'alarme de son magasin, sans remédier à ce problème technique, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 décembre 1993, RCA 1994, comm. n° 108.

<sup>460</sup> Dans une espèce, le vol d'un véhicule s'était fait à l'aide d'une « clef d'hôtel » qui, rangée dans la boîte à gants, avait permis de mettre en marche le véhicule assuré. Les juges du fond ayant retenu qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre le fait prévu par la clause d'exclusion et la survenance du dommage, avaient dans un premier temps écarté la clause litigieuse. Mais l'arrêt fut cassé au motif qu'« en subordonnant ainsi l'application de la clause d'exclusion de garantie à la condition supplémentaire, non prévue dans le texte clair et précis de ladite clause, que la négligence de l'assuré ait permis ou facilité la réalisation du vol, la cour d'appel a dénaturé cette clause. » Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 avril 1999, n° 97-11.665, RGDA 1999, p.575 note J. Kullmann.

<sup>461</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 février 1999, RCA 1999, comm. n° 151. Voir également Cass. 1<sup>re</sup> civ. 17 novembre 1998, RCA 1999, comm. n° 25 note H. Groutel.

<sup>462</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 mars 2008, n° 07-14.406, une clause non formelles constitue une exclusion indirecte non conforme à l'article L. 113-1 du Code des assurances.

<sup>463</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 décembre 2008, n° 08-11.158.

<sup>464</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 juillet 2004, n° 03-15.045, voir note A. Marchand, « *le vol a ses raisons* » Lamy assur. 2004, n° 109 p.1.

<sup>465</sup> En l'espèce, la clause d'exclusion de risque conditionnait le mode de transport de bijoux, et excluait de la garantie « le vol des objets transportés à bord de véhicules routiers... laissés sans surveillance ». Ayant été placé dans l'impossibilité de rapporter la preuve du défaut de surveillance au moment du sinistre l'assureur n'a pu se prévaloir de la clause d'exclusion de risque, CA Paris, sect. G, audience solennelle, juris data n° 106589.

**311.** Le renversement de la charge de la preuve opéré entre les clauses de conditions de garantie et les clauses d'exclusions de risque est favorable au secret qu'elles sont supposées encadrer. Le secret portant sur les conditions réelles de survenance du sinistre sera inaccessible si les mesures de prévention sont imposées au moyen d'une clause d'exclusion de risque. Le doute profitera indubitablement à l'assuré qui accèdera à la garantie, même si le risque était encadré par des clauses drastiques, dont l'objet était dans l'absolu de limiter toute incursion du secret au moment du sinistre. Cela démontre que le secret opposé en vue de faire coïncider le sinistre aux conditions de garantie, s'accommode très bien des moyens de preuves supposés le révéler, pour la simple raison qu'ils ont été anticipés par l'assuré de mauvaise foi. Mais elles mettront en grande difficulté ceux qui étaient dans l'ignorance des conditions réelles de la survenance du sinistre.

#### B - Le secret et la preuve improbable du sinistre

**312.** L'aspect du secret devant retenir notre attention porte sur l'ignorance que l'assuré avait des circonstances exactes de la survenance du sinistre. L'assuré n'est pas libre de ses déclarations, il a l'obligation de rapporter la preuve de la réalité de son sinistre (1), ce qui pourrait être une contrainte insurmontable si les conditions de survenance exactes du sinistre étaient à son égard un secret (2).

##### 1 - l'obligation de rapporter la preuve des circonstances réelles du sinistre

**313.** Le contrat peut mettre à la charge de l'assuré l'obligation de transmettre à l'assureur un état descriptif des dommages, notamment pour vérifier si la chose faisant l'objet de la garantie avait réellement péri dans le sinistre. À cet effet, tous les moyens de preuve dont il dispose sont admissibles, qu'il s'agisse de photos, de déclarations, de factures... L'assureur doit être mis en mesure d'apprécier si le bien assuré initialement a bien été l'objet du sinistre<sup>466</sup>.

**314.** Mais au-delà de la problématique du transfert ou de la substitution de risque déjà évoquée<sup>467</sup>, La difficulté concerne l'assuré que nous appellerons de bonne foi, c'est-à-dire celui qui subit un sinistre. Ce dernier sera dans l'impossibilité d'apporter les éléments probants requis, notamment parce que les circonstances exactes de la réalisation du risque constituent pour lui un secret.

**315.** À cet égard, il pourra sembler surprenant de constater que l'assuré qui aura prémédité son sinistre sera en mesure de produire des éléments de preuve requis, auquel cas, nous

<sup>466</sup> Il pourra s'agir par exemple, d'un tableau de maître vis-à-vis duquel, le sinistre (le vol ou l'incendie) n'a pas eu lieu, ou n'a porté que sur une copie, le vrai tableau étant à l'abri, ou déjà vendu sur un marché parallèle.

<sup>467</sup> V. supra n°279.



pouvons supposer qu'en vue des déclarations à produire, il aura pris soin de se prémunir d'attestations, de témoignages, ou de photographies appropriées en vue de donner du crédit à son secret. Alors que l'assuré de bonne foi, réellement confronté à l'aléa, dans le sens ou la survenance du sinistre était pour lui imprévisible, sera pris au dépourvu et aura plus de difficulté à prouver la réalité de la survenance du dommage.

**316.** La jurisprudence admet que le sinistre ne soit pas garanti si l'assuré n'est pas en mesure de rapporter la preuve requise<sup>468</sup>. La matérialité du vol doit être prouvée à l'aide de trace d'effraction ou de dégradation dont l'importance ne fait aucun doute<sup>469</sup>. De ce fait les voleurs opérant de manière efficace, mais trop discrète, repartiront certes avec leur butin, mais aussi avec leurs secrets sur le mode opératoire de l'effraction, et laisseront derrière eux l'assuré de bonne foi faire face à son assureur et supporter le risque d'un refus de garantie. Nous pourrions y voir une nouvelle adaptation de la « *double peine* », car non seulement les biens de l'assuré de bonne foi lui sont volés mais en plus, il perd son droit à garantie. C'est une situation qui ne peut laisser indifférent car le secret portant sur la réalité du sinistre est une circonstance légitimement inconnue de l'assuré. C'est la raison pour laquelle un aménagement est apporté au régime de la preuve quand certaines circonstances du sinistre ont pu légitimement être ignorées.

## 2 - Le secret sur les circonstances du sinistre ignoré de l'assuré

**317.** Dans certaines hypothèses l'exigence de la preuve des conditions de survenance du sinistre paraît impossible à rapporter, notamment si l'assureur prévoit des clauses contractuelles exigeant de l'assuré qu'il prouve à « défaut d'effraction les circonstances dans lesquelles ont eu lieu le sinistre ». Certes ces dispositions ont été déclarées abusives par la commission des clauses abusives<sup>470</sup>, mais les juges amenés à ce prononcer sur leurs validité, en on déduit qu'elles étaient favorables à l'assuré. Il est de fait qu'en l'absence d'effraction, l'assuré serait en mesure de prouver le sinistre par tous moyens<sup>471</sup>. Ainsi loin de limiter les éléments permettant de lever le voile sur le secret ignoré de l'assuré, ce dernier pourra utiliser tous les éléments dont il dispose pour produire la preuve requise.

---

<sup>468</sup> En l'espèce, « Bien que la matérialité des vols ne puisse être sérieusement contestée, les conditions dans lesquelles ils ont été commis et auxquelles la garantie est subordonnée restent inconnues », Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 novembre 1989, RCA 1990, comm. n° 46.

<sup>469</sup> CA Paris, 7<sup>e</sup> ch. 6 avril 1994, juris data n° 022167.

<sup>470</sup> Recommandation de la commission des clauses abusives en date du 20 septembre 1985 qui dans sa 19<sup>e</sup> recommandation était amenée à se prononcer sur les contrats multirisque habitation.

<sup>471</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juillet 1998, RCA 1998, comm. n° 396.

**318.** De prime abord cette décision peut paraître très sévère mais en l'appliquant au '*vol par ruse*' communément traduit en assurance par 'introduction clandestine'<sup>472</sup>, un assouplissement est perceptible. Certaines garanties prévoient de couvrir le sinistre commis suite à une introduction clandestine. Si ce risque est envisagé dans le contrat par l'assureur, les juges pourront exonérer l'assuré qui ignorait les circonstances du sinistre de rapporter la preuve demandée<sup>473</sup>, puisque par définition le sinistre clandestin signifie qu'il était inconnu de la victime.

**319.** En réalité, il ressort de la jurisprudence que si la notion de l'introduction clandestine n'est pas clairement définie dans le contrat, les juges vont exercer pleinement leur pouvoir d'appréciation. Sans dénaturer la clause litigieuse, ils peuvent l'envisager de manière très étendue<sup>474</sup>, et dans un sens plus favorable à l'assuré<sup>475</sup> qui ignorait légitimement les secrets des voleurs<sup>476</sup>. Ce point revêt une grande importance puisque l'ignorance légitime est le critère principal de l'introduction clandestine<sup>477</sup>. Cette position présente la sagesse de prendre en considération la situation de faiblesse de l'assuré quand il lui est demandé de rapporter la preuve d'un secret qu'il ignorait lui-même.<sup>478</sup>

Néanmoins cette mesure de prévenance envers les assurés, a conduit les assureurs à s'armer d'un excès de prévoyance, en délimitant de manière précise les conditions dans lesquelles

---

<sup>472</sup> L'introduction clandestine définit le vol exécuté par un individu qui s'est introduit sur les lieux en présence de l'assuré pour commettre son forfait, deux variantes sont possibles, soit le vol se produit à l'insu de l'assuré mais en sa présence, soit le vol se produit lorsqu'il quitte les lieux, le voleur se dissimulant sur place jusqu'au départ de l'assuré, moment où le vol est réalisé.

<sup>473</sup> V. H. Groutel, *L'introduction clandestine dans les assurances contre le vol : une garantie à tout faire*, RCA 1989, chron. p. 20.

<sup>474</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 février 1981, la notion d'introduction clandestine n'est plus limitée à la présence concomitante sur les lieux assuré du voleur et de l'assuré, ce qui ne recoupe plus la définition du vol par ruse mais du vol simple.

<sup>475</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 janvier 1984, cet arrêt étend la notion d'introduction clandestine à toutes entrées effectuées dans un but illicite, et donc à chaque fois qu'il y a eu un vol sans effraction.

<sup>476</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 mars 1989, en l'espèce, l'assuré avait lui-même fait entrer les voleurs qui avaient fait usage d'une fausse qualité en présentant sous une fausse identité dans les locaux loués. V. RCA 1989, comm. n° 174 ; RGAT 1989, p. 423, obs. J. Kullmann.

<sup>477</sup> La notion '*d'introduction clandestine*' suppose l'impossibilité d'en rapporter la preuve. Tout assuré qui ignore les manœuvres et les moyens utilisés par les voleurs, est assimilé par les juges, (en l'absence de définition précise dans le contrat), à un vol simple. De ce fait, il n'y a pas lieu en cas d'absence d'effraction, de démontrer les circonstances réelles, de la survenance du sinistre. La seule constatation de l'existence d'un sinistre suffit à justifier du versement de la garantie, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 décembre 1986.

<sup>478</sup> Dans une espèce, des acheteurs mal intentionnés, s'étaient présentés au domicile d'un assuré, et pendant que l'un d'entre eux détournait l'attention de la victime, son complice sous prétexte de se rendre aux toilettes avait volé des bijoux dans sa chambre. Cette forme d'introduction clandestine, est certes survenue au vu et au su de l'assuré, mais au-delà d'une simple négligence, cette décision nous rappelle que l'assuré est avant tout une victime. C'est donc en se fondant sur l'illicéité de l'acte commis, que la mise en œuvre de la garantie sera acquise, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 novembre 1988, D. 1989. 243, obs. J. C. Berr.

pourront être assurés les sinistres réalisés suite à une introduction clandestine<sup>479</sup>. Dans ce cas, la clause liera le juge en application du principe selon lequel le contrat tient lieu de loi entre les parties<sup>480</sup>, et l'assuré sera tenu de démontrer l'existence d'un secret que seuls les voleurs connaissaient pour obtenir la garantie. Quel que soit l'angle envisagé le secret dissimulant les circonstances exactes du sinistre ne peut être appréhendé que par l'esprit qui l'a conçu. Si plusieurs formes de secrets trouvent à s'abriter sous les auspices du sinistre, cette seule déclaration est insuffisante à mettre en jeu la garantie souscrite, l'obligation de l'assureur ne sera envisageable qu'à partir de la déclaration de réalisation du risque qui elle aussi n'est pas exempte de secrets.

**320. Conclusion de la Section 1 :** La survenance du sinistre est propice au secret, c'est le moment où l'assuré prenant toute la mesure de ses obligations contractuelles, tendra sa volonté à l'obtention de la garantie en faisant un usage prohibé du secret. Le secret sera un moyen de faire correspondre son sinistre aux conditions de l'obtention de la garantie. Cet état de fait n'est pas inconnu de l'assureur qui tente de circonscrire le secret en encadrant le risque qu'il s'est engagé à garantir. Le paradoxe est que seul l'assuré de bonne foi sera défavorisé face à toutes ces mesures préventives, notamment si son sinistre s'est réalisé dans des circonstances maintenues secrètes à son égard.

## Section 2 - le secret et la déclaration de réalisation du risque

**321.** Le secret opposé à l'assureur au stade de cette déclaration de risque ne sera pas anodin, car de nature à remettre en cause tout l'équilibre contractuel. Déclarer à son assureur que le risque objet de la garantie s'est réalisé, est une obligation incontournable si l'assuré veut parvenir à l'obtention de la garantie<sup>481</sup>. Les conditions de validité de cette déclaration sont prévues et encadrées tant par le contrat que le législateur et la jurisprudence (**Sous section 1**). Le secret découvert lors de cette ultime déclaration emporte des conséquences de nature à bouleverser tout l'équilibre du contrat et pourra à ce titre être sévèrement sanctionné (**Sous section 2**).

### Sous section 1 - L'influence du secret sur la déclaration de réalisation du risque

---

<sup>479</sup> CA Orléans, ch. civ., sect. 2, 10 septembre 1996, jurisdata n° 047883.

<sup>480</sup> Article 1134 alinéa 1 du Code civil « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

<sup>481</sup> Au cours de cette étude nous maintenons la distinction entre la déclaration de sinistre et de réalisation du risque déjà évoquée supra n° 231.

**322.** La déclaration de réalisation du risque peut se présenter sous plusieurs formes (§1), dont la spécificité est qu'elles comportent des obligations supplétives au contrat permettant à l'assureur de vérifier l'authenticité des déclarations de réalisation du risque de l'assuré (§2).

*§1 - Le secret affectant les diverses déclarations de réalisation du risque*

**323.** L'assureur doit être mis en mesure de vérifier les circonstances du sinistre au plus tôt, afin d'apprécier si son obligation de couverture est bien due. Le contrat peut prévoir différentes obligations déclaratives, devant intervenir à ce moment ultime en fonction de l'objet du risque garanti. Cela permet à l'assureur d'obtenir des renseignements provenant de sources différentes, et de vérifier le contenu de la déclaration de réalisation du risque faite par l'assuré (A). Pour plus d'efficacité, la déclaration est enfermée dans de très brefs délais, pour que soient révélés les secrets entourant le sinistre (B).

A - Le secret anticipé par les déclarations de la réalisation du risque

**324.** La déclaration de réalisation du risque agit comme un filtre, dont la fonction première serait de maintenir le secret hors de la sphère de la garantie due par l'assureur (1). La rigueur de ce formalisme est renforcée par un système de déclarations spontanées, dont l'intérêt est d'ôter toute réflexion favorisant l'élaboration d'un secret par l'assuré (2).

1 - L'objet de la déclaration du risque réalisé

**325.** Conformément au principe déclaratif, toute circonstance entraînant la garantie de l'assureur doit être portée à sa connaissance, cet impératif légal marque l'impossibilité de garder ce fait secret<sup>482</sup>. Cependant, l'article L.113-2 du Code des assurances dont les dispositions sont d'ordre public, ne soumet l'obligation de déclaration à aucun formalisme spécifique. La forme de la déclaration étant libre<sup>483</sup>, cette obligation<sup>484</sup> peut être effectuée par tous moyens<sup>485</sup>, dès que l'assuré a connaissance du risque réalisé, et sans que les modalités du contrat ne puissent y déroger.

---

<sup>482</sup> L'article L. 113-2-4° du Code des assurances impose à l'assuré « de donner avis à l'assureur, dès qu'il en a eu connaissance, et au plus tard dans le délai fixé par le contrat, de tout sinistre de nature à entraîner la garantie de l'assureur ».

<sup>483</sup> Il appartient à l'assuré de se ménager tous moyens de preuves utiles permettant de démontrer qu'il a effectué son obligation. Voir sur ce point L. Mayaux, Rép. Dalloz op. cit. n° 287.

<sup>484</sup> Seules les assurances dommages prévoient dans les conditions générales à l'article 8 paragraphes 1, un formalisme de cette déclaration pouvant être faite soit par écrit par lettre recommandée, soit oralement contre la délivrance d'un récépissé, de telles dispositions favorisant les moyens de se prémunir d'un moyen de preuve.

<sup>485</sup> Cass.1<sup>re</sup> civ., 4 Juin 1945, RGAT 1945, p.151, note A. Besson.

**326.** Néanmoins, la jurisprudence limite le contenu de la déclaration aux connaissances réelles que peut avoir l'assuré du sinistre. Cela suppose que l'assuré ait « à la fois (*conscience*) de l'évènement et de ses conséquences éventuellement dommageables »<sup>486</sup>. L'assuré qui ignorait son sinistre ne pourra être tenu de le déclarer au moment opportun<sup>487</sup>. Mais s'il en a connaissance, la déclaration doit être concomitante à la survenance de l'évènement réputé être connu, et ce tant au niveau de sa réalisation que dans les effets prévisibles. Dès lors, il suffit que le secret porte sur l'une de ces deux conditions cumulatives, pour que l'assuré soit en mesure de se soustraire à son obligation de déclaration.

**327.** En principe, le secret concernant la survenance du sinistre est difficile à cacher, car lié à des faits matériels visibles que l'on ne peut en principe pas ignorer. Le secret sera donc plus simple à alléguer s'il est reporté sur le critère des « effets prévisibles » du sinistre. Il lui suffira d'invoquer l'impossibilité de présager les évolutions ultérieures du sinistre pour excuser son manquement. L'incertitude portant sur la véracité de cette appréciation '*ad futurum*' étant une condition très favorable au secret, d'autres formes de déclarations sont envisageables avant même la confirmation de la survenance du sinistre et donc à titre préventif. Elles présentent l'avantage d'encadrer plus efficacement toute tentative tendant à opposer un secret à l'assureur.

## 2 - La diversité des déclarations spontanées de réalisation du risque

**328.** l'assureur a élaboré une forme de déclaration simplifiée permettant de limiter la déclaration à la seule survenance du sinistre, sans qu'il soit tenu compte de ses « effets prévisibles ». L'assuré placé dans l'obligation de déclarer les faits dont il a connaissance au moment où ils se produisent, aura plus de difficultés à garder secret des faits matériellement vérifiables. Par la suite, ces déclarations de réalisation du risque anticipées, devront être confirmées dès que l'assuré aura connaissance du sinistre et de ses conséquences, ne serait-ce qu'à titre indicatif (a). Cela permet à l'assureur de suivre l'évolution du risque réalisé dès sa survenance, notamment s'il impose la déclaration pour ordre (b).

### *a - Le déclaration de réalisation du risque anticipée*

---

<sup>486</sup> Cass.1<sup>re</sup> civ., 20 Juillet 1942, RGAT 1942, p. 355, note A. Besson ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Octobre 1987, RGAT 1988, p. 108 note R. Bout.

<sup>487</sup> Voir *Ignorance et assurance*, Colloque AIDA, RGDA 1999 .755. C'est ainsi de même qu'une personne placée dans l'impossibilité de se soumettre à son obligation déclarative, du seul fait de l'altération de ses capacités mentales ou physiques ne pourrait se voir reprocher un tel manquement, Cass.1<sup>re</sup> civ., 28 Février 1944, RGAT 1944, p.162 note A. Besson.

**329.** L'assureur peut inclure des clauses spécifiques au contrat, imposant à l'assuré de déclarer « tous les faits pouvant donner lieu à l'application de la garantie »<sup>488</sup>. Tout évènement présentant des similitudes avec les conditions de couverture du risque prévues au contrat, doivent être portées à la connaissance de l'assureur, à charge pour ce dernier de déterminer si sa garantie est engagée. Cette disposition contractuelle présente un intérêt certain en matière d'assurances de responsabilités. Ainsi en cas d'accident, le sinistre pouvait ne pas être encore réalisé dans l'esprit de l'assuré, car en application de l'article L.124-1-1 du Code des assurances<sup>489</sup>, seul le tiers sera en mesure de déterminer si le dommage subi devra être couvert par l'assurance. Cet article n'étant pas d'ordre public, l'assureur pourra aménager contractuellement les modalités de la déclaration anticipée de la réalisation du risque, afin d'être informé sur toutes les circonstances susceptibles d'entraîner sa garantie. Il peut ainsi valablement imposer à l'assuré de lui déclarer le sinistre dès sa survenance, avant que la victime ne lui réclame la réparation de son préjudice.

**330.** Cette prévision contractuelle est conforme à la nature même du risque garanti. Selon Mme Lambert Faivre<sup>490</sup> « c'est le dommage et non la réclamation de la victime qui constitue le sinistre garanti », dès lors, c'est le fait dommageable tel que défini par la jurisprudence, à savoir, l'évènement étant « la cause génératrice du dommage »<sup>491</sup> qui conditionne l'obligation de déclaration anticipée de l'assuré.

Un point de vue partagé par M. Sargos pour qui « cette conception est tout à fait conforme aux dispositions de l'article L.124-1 qui ne définit pas le sinistre comme étant la réclamation de l'assuré : il dispose simplement que s'il y a fait dommageable imputable à l'assuré et prévu au contrat, l'assureur n'est tenu de payer que si la victime réclame quelque chose »<sup>492</sup>. Il est de fait qu'il serait 'tentant' pour l'assuré de garder la circonstance du dommage secrète, notamment dans les cas où la victime ne présente pas de réclamation, dès lors, tout se passera comme si le sinistre n'avait jamais existé. Ainsi l'assureur ne saura jamais que l'assuré avait aggravé son risque en cours d'exécution du contrat.

---

<sup>488</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 Novembre 1965 ; RGAT 1966, p. 502 ; JCP G 1965, IV, 465.

<sup>489</sup> Loi n° 2003-706 du 1<sup>er</sup> Août 2003, modifiant l'article L. 124-1 du Code des assurances, prévoyant que « 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 »

<sup>490</sup> Y. Lambert Faivre, *Le sinistre en assurance de responsabilité et la garantie de l'indemnisation des victimes*, RGAT 1987, p. 197.

<sup>491</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 Mars 1990, RGAT 1990, p. 370.

<sup>492</sup> P. Sargos, *difficultés juridiques posées par la note de couverture et définition du sinistre en assurance de responsabilité*, JCP édition numérique 2005, n° 22452.

**331.** Cette déclaration peut également être étendue à la simple connaissance qu'avait l'assuré des suites indirectes du sinistre. La jurisprudence retient que l'assuré est réputé avoir connaissance des conséquences du sinistre le jour où la victime lui avait fait part de son intention, serait-ce à titre de menace, d'obtenir réparation auprès de son assureur<sup>493</sup>. Ce système de déclaration anticipée trouve également à s'appliquer en assurances accidents corporels. La déclaration doit intervenir au moment de la connaissance du dommage, sans considération des conséquences réelles pouvant ultérieurement intervenir sur l'état de santé de l'assuré<sup>494</sup>. En imposant ces déclarations anticipées l'assureur est en mesure de surveiller l'évolution du risque bien avant sa survenance, et peut ainsi se mettre à l'abri des '*effets de surprises*' créées par le secret, et ce, même si certaines déclarations n'ont qu'une valeur juridique très limitée.

#### *b - La déclaration pour ordre*

**332.** La déclaration dite « pour ordre »<sup>495</sup> est prévue « à toutes fins utiles d'un évènement ou d'un fait dont l'assuré ne sait pas encore s'il va en résulter un sinistre, mais dont il préfère aviser l'assureur, notamment pour se mettre à l'abri de tout reproche de non déclaration »<sup>496</sup>. Cela permet à l'assureur d'être régulièrement informé sur le risque qu'il garanti, en anticipant si besoin était les modalités de son intervention.

Dans les faits, l'assuré aurait des raisons d'occulter la déclaration « pour ordre », et de maintenir le secret sur l'évolution réelle de son risque avant toute survenance du sinistre. Si l'on prenait l'hypothèse d'une assurance de personnes, déclarer la moindre entorse ou une maladie avant même l'existence avérée d'une incapacité, pourrait inciter l'assureur à ne pas renouveler le contrat s'il arrivait à échéance. Dans un tel contexte dévoiler ses secrets trop tôt, à titre de simple avis, pourrait conduire à se priver de garantie<sup>497</sup>. Il est donc plus avantageux de garder le secret et d'attendre que le sinistre soit avéré pour le déclarer.

---

<sup>493</sup> En l'espèce, la victime n'ayant pu obtenir réparation de son dommage, car non pris en charge par sa garantie, avait menacé l'assuré ayant causé le dommage d'obtenir réparation en formant une réclamation auprès de son assureur ; Voir note R. Bout, RGAT 1988, p.108, sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Octobre 1987.

<sup>494</sup> Dans cette espèce une radiographie démontrait l'existence d'une fracture, CA Lyon 2 Octobre 1980 ; Gaz.Pal. 1983.1, somm. 185. En principe, une telle modification du risque laissant présager la couverture de garantie à venir, ne peut être maintenue secrète sous prétexte que la réalité du dommage ne pourra être déterminée qu'après la consolidation de l'état de santé, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 Mai 1976, RGAT 1977, p.190, note A. Besson.

<sup>495</sup> H. Dubout, *la déclaration de sinistre 'pour ordre' en responsabilité civile*, Argus, 1990. p. 816.

<sup>496</sup> H. Dubout op. cit.

<sup>497</sup> D'autant qu'en cas de nouvelle souscription auprès d'un autre assureur, le contrat s'exécutera dans des conditions moins favorables. L'assuré soumis à une déclaration du risque initial, verra cette nouvelle circonstance se répercuter sur le montant de la prime qui en sera plus élevé.

**333.** D'autant que cette déclaration pour ordre est assimilée à un simple usage totalement distinct de la déclaration imposée par le législateur à l'article L. 113-2 du Code des assurances. Il ne pourra être reproché à l'assuré de ne pas avoir procédé à cette déclaration préventive, si ce n'est que d'un point de vue psychologique il se crée dans l'esprit de l'assureur une suspicion de mauvaise foi envers son assuré réticent. Mais il semblerait que le temps de réflexion nécessaire à l'élaboration du secret ne pourra être efficacement neutralisé qu'en enfermant l'obligation de déclaration du risque réalisé dans de très brefs délais.

#### B - Le secret neutralisé par la brièveté des délais de déclaration

**334.** Le secret peut être neutralisé au moment de la réalisation du risque en enserrant l'obligation de déclaration dans de très brefs délais (1) ce qui, paradoxalement incitera l'assuré à contourner cette obligation en dissimulant le moment de la survenance exacte de la survenance du sinistre (2).

##### 1 - Le secret figé par l'obligation de diligence

**335.** L'article L.113-2,4° du Code des assurances, prévoit pour les grandes branches de l'assurance, que l'obligation de déclaration de réalisation du risque doit s'effectuer dans un délai qui « ne peut être inférieur à cinq jours ouvrés ». En principe, les cocontractants restent donc libres de fixer un délai de déclaration de réalisation du risque plus long.

**336.** Mais dans la pratique, la brièveté des délais sera privilégiée en ce qu'elle constitue un sérieux obstacle au secret. L'efficacité de l'intervention de l'assureur sera d'autant plus effective qu'il est informé rapidement de la survenance du sinistre. Cela lui permet de procéder à tout acte utile en vue de déterminer avec précision les circonstances exactes de l'existence du sinistre, et donc de vérifier les déclarations faites par l'assuré qui, pressé par le temps n'aurait en principe pas le temps de travestir la réalité. La brièveté des délais met en évidence toutes les contradictions propres à révéler un secret.

C'est la raison pour laquelle dans certaines situations d'urgence, des dérogations permettent d'enfermer la déclaration de certains sinistres dans des délais bien inférieurs à cinq jours. L'article L. 113-2,4° du Code des assurances prévoit dans son alinéa 2, que « ce délai minimal peut être ramené à deux jours ouvrés en cas de vol et à vingt quatre heures en cas de mortalité du bétail »<sup>498</sup>. Ces deux situations ont en commun la mise en œuvre de procédures faisant intervenir les autorités publiques<sup>499</sup>.

---

<sup>498</sup> L'article L.123-1 du Code des assurances prévoit également de brefs délais en cas de réalisation du sinistre, et s'il reprend le principe des vingt quatre heures en cas de mortalité du bétail, il précise également qu'en cas de grêle, ce délai est réduit à quatre jours.



**337.** En fait, plusieurs délais peuvent trouver à s'appliquer<sup>500</sup>, qu'il s'agisse du délai prévu au contrat, ou de délais bénéficiant d'une dérogation légale<sup>501</sup>, la seule condition étant, sauf disposition législative contraire, qu'ils ne peuvent être inférieur à cinq jours<sup>502</sup>. C'est une réelle obligation pesant sur l'assuré qui ne peut garder le secret sur la survenance du sinistre en le déclarant dans les délais impartis. S'il ne s'y conformait pas, la garantie ne pourra être mise en œuvre<sup>503</sup>.

**338.** Si la déclaration était envoyée hors délai, elle serait dépourvue d'effets, car irrégulière<sup>504</sup>. Le point de départ du délai de déclaration est fixé au jour suivant la connaissance que pouvait avoir l'assuré de l'évènement entraînant la garanti de l'assureur<sup>505</sup>. Elle peut être effectuée par tous moyens, un simple appel téléphonique étant suffisant<sup>506</sup>, mais d'un point de vue probant, ce simple appel devra être corroboré par des attestations<sup>507</sup>. Si elle faite par courrier, seule sera prise en considération la date de l'émission de la déclaration, et non la date de sa réception par l'assureur<sup>508</sup>. De même que l'assuré ne peut différer son obligation sous prétexte

---

<sup>499</sup> C'est ainsi qu'en cas de crises sanitaires, il est impératif de déterminer dans de très brefs délais, si l'épizootie menace la santé et la salubrité publique, et dans l'affirmative d'enrayer l'épidémie. Un tel secret serait de nature à aggraver considérablement la garantie de l'assureur, ce qui justifie que l'assuré ne puisse dissimuler au-delà des vingt quatre heures impartis, tout risque de maladies atteignant son cheptel, ni éviter l'euthanasie de tout son troupeau, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 Février 1953, RGAT 1953, p. 83.

<sup>500</sup> Néanmoins, les assurances sur la vie échappent à cet impératif de délais impartis, l'article L. 113-2,4° l'excluant dans son dernier alinéa « Les dispositions mentionnées ... ne sont pas applicables aux assurances sur la vie ». De même que La commission des clauses abusives (Recommandation n° 2002-3 du 21 Février 2002, BOCCRF 30 Mai 2002, n° 9 p. 373), à propos des clauses contractuelles prévoyant un délai de déclaration du sinistre laissé à la libre appréciation de l'assureur, et insérée dans les contrats d'assurance juridique, sans tenir compte de l'impossibilité de contourner en diminuant par la seule volonté des cocontractants le délai minimal des cinq jours légaux prévus à l'article L.113-2 du Code des assurances. De même que certaines assurances telles que les garanties dommages des travaux de bâtiment bénéficient également d'une dérogation légale, laissant cette fois à la libre appréciation de l'assuré le délai de déclaration de la réalisation du risque. L'article A. 243-1 annexe II, prévoit dans un chapitre consacré aux « obligations réciproques des parties », des clauses types selon lesquelles, non seulement l'assuré n'est soumis à aucun délai de déclaration, mais aussi que l'assureur ne peut contourner ce principe en insérant des clauses contractuelles dont l'objet serait « d'altérer d'une quelconque manière le contenu ou la portée de ces clauses ». Il est de fait qu'en la matière, le secret sur le moment de la survenance du sinistre jouerait en défaveur de l'assuré et non de l'assureur envers qui, le délai écoulé entrerait dans le décompte de la prescription, v. G. Courtieu, *Assurance de dommage à l'ouvrage, la prescription à la recherche d'un point fixe* ; RCA 2000, chr. n°4.

<sup>501</sup> L'article A. 125-1 annexe I, b, 1<sup>er</sup> alinéa du Code des assurances prévoit que les catastrophes naturelles bénéficient d'un délai de trente jours après la publication de l'arrêté ministériel.

<sup>502</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 Octobre 1994, RCA 1994, com. n° 414.

<sup>503</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 octobre 1998, RGDA 1999, p.105, note L. Mayaux.

<sup>504</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 Mai 1984, RGAT 1985, p. 244.

<sup>505</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 Février 1989, RCA 1989, chr. n°14 obs. H.Groutel.

<sup>506</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 Octobre 1984, op. cit.. v. également Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 janvier 2009, n° 08-10.874, en l'espèce, le contrat d'assurance prévoyait un numéro de téléphone spécifique pour les déclarations de sinistre.

<sup>507</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 octobre 1994, RGAT 1994, p. 1126, note L. Mayaux.

<sup>508</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 Février 1989, sur ce point précis, voir RGAT 1989, p. 421 note J. Kullmann.

de l'attente de la confirmation d'une décision administrative<sup>509</sup> ou judiciaire<sup>510</sup> de l'évènement, dès lors que sa seule survenance ne peut être tenue secrète à l'assureur<sup>511</sup>. Le paradoxe d'une telle rigueur est qu'elle renforce le secret dissimulant la date exacte de la survenance du sinistre, en ce qu'il représente la seule possibilité d'obtenir une garantie lorsque les délais de déclaration sont forclos.

## 2 - Le secret ajusté aux périodes de garantie

**339.** L'assuré aura dans certains cas tout intérêt à garder secrète la date de la survenance exacte du sinistre afin d'obtenir la garantie. Toutes les fois que le sinistre est survenu peu après une suspension de garantie pour non paiement, l'assuré sera tenté de déclarer la date de la réalisation du risque au jour où il bénéficiait d'une garantie<sup>512</sup>. Le secret est utilisé pour correspondre aux délais de la couverture de garantie. De même que l'intérêt d'antidater l'évènement permet d'éviter une déchéance liée à une déclaration tardive, notamment en assurance de dommages dont les délais prévus à l'article L.113-2 du Code des assurances, sont très brefs entre vingt quatre heures et cinq jours.

**340.** Le secret peut s'adapter à tous types de contrats. Cependant, la situation sera inverse en assurance de personnes car, c'est en déclarant le plus tard possible le sinistre que l'assuré pourra éviter de se soumettre à certaines vérifications médicales, pouvant laisser apparaître la réalité sur les conditions de survenance du sinistre. Il aura donc tout intérêt à dissimuler la date exacte de la survenance du sinistre mais cette fois, en faisant sa déclaration le plus tard possible afin de bénéficier d'une garantie.

La déclaration de réalisation du risque en tant que dernière phase du processus aboutissant au dédommagement du sinistre est également la dernière 'chance' pour l'assureur de démasquer un secret, et de se soustraire à une obligation à laquelle il ne devrait pas être tenu. Il est alors de son intérêt de mettre en œuvre tous les moyens dont il dispose afin de vérifier la réalité du sinistre dès que la déclaration lui est parvenue.

## *§2 - La vérification des secrets et les conditions de réalisation du risque*

---

<sup>509</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 Octobre 1996, en l'espèce un laboratoire savait que l'autorisation administrative de mise sur le marché d'un produit lui avait été retirée, cependant il gardait ce fait secret dans l'attente de la notification de l'arrêté de suspension, les tribunaux ont retenu que le fait devait être déclaré à l'assureur dès la connaissance de la suspension. Voir RGDA 1997, p. 156, note J. Kullmann.

<sup>510</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 Février 1985, RGAT 1985, p. 245 ; en l'espèce l'assuré avait retardé la déclaration au jour du jugement ayant déclaré sa culpabilité.

<sup>511</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 Février 1989, op. cit. ; Voir RCA 1989, com. n° 161 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 Janvier 1993, RGAT 1993, p. 357, note J. Bigot.

<sup>512</sup> Cass. crim. 11 Mai 1993, RGAT 1993, p. 4, note E. Fortis.

**341.** La réalisation du risque est l'évènement par lequel l'assureur est tenu à son obligation de couvrir le risque garanti, sur un plan chronologique le dédommagement intervient après le sinistre<sup>513</sup>. C'est au moment de cette phase ultime que le secret en matière de risque trouve sa raison d'être en permettant l'obtention d'une prestation induue. À cette fin, est mis en place un nouveau processus de vérification des conditions de réalisation du risque, à l'issue duquel peut survenir la découverte d'un secret (A). Mais si le secret n'était pas mis en évidence par ces différentes procédures, rien ne s'opposera au versement de l'indemnité même induue au titre de la garantie (B).

#### A - La vérification du risque après le sinistre

**342.** Il s'agit pour l'assureur de vérifier avec certitude que le dommage a réellement eu lieu, et que la chose assurée a effectivement subi un sinistre. Étant la partie la plus susceptible de dissimuler l'étendue exact du dommage subi, c'est à l'assuré qu'il incombe de respecter les obligations contractuelles supplétives mises à sa charge par l'assureur (1), afin de prouver la véracité de ses déclarations (2).

#### 1 - Les obligations déclaratives supplétives

**343.** En principe, hormis la prorogation du délai de déclaration, l'article L.113-2,4° du code des assurances, n'envisage aucune obligation supplétive, pour ce qui concerne le contenu de la déclaration de réalisation du risque<sup>514</sup>. Cependant, le contrat peut prévoir des obligations contractuelles directement liées à l'évènement déclaré. Ces aménagements imposent à l'assuré la nécessité de définir le sinistre de manière précise, ou d'effectuer des démarches administratives dès sa survenance.

**344.** Ces obligations contractuelles ne sont pas anodines, et laissent peu de place au secret. L'assureur est en mesure de demander le détail des conditions exactes de la survenance du sinistre et d'utiliser ces éléments afin de limiter sa garantie au strict minimum<sup>515</sup>. Diverses dispositions sont envisageables, le contrat peut prévoir que la déclaration comporte des détails concernant la date, l'heure et le jour exact du sinistre, avec un minimum de précision<sup>516</sup>. C'est un critère reconnu par la jurisprudence qui n'accorde aucune valeur à une déclaration de sinistre imprécise, dont la teneur serait trop « sibylline »<sup>517</sup>.

---

<sup>513</sup> Excepté en assurance vie et en assurance de choses où ces deux notions se superposent.

<sup>514</sup> La déclaration de réalisation du sinistre n'est soumise à aucun formalisme particulier, voir dans ce sens, note R. Maurice, sous l'arrêt, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 Octobre 1992, RGAT 1993, p. 99 ; RCA 1992, comm. n°463.

<sup>515</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 Mars 1991, RGAT 1991, p. 827, note H. Margeat et J. Landel; RCA 1991 comm. n° 262.

<sup>516</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 Mai 1976 ; RGAT 1977, p. 190, pour une déclaration envoyée sous la forme d'une lettre simple ne comprenant ni le lieu ni l'heure de l'accident dont l'assuré demandait la garantie.

<sup>517</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 Janvier 1963, RGAT 1963, p. 473.

**345.** Mais les dispositions contractuelles les plus efficaces, car les plus à même de révéler le secret dissimulé sous une déclaration de sinistre, sont les obligations facultatives, imposées en vue d'effectuer des démarches particulièrement adaptées au contrat souscrit. C'est ainsi que l'assureur peut prévoir une clause contractuelle imposant que la déclaration de sinistre soit accompagnée d'un dépôt de plainte auprès des services de police.

**346.** Avec cette formalité supplémentaire l'assureur peut se rendre le plus rapidement possible sur les lieux du sinistre, pour vérifier si les circonstances du risque entraînent dans le cadre de la garantie, tout en favorisant la recherche immédiate du voleur. Mais comme le souligne un auteur, ce dernier « argument est peu convainquant »<sup>518</sup>. Il semble évident que c'est moins la recherche des voleurs, que la découverte d'un secret opposé par un assuré réticent à avouer la réalité, qui motive l'assureur à lui imposer l'obligation d'un dépôt de plainte auprès des autorités publiques.

Il est de fait que d'un point de vue psychologique, cette démarche est lourde de sens. En effet, mentir aux forces de l'ordre demande plus d'aplomb que le simple envoi d'une missive à son assureur. D'autant qu'une fois sur place, les gendarmes ou les officiers de police judiciaire, seront en mesure de relever des impostures ou des incohérences, de nature à démontrer les manœuvres frauduleuses que sous tendent la déclaration de sinistre. C'est la raison pour laquelle il nous semble que cette obligation est un '*moyen de pression*' pesant sur l'assuré pour le décourager d'opposer ses secrets à l'assureur.

**347.** Sous l'angle du secret, cette condition supplétive prévue au contrat, permet surtout de décourager une catégorie spécifique de '*fraudeurs occasionnels*' qui sensibles à l'adage « l'occasion fait le larron » seraient tentés de garder secret un fait d'apparence anodine, à seules fins de remplir les conditions de garantie. Un simple examen factuel du sinistre par des fonctionnaires de police étant susceptible de révéler le secret, il leur sera plus simple d'abandonner purement et simplement leur tentative d'opposer un secret, et de s'en tenir à la réalité, même si elle n'est pas flatteuse<sup>519</sup>.

---

<sup>518</sup> L. Mayaux, op. cit, Rép. Dalloz n° 285.

<sup>519</sup> En effet, un dépôt de plainte est suivi d'une audition au cours de laquelle toutes les circonstances d'un vol seront dévoilées. Dans une espèce assez originale, un assuré avait contracté une garantie contre le vol d'un véhicule acheté au moyen d'un chèque falsifié. Le vendeur ayant par la suite demandé et obtenu la restitution de son bien, l'assuré-acheteur ne pouvait déclarer le véhicule volé, puisque c'était à la suite d'un accord amiable que le véhicule avait été rendu à son propriétaire initial (Le vol est défini par l'article 311- 1 du Code pénal comme « la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ». Le vol ne peut donc être constitué lors d'une restitution volontaire du bien litigieux. Ce dernier, n'avait pas repris son bien à l'insu de l'assuré qui ne pouvait donc pas prétendre à être indemnisé d'un vol, alors que la restitution du véhicule était certes contrainte, mais volontaire, CA Grenoble, 2<sup>ème</sup> ch. civ. 9 Juin 1998, juris data n° 055992.

**348.** Mais d'un autre côté, une telle prévision contractuelle sera de nature à favoriser l'antériorité de la réflexion chez l'assuré qui préparera avec précision, les circonstances dans lesquelles le vol simulé devra être élaboré et déclaré. L'assuré devra mettre en scène son sinistre pour donner du crédit à son secret<sup>520</sup>. L'obligation d'un dépôt de plainte pourra être anticipée et détournée de sa finalité afin de donner plus de crédit à ses secrets<sup>521</sup>. Néanmoins, ces conditions supplétives de garantie reprennent, du point de vue de l'assureur, tout leur intérêt sous l'angle de l'accès aux éléments matériels qui accompagnent le dépôt de plainte.

## 2 - La preuve matérielle du secret

**349.** C'est d'un point de vue matériel que ces déclarations facultatives prennent tout leurs sens pour l'assureur. Bien plus intéressant que la diminution de la délinquance, ce sont les éléments de l'enquête auxquels il va avoir accès qui conditionnent son intérêt. Il s'agira d'un accès au recueil d'information effectué par les forces de l'ordre, tels que les procès verbaux dressés sur les lieux du sinistre, qui s'avèreront être des documents indispensables pour révéler le secret à l'assureur<sup>522</sup>. Il lui suffira de les étudier et de les comparer au questionnaire initial pour relever toutes anomalies suspectes.

**350.** Dans la pratique, les représentants de l'ordre public, sont très au fait des pratiques et des techniques utilisées en vue de favoriser une escroquerie à l'assurance. Ils sauront faire apparaître tant dans les procès verbaux, que dans les rapports d'enquêtes, toutes les zones d'ombres abritant un secret dans la déclaration de sinistre. Les constatations des services de police et des experts dépêchés par l'assureur, pourront démontrer que la garantie n'était pas due. Dans une espèce, un véhicule retrouvé immergé dans un fleuve, ne présentait aucune trace d'effraction, le démarreur étant intact, et la colonne de direction n'avait pas été forcée. Ces indices démontraient que le véhicule, déclaré voler n'avait pas été conduit mais poussé dans le fleuve, ce qui étant d'un usage peu courant chez les voleurs de véhicules automobiles<sup>523</sup>, faisant indubitablement peser un doute sur les déclarations de l'assuré.

**351.** L'obligation de déclaration facultative, permet à l'assureur, tout en levant le voile de manière opportune sur les secrets de l'assuré, de vérifier que les circonstances dans lesquelles

---

<sup>520</sup> Pour la découverte de tentatives d'escroquerie, (deux espèces) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 Janvier 1980, RGAT 1981, p.196 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 Avril 1989, RGAT 1989, p. 542, note J. Kullmann.

<sup>521</sup> Notamment en cas de vol simulé Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 Avril 1994, RGAT 1994, p. 885, note E. Fortis; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 Octobre 1996, RGDA 1997, p.584, note E. Fortis.

<sup>522</sup> En réalité l'assureur n'aura que très peu l'occasion de se déplacer sur les lieux du sinistre, se réservant cette faculté en matière de grand risque, ou dans des cas spécifique développés supra.

<sup>523</sup> CA Paris, 5<sup>e</sup> ch., sect. A, 24 septembre 1997, juris-data n° 024452. En l'espèce les conditions dans lesquelles était survenu le vol déclaré, semblaient suspectes, mais en l'espèce, les juges ont surtout retenu le comportement curieux de l'assuré pour entériner le refus de garantie.

est survenu le sinistre est conforme aux conditions contractuelles prévoyant la garantie du risque. C'est ainsi, que certaines clauses pourront envisager le vol comme « la disparition du véhicule... portant des traces matérielles d'effraction, notamment à la colonne de direction... », soit, une définition dérogeant du droit commun<sup>524</sup>. Cependant, les résultats d'une enquête ou d'une expertise ne sont pas déterminants et quelques incertitudes pourront subsister sur les secrets entourant le sinistre. Cette insuffisance de preuve constitue un doute raisonnable qui profitera favorablement à l'assuré.

## B - Les conséquences de l'insuffisance de preuve de l'existence du secret

**352.** Si l'assureur ne relève aucune contradiction dans les déclarations de son assuré, ce dernier bénéficiera d'une présomption de bonne foi (1). Le secret non découvert sera d'autant plus à l'abri, que l'assureur devra se soumettre à son obligation de garantie dans les plus brefs délais (2).

### 1 - La présomption de bonne foi

**353.** La preuve matérielle ultime révélant le secret dissimulant une déclaration frauduleuse est illusoire. Et si les déclarations de vérification du sinistre ne suffisent pas à lever le secret de manière absolue sur le secret entourant la déclaration litigieuse, l'assuré sera présumé de bonne foi.

**354.** La démonstration de l'existence ou de l'inexistence du secret pourra indifféremment être déduite des déclarations de l'assuré, du résultat des enquêtes menées, ou des indices précis et concordants. Tous ces éléments pourront être utilisés tant par l'assureur qui suspecte une fraude, que par l'assuré qui assène sa réalité, de manière à la rendre plausible. Cet ensemble de fait permettra, si ce n'est de démontrer la réalité du vol, d'apprécier si les déclarations sont vraisemblables. C'est ainsi qu'il a été retenu concernant le vol d'un véhicule haut de gamme, que « l'assuré n'avait pas d'intérêt à la destruction de son véhicule », soumettant à ce seul élément psychologique et financier l'assureur à son obligation de garantie<sup>525</sup>.

**355.** Les juges faisant application de leur pouvoir souverain d'appréciation ne se contentent pas des résultats de l'enquête, et ne prendront en considération que les indices graves, précis

---

<sup>524</sup> En l'espèce le véhicule immergé ne présentait qu'une direction faussée, condition insuffisante pour mettre en œuvre la garantie, en ce qu'elle ne pouvait être qualifiée de vol non en vertu des critères légaux, mais en considération des critères définis par l'assureur, CA Orléans, ch. civ., sect. 2, 27 mai 1997, juris-data n° 0554431.

<sup>525</sup> CA Colmar, 2<sup>e</sup> civ., sect. A, 12 mars 1998, juris-data n° 046524. Dans cette espèce, le véhicule retrouvé ne présentait aucune trace d'effraction, ce que justifiaient les juges en faisant état des nouvelles méthodes très efficaces permettant de s'emparer du bien sans fracturer les serrures.

et concordants entourant la déclaration de sinistre. En l'absence de preuves tendant à démontrer de manière certaine que les clefs avaient été oubliées dans le véhicule, l'assuré pourra préserver son secret et bénéficier de la garantie<sup>526</sup>. L'insuffisance de preuve sera alors une situation provoquée par la soustraction de tout élément matériel tendant à démontrer l'existence du secret de l'assuré. L'ombre du doute offre un bon abri aux secrets de l'assuré qui sera déclaré de bonne foi. D'autant que le versement de la garantie ne pourra être différé dans l'attente de la démonstration certaine de la mauvaise foi de l'assuré. Dans ces conditions, le secret permettant l'obtention d'une garantie induite s'inscrit dans un facteur temps qui pourra être habilement utilisé à la faveur du secret.

## 2 - Le secret couvert par les délais d'indemnisation du risque garanti

**356.** L'utilisation de la procédure accélérée d'indemnisation peut être observée en assurances de véhicules automobiles, qui prévoient le sort devant être fait aux biens volés, puis retrouvés avant l'expiration du délai de trente jours. Dans ce cas, il appartient à l'assuré de reprendre son véhicule, les frais de remise en état incombant à l'assureur. Mais si le véhicule n'est retrouvé qu'après la période des trente jours, l'assuré bénéficie d'une option, il peut soit reprendre son bien et renoncer à l'indemnité devant être versée, soit le laisser à l'assureur et percevoir l'indemnité prévue.

**357.** Dès lors il pourra sembler opportun d'utiliser le secret afin de favoriser ce choix aux mieux des intérêts de l'assuré. Comme l'obligation du versement de la garantie s'insère dans des procédures d'indemnisation accélérée après la déclaration de réalisation du risque, il suffira, de dissimuler le véhicule déclaré voler, pendant au minimum un mois, délai au cours duquel l'indemnisation a été versée, et à l'issue duquel, l'assureur sera dans l'obligation de garder le véhicule. C'est ainsi qu'un véhicule faisant l'objet d'une déclaration de vol, pourra en réalité être 'délocalisé' à l'étranger, ou simplement placé à l'abri des regards dans le garage d'un voisin ou d'un ami. L'assureur sera systématiquement mis en échec pour révéler le secret, d'autant que ce droit d'option n'est pas subordonné au versement préalable de l'indemnité par l'assureur<sup>527</sup>.

**358.** De plus, dans la droite lignée de la politique de protection des victimes, le législateur a prévu au cours de ces trente dernières années des procédures accélérées du versement de la garantie mise à la charge de l'assureur. S'il est utilisé habilement, et donc si toutes les

---

<sup>526</sup> CA Pau, 1<sup>re</sup> ch., 19 octobre 1994, juris-data n° 049677.

<sup>527</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 janvier 1992, H. Groutel, RCA 1992, chr. n° 12.

procédures de vérification effectuées par l'assureur au cours de ces deux phases cruciales que sont la déclaration de sinistre, et la déclaration de réalisation du risque, le secret permet à l'assuré de bénéficier de la garantie, tout en maintenant l'assureur à distance des conditions de survenance réelles du sinistre. Le secret est présent à différents stades du contrat et sous différentes formes. La difficulté sera de le faire surgir ou tout du moins de le mettre en évidence. Mais si le secret est découvert et avéré, sa seule constatation pèsera de manière irrémédiable sur l'existence même du contrat d'assurance, car chacune de ses formes peut être appréhendée par une sanction spécifique.

## Sous section 2 - La diversité des sanctions applicables au secret portant sur la réalisation du risque

**359.** Le secret immiscé lors de la réalisation du risque garanti, se présente sous des formes si différentes, qu'il faut appréhender toute la complexité des conséquences inhérentes à sa seule existence. Plusieurs régimes de sanctions distinctes sont envisageables, cependant il convient de déterminer quelles sont les dispositions les plus appropriées au secret afin d'en supprimer les effets les plus néfastes d'un point de vue contractuel.

La particularité du contrat d'assurance est d'être régi à la fois par des dispositions de droit commun (§1), et des dispositions dérogatoires particulièrement adaptées au droit des assurances (§2), qui présentent la spécificité de ne pas s'exclure les unes des autres, mais de se compléter, pour faire front commun face au secret.

### *§1 - Les sanctions du secret en application du régime de droit commun*

**360.** Si la sanction généralement encourue par l'assuré qui oppose des secrets, reste la nullité du contrat<sup>528</sup>, l'assureur dispose de plusieurs fondements juridiques pour exercer une action en justice. Les dispositions du droit commun des contrats devraient être suffisantes à sanctionner toutes les formes du secret révélé lors de la réalisation du risque (A). Mais l'assureur bénéficie également d'une action qui, sur le plan pénal encadre le secret au titre d'une infraction spécifique (B).

### A - La diversité des fondements de la sanction du secret en application du droit civil

---

<sup>528</sup> V. infra pour le régime de la nullité n°398 et suiv.



**361.** Le secret découvert au moment de la réalisation du risque peut avoir été opposé à l'assureur à tout moment au cours du processus précontractuel. De par l'effet du principe rétroactif, la sanction pourra de ce fait relever du régime des vices de consentement (1), mais l'application du régime de la preuve du droit commun pourra s'avérer délicate à mettre en œuvre. L'aspect nécessairement occulte du secret relève de la volonté interne de l'assuré qui sera difficile à caractériser. Dans ces conditions, l'assureur aura donc tout intérêt à renverser la charge de la preuve en la reportant sur les épaules de l'assuré (2).

#### 1 - Le secret sanctionné en application du régime contractuel

**362.** Le secret crée une asymétrie en défaveur de l'assureur qui est mis dans l'impossibilité de déterminer les conditions de son engagement. Le secret sera de ce fait de nature à vicier le consentement de l'assureur qui pourra agir sur les fondements prévus en droit des contrats tels que le dol, la nullité, ou la violence (a), de même que le secret pourra être sanctionné du seul fait que sa présence est contraire au principe de la bonne foi requise, ce qui par ricochet pourra vicier les éléments substantiels du contrat d'assurance tels que la cause et l'aléa (b).

#### *a - Le secret et le vice du consentement*

**363.** Si l'on devait reprendre toutes les hypothèses de secrets que nous avons retenues lorsqu'elles portent sur le risque réalisé, nous avons mis en évidence qu'elles pouvaient être élaborées et opposées à l'assureur avant la conclusion du contrat<sup>529</sup>. Ce dernier pourra donc faire valoir un vice du consentement, en application de l'article 1110 du code civil qui vise l'erreur<sup>530</sup>, l'article 1111<sup>531</sup> du code civil qui vise la violence<sup>532</sup>, et l'article 1116 du code civil qui s'applique en cas de dol<sup>533</sup>.

---

<sup>529</sup> V. supra n°237 et suivant pour les hypothèses de sinistre exagéré, prémédité...

<sup>530</sup> L'article 1110 du code civil prévoit expressément à l'alinéa 1<sup>er</sup>, que « l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet ».

<sup>531</sup> L'article 1111 du Code civil prévoit que « la violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation, est une cause de nullité... ».

<sup>532</sup> La violence est le vice de consentement le plus grave, et semble peu approprié au droit des assurances, mais il convient de relever une espèce dans laquelle ce fondement a été retenu par la première chambre contre l'assureur, ce dernier ayant été reconnu coupable de l'« exploitation abusive d'une situation de dépendance économique », Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 avril 2002, D. 2002.1860 note Gridel et Chazal. Cet arrêt s'inscrit dans la droite lignée jurisprudentielle de la contrainte économique pour laquelle de telles pratiques représentent une « violence et non une lésion » exercée au détriment de l'assuré pour obtenir son consentement contre sa volonté. Mais cela reste un fondement rarement utilisé, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 mai 2000, JCP G 2001, II, n° 10461note G. Loiseau ; RGDA 2000, p. 846, note Ph. Rémy.

<sup>533</sup> Selon l'article 1116 du Code civil « le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. »

**364.** À priori, le dol semble inapproprié pour fonder une action tendant à sanctionner le secret. Cependant, un auteur<sup>534</sup> relève un cas pour lequel « l'appel à ce texte (*l'article 1116 du Code civil*) peut s'avérer secourable pour l'assureur éprouvant quelque difficulté à établir que les fausses déclarations de l'assuré, ou la réticence de celui-ci, ont pu modifier le risque garanti »<sup>535</sup>. En l'espèce, les juges n'avaient pas reconnu la fausse déclaration de l'assuré (qui avait pourtant gardé le secret sur les éléments les plus importants de son risque afin d'obtenir un tarif préférentiel), du seul fait que de tels secrets ne pouvaient modifier l'opinion que se faisait l'assureur du risque. C'est donc sur le deuxième moyen, fondé sur les manœuvres dolosives ayant vicié son consentement, que l'assureur a obtenu gain de cause et par la même la nullité du contrat d'assurance, « Le droit commun du dol s'est révélé ici un utile complément du droit spécial du contrat d'assurance »<sup>536</sup>.

**365.** De manière générale, la difficulté d'application de ces différents fondements de droit commun, est liée au caractère occulte du secret, qui étant ignoré du cocontractant, constitue certes un vice de consentement, mais qui impose à l'assureur de démontrer qu'il n'aurait pas contracté s'il avait eu connaissance des conditions réelles de son engagement. Cependant, tous les secrets de l'assuré ne seront pas susceptibles de peser sur l'opinion que pouvait se faire l'assureur du risque qu'il s'engageait à garantir. De même que certains secrets pourront légitimement être opposés à l'assureur, voire être ignorés de l'assuré lui-même, et ne pourront donc être constitutifs d'un vice de consentement, dont l'application commande la volonté non équivoque de tromper son cocontractant.

**366.** Le principal obstacle à la reconnaissance de manœuvres dolosives est que face au secret, selon l'article 1116 alinéa 2 du Code civil, le vice de consentement ne se présume pas. Tout est question de preuve, et prouver l'existence d'un fait occulte reste très aléatoire. Mais une fois que l'existence de manœuvres maintenues secrètes sera démontrée, cette simple constatation entraînera la nullité du contrat pour vice de consentement.

Au-delà du consentement libre et éclairé des cocontractants, le secret emporte aussi des effets irrémédiables sur la relation d'assurance, s'il viciait les éléments substantiels du contrat d'assurance.

#### *b - Le secret et les éléments substantiels du contrat d'assurance*

---

<sup>534</sup> R. Bout « *les vices du consentement et droit du contrat d'assurance* » in Mélanges offerts à Jean Luc Aubert.

<sup>535</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 avril 1997, RGDA 1997, p.733, note L. Mayaux.

<sup>536</sup> L. Mayaux, op. cit.

**367.** Le secret est un élément de nature à vicier la relation contractuelle en ce qu'il porte sur les éléments qui fondent la substance du contrat d'assurance, tel que l'obligation de loyauté et de bonne foi ( $\alpha$ ) ou l'aléa ( $\beta$ ).

### **$\alpha$ - Le principe de l'obligation de loyauté et de bonne foi**

**368.** Selon l'article 1134 du Code civil<sup>537</sup>, en acceptant de contracter, le souscripteur s'engage à informer loyalement l'assureur de l'étendue du risque garanti, de ses modifications, mais aussi des conditions réelles de sa survenance. Tout ce qui relève du risque faisant l'objet de la garantie intéresse l'assureur qui doit être maintenu informé de son état et de son évolution tout au long de l'exécution du contrat. Cette obligation relève de la bonne foi contractuelle.

**369.** La bonne foi ne s'arrête pas au moment de la phase de souscription du contrat, selon l'article 1135 du Code civil<sup>538</sup>, cette obligation persiste tout au long de la durée de vie du contrat. Pour l'assureur, l'intérêt de fonder une action sur la bonne foi est qu'il n'aura pas à caractériser le secret. En effet, l'assureur n'est pas tenu de démontrer en quoi le secret pouvait influencer ou modifier l'opinion qu'il se faisait du risque garanti, il lui suffit de démontrer qu'il n'aurait pas contracté, ou, qu'il aurait accepté de contracter dans des conditions différentes, s'il avait eu connaissance de l'existence d'un secret.

**370.** Dans ces conditions le secret relève d'une violation de l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi. Dès lors, tout fait concernant le risque maintenu secret, dans le but de tromper l'assureur en faisant de fausses déclarations sur les circonstances exactes du sinistre, est de nature à remettre en cause la validité de l'engagement de l'assureur<sup>539</sup>. Ce dernier pourra obtenir la déchéance<sup>540</sup>, la résiliation ou la résolution du contrat, des sanctions qui trouveront également à s'appliquer si le secret vicie l'aléa qui constitue la cause impulsive et déterminante des cocontractants lors de la conclusion d'un contrat d'assurance.

### **$\beta$ - L'absence de cause et la suppression de l'aléa**

**371.** Le secret portant sur un risque que l'on sait déjà réalisé ou inexistant, supprime l'aléa<sup>541</sup> notion fondamentale du contrat d'assurance, selon l'article 1964 du Code civil<sup>542</sup>. L'existence d'un aléa caractérisé par un événement incertain, est une condition de validité du contrat

---

<sup>537</sup> L'article 1134 prévoit à l'alinéa 1, que « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » et à l'alinéa 3 que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi ».

<sup>538</sup> L'article 1135 précise que « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

<sup>539</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 juillet 2001, n° 98-19.026.

<sup>540</sup> V. supra le régime de la déchéance n°220.

<sup>541</sup> L'article 1104 du Code civil qui définit l'aléa, prévoit dans son alinéa 2, que « Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire ».

auquel est soumis chaque cocontractant. En ignorant qu'il s'engageait en l'absence de toute contrepartie, puisque le risque objet de la garantie était en réalité inexistant, l'obligation de l'assureur était dépourvue de cause, et le contrat selon l'article 1131 du Code civil<sup>543</sup> serait sans objet.

**372.** Pour être valablement évoquée, l'absence de cause que dissimule le secret de l'assuré, doit porter sur un fait qu'il ne pouvait ignorer<sup>544</sup>. Le secret doit revêtir les critères d'un fait volontairement occulté<sup>545</sup> dont la finalité serait de fausser le caractère aléatoire du contrat d'assurance. Le secret est plus accessible, car plus simple à démontrer puisqu'il porte sur l'existence même de l'évènement incertain caractérisant le risque, la nullité du contrat est encourue par l'assuré du seul fait de l'absence d'un aléa.

**373.** Dans l'ensemble, il semblerait que les dispositions du régime de droit commun des contrats, présentent de sérieuses difficultés d'applications liées à l'obligation de rapporter des éléments de preuve irréfutables de l'existence du secret. Le secret ne peut être simplement évoqué ou suspecté, il doit être prouvé et démontré avec certitude par l'assureur qui n'hésitera pas à user de moyens purement juridique pour contourner cette difficulté.

## 2 - Le secret et le renversement de la charge de la preuve

**374.** Le secret portant sur toutes les obligations déclaratives concernant le risque ne se présume pas. Tout ce qui est vicié par le secret doit être prouvé par l'assureur. Une telle démonstration relève du domaine de l'impossible, mais l'assureur va habilement tirer parti des règles de procédures civiles afin d'opérer un renversement de la charge de la preuve en sa faveur, et ainsi obliger l'assuré de démontrer la réalité du risque réalisé (a). Un avantage que l'assureur saura renforcer durablement, en insérant une clause conventionnelle reportant systématiquement le fardeau de la charge de la preuve sur les épaules de l'assuré et ce, même s'il bénéficie d'une présomption de bonne foi (b).

### *a - Le renversement procédural de la charge de la preuve*

---

<sup>542</sup> Selon l'article 1964 du Code civil, « le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un évènement incertain. Tels sont : le contrat d'assurance... ».

<sup>543</sup> L'article 1131 du Code civil définissant la cause, stipule que « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet. ».

<sup>544</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 novembre 2003, n°01-14.942, RGDA 2004, p. 949, note J. Kullmann. Voir cependant une décision ayant retenu l'ignorance de l'assuré, (qui n'avait pas connaissance d'être atteint d'une sclérose en plaque) comme de nature à vicier l'aléa pesant sur le contrat d'assurance ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juin 2001, RGDA 2001, p. 675, note J. Kullmann.

<sup>545</sup> CA Paris, 15 février 1957, JCP 1958, II, 10418, note D.B.

**375.** Devant l'incertitude créée par le secret, l'assureur peut toujours émettre des doutes sur le contenu des déclarations faites. D'autant qu'il n'est pas tenu de se contenter des déclarations qui lui sont transmises, même si elles paraissent conformes. Mais s'il soupçonne que les circonstances du risque sont viciées par le secret, il devra le prouver. Une telle difficulté n'est pas à sous-estimée, car mettre à jour un fait ou une information dissimulée dans l'esprit de son cocontractant relève au mieux d'une simple gageure, au pire d'une vue de l'esprit, mais dans tout les cas l'assureur sera face à la '*probatio diabolica*'. Néanmoins, il sera en mesure de retourner la situation à son avantage en renversant la charge de la preuve.

**376.** Selon le droit commun des contrats, la charge de la preuve relève de l'application de l'article 1315 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, selon lequel « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ». En fonction de la stricte application de ce texte, si l'assureur a un doute sur l'existence d'un secret pesant sur le contrat, il lui suffira de refuser sa garantie en ne la versant pas, dès lors, l'assuré mis dans l'obligation d'attirer son assureur devant les tribunaux devra démontrer le bien fondé de sa demande. Un mécanisme décrit par MM. Picard et Besson, qui selon « les règles ordinaires de la preuve, celui qui réclame la prestation d'assurance est tenu de prouver à la fois la réalisation du risque... et les conditions dans lesquelles celui-ci s'est produit... ».<sup>546</sup> . L'assuré pour obtenir gain de cause, devra prouver qu'il ne pesait aucun secret sur la relation d'assurance.

**377.** Dès lors, il ne fait aucun doute que l'inertie de l'assureur conditionne le report de la charge de la preuve sur l'assuré, à qui il appartient de démontrer la réalité du sinistre, et les circonstances précises dans lesquelles il s'est produit. Face à cette difficulté, la bonne foi de l'assuré pourra néanmoins être retenue, s'il a loyalement collaboré aux démarches prévues contractuellement, notamment lorsqu'elles imposent des démarches administratives, tel qu'un dépôt de plainte. C'est donc souvent face à l'assuré de bonne foi, que l'assureur sera mis en difficulté, mais là encore, l'assureur sera en mesure d'opérer un renversement de la charge de la preuve en sa faveur par le biais d'une simple insertion de clauses au contrat.

#### *b - Le renversement conventionnel de la charge de la preuve*

**378.** En principe en l'absence de preuve démontrant l'existence du secret, la présomption de bonne foi est acquise en faveur de l'assuré, qui s'est plié de bonne grâce à toutes les obligations préventives et supplétives prévues au contrat. Face à l'assuré présumé de bonne foi l'assureur est confronté à la résurrection de la *preuve diabolique* car prouver l'existence d'un secret alors que les faits matériels tendent à démontrer son inexistence relève d'une

---

<sup>546</sup> Op. cité. « *Traité général des assurances terrestres* », T.I, LGDJ 1938, n°210 p. 433.

impossibilité de fait. Mais cette situation pourra également être contournée, en amont, par l'insertion de clauses spécifiques dans le contrat d'assurance.

**379.** En effet, les dispositions de l'article 1315 du Code civil n'étant pas d'ordre public, sont d'une application supplétive. Il sera donc possible à l'assureur de prévoir un aménagement conventionnel de la charge de la preuve avec « des clauses qui indiquent ce que l'assuré doit prouver et comment il devra le prouver »<sup>547</sup>. Cependant, dans une espèce récente, les juges ont retenu que la preuve du sinistre était libre, et ne pouvait de ce fait être limitée au moyen de clauses conventionnelles. Cette décision, prononcée au visa des articles 1315 du Code civil, et de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme<sup>548</sup>, n'a pas manqué de susciter la désapprobation des commentateurs les plus avisés qui constatent que l'« allègement du fardeau de la preuve mis sur les épaules de l'assuré »<sup>549</sup> aurait tendance à se réduire à une peau de chagrin.

**380.** En réalité, il semblerait que cet arrêt formule « une critique sous jacente des conditions de la garantie ... (*dont le contenu est*)... implicitement excessif. »<sup>550</sup>. Il est de fait qu'en matière de secrets, seul l'assuré détient les clefs de l'énigme pesant sur les conditions de survenance réelles du sinistre. Cependant, en mettant à sa charge par le biais de clauses conventionnelles le fardeau de la preuve, mais aussi le contenu des éléments devant constituer la preuve requise, l'assureur se ménage certes un moyen efficace de se prémunir du secret, mais en restreignant de manière trop significative le champ d'action de l'assuré. Ce dernier est mis dans l'impossibilité de prouver sa bonne foi si les seuls éléments dont il dispose étaient rejetés par avance. Cependant, même si en principe c'est « à l'assureur qu'il revient de prouver l'existence de la fraude... (*alors*) ... que la démonstration de faits positifs est bien difficile »<sup>551</sup>, il pourra échapper à cette position délicate en opposant au secret un refus de garantie, ou en insérant des clauses qui auront pour effet de reporter systématiquement la charge de la preuve sur les épaules de l'assuré.

---

<sup>547</sup> J. Kullmann, *de l'aménagement contractuel de la preuve du vol à la liberté de la preuve du sinistre... la Convention Européenne des Droits de l'Homme à l'assaut du contrat d'assurance*, note sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 mars 2004, n° 03-10.154, RGDA 2004, p. 561.

<sup>548</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 mars 2004, n° 03-10.154, en l'espèce, il s'agissait d'un vol, l'assuré n'avait plus retrouvé son véhicule à l'endroit où il avait été garé, et n'avait produit ni la preuve du sinistre, ni d'explications sur les conditions de survenance du sinistre. Voir RGDA 2004, p. 561. note J. Kullmann, op. cit

<sup>549</sup> J. Kullmann op. cit.

<sup>550</sup> D. Noguero *Liberté de la preuve du sinistre ou conditions du jeu de la garantie vol ? a propos d'un arrêt de la deuxième chambre civile de la cour de cassation du 10 mars 2004*, RCA 2004. 9, p. 11.

<sup>551</sup> « *Traité de droit des assurances* », T.III, Le contrat d'assurance, n° 1437 p. 1037, op. cit.

Néanmoins, lorsque le domaine d'action de l'assureur, en butte avec la preuve du secret de son assuré, lui semble trop restrictif au civil, il lui sera possible d'appréhender le secret en exerçant une action sur le plan pénal.

## B - La spécificité du fondement de la sanction du secret en application du droit pénal

**381.** Le secret opposé à l'assureur dans le cadre de la déclaration de réalisation du risque est également passible d'une sanction pénale s'il répond aux critères de l'infraction d'escroquerie à l'assurance. La spécificité du droit pénal est qu'il appréhende le secret à travers la théorie de l'*iter criminis*<sup>552</sup> qui permet d'envisager deux qualifications possibles en fonction des effets réels du secret sur le versement de la garantie. Si l'assuré a perçu l'indemnisation à la seule faveur du secret, nous sommes face à une escroquerie à l'assurance (1), mais s'il s'est contenté de maintenir le secret sur les circonstances de la réalisation du risque, sans demander la garantie due par l'assureur, il sera passible de tentative d'escroquerie à l'assurance (2).

### 1 - L'escroquerie à l'assurance

**382.** Le législateur prévoit au sein de l'arsenal répressif, une infraction spécifique pouvant être mise en œuvre par l'assureur en cas de secret opposé sous la forme d'omissions ou de fausses déclarations intentionnelles. Si l'assuré a maintenu volontairement le secret sur les conditions réelles de la survenance du sinistre, il sera passible du délit d'escroquerie à l'assurance réprimé à l'article L.313-1 du Code pénal<sup>553</sup>. Le délit sera constitué si l'assuré a maintenu des secrets à l'assureur en vue de prétendre à l'exécution d'une obligation contractuelle au moyen d'une mise en scène, par l'usage d'une fausse qualité, ou de tous moyens frauduleux permettant de rendre vraisemblable le secret. Mais il faut également que l'acte opérant obligation, tel que le versement de l'indemnité ou de la prestation prévue au contrat, cause un préjudice à l'assureur.

---

<sup>552</sup> Le cheminement criminel, qui « peut être décomposé en trois stades. Le premier, uniquement psychologique, consiste dans l'idée du crime, dans le désir de le commettre et dans la résolution de l'accomplir. Le second est constitué par des actes préparatoires, c'est-à-dire par des agissements extérieurs, mais sans relation directe avec la consommation du crime (achat d'une arme, étude des lieux... Enfin le troisième stade est celui de l'exécution, de la consommation, du passage à l'acte. » J. Pradel « *Droit pénal général* » éd. 2000- 2001, manuels Cujas, n° 382, p.343. En transposant ce principe en droit des assurances, nous pourrions retenir la consommation de l'infraction lorsque le secret est élaboré en pensée, avant d'être imposé à l'assureur par l'effet déclaratif, afin d'obtenir le versement de la garantie.

<sup>553</sup> L'article L. 313-1 du Code pénal prévoit à l'alinéa 1<sup>er</sup> que « l'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique, ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge. ».

**383.** En application des principes directeurs du droit pénal il faut caractériser l'élément intentionnel<sup>554</sup>, l'élément matériel<sup>555</sup>, et l'obtention de la garantie prévue au contrat. C'est la réunion de ces trois éléments<sup>556</sup>, qui constitue le délit. Cependant si la remise envisagée au préjudice de l'assureur n'aboutit pas, les secrets de l'assuré une fois découverts ne resteront pas impunis, et seront passibles de sanction au titre du délit de la tentative d'escroquerie.

## 2 - La tentative d'escroquerie

**384.** La tentative caractérise le commencement d'exécution du délit d'escroquerie<sup>557</sup>. C'est l'hypothèse selon laquelle tous les actes préparatoires sont mis en place, mais l'assureur alerté par le rapport de police ou par des incohérences relevées dans la déclaration de sinistre suspend sa garantie et ne verse pas le montant des indemnités réclamées. L'assureur ne subit pas de préjudice, mais le comportement de l'assuré démontre une volonté affirmée de tromper son cocontractant dont seule la méfiance a permis d'empêcher la consommation de l'infraction. La tentative d'escroquerie est punissable au titre de l'article 313-3 du Code pénal selon lequel « la tentative (d'escroquerie) est punie des mêmes peines... » qu'une escroquerie consommée. Cela signifie que même si l'escroquerie n'aboutit pas, l'assuré sera passible de sanction au même titre que si l'escroquerie avait produit tous ses effets<sup>558</sup>.

---

<sup>554</sup> L'élément intentionnel est une condition requise par l'article 121-3 du Code pénal au titre des principes généraux directeurs du droit pénal prévoyant qu'« il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ». L'élément intentionnel ne doit faire aucun doute quand il est question de secret. Le secret ne sera caractérisé que s'il se présente sous la forme d'un fait volontairement omis, tendant à tromper l'assureur. Un simple mensonge, (alors qu'en l'espèce le mensonge était pourtant avéré car confirmé dans un écrit), Cass. crim., 1<sup>er</sup> juin 2005, n° 04-87.757; Ou une omission involontaire sera insuffisante à caractériser le délit s'il n'est pas conforté par l'usage de manœuvres Cass. crim., 7 mars 1996, n° 95-85.203.

<sup>555</sup> L'élément matériel recouvre toutes nos hypothèses de secrets mises en évidence tant au moment de la survenance du sinistre : pour une surévaluation du matériel prétendu volé à l'étranger, Cass. crim., 19 septembre 1990, n° 89-86.890 ; un faux certificat de marquage des vitres d'un véhicule, Cass. crim., 22 février 1996, Dr. Pénal 1996, note Veron n° 184 ; la production de pièces étrangères au risque assuré, Cass. crim., 26 novembre 1990, n° 90-80.778 ; la production de faux document laissant supposer la réalité de l'achat du bien faisant l'objet de la garantie, Cass. crim., 23 mars 1992, n° 90-87.583 ; la survenance d'un incendie volontaire, Cass. crim., 1<sup>er</sup> juin 1994, n° 93-83.382. Mais aussi la fausse déclaration du sinistre : telle qu'une fausse déclaration de vol de bijoux, Cass. crim., 1<sup>er</sup> juin 1992, n° 91-82.740 ; un faux constat amiable, Cass. crim., 11 mai 1993, n° 92-82.612 ; une déclaration de vol pour des objets retrouvée avant le versement de l'indemnité, Cass. crim., 3 octobre 1996, n° 95-84.895.

<sup>556</sup> Il s'agit du secret (les mensonges ou les fausses déclarations), des manœuvres (matérialisées par la déclaration de réalisation du risque) et de la demande du versement de la garantie.

<sup>557</sup> L'article 121-5 du Code pénal prévoit que « la tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. ».

<sup>558</sup> Le droit pénal caractérise très précisément les différentes phases de ce que l'on appelle « le cheminement criminel » et distingue les actes préparatoires de l'escroquerie qui étant éloignés du délit ne seront pas sanctionnés, telle que la simple souscription d'une assurance ; et le commencement d'exécution qui à pour conséquence directe et immédiate de consommer le délit et qui pourra caractériser la tentative. Au-delà des discussions doctrinales pénalistes concernant le moment exact de la constitution du délit cette qualification de tentative ne s'est pas immédiatement imposée pour sanctionner les escroqueries à l'assurance quand la remise de l'indemnité induite n'avait pas eu lieu, ou que le délit avait été manqué de manière involontaire, ce qui est le cas lorsque l'assureur découvre la fraude avant de verser l'indemnité, et donc avant que l'infraction n'ait été réalisée.



**385.** Mais toutes les circonstances de sinistres volontaires ne relèveront pas de la tentative d'escroquerie. Le propriétaire d'un véhicule automobile, d'un bien mobilier ou immobilier, bénéficie de tous les attributs attachés à la propriété qui accorde « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements. »<sup>559</sup>. Un assuré pourra librement décider de détruire ses biens, mais à la seule condition qu'il s'engage de manière irrévocable à ne pas demander l'indemnité prévue au contrat. Certes, la demande d'indemnisation ne caractérise pas la tentative d'escroquerie, mais il suffit que la déclaration de sinistre soit fautive pour que l'assuré encoure des sanctions pénales<sup>560</sup>.

**386.** La réelle difficulté soulevée par le délit de la tentative d'escroquerie est mise en évidence au regard de la prescription pénale. Le régime de la tentative suit celui de l'infraction principale, et l'escroquerie étant une infraction instantanée, la prescription ne commencera à courir qu'à compter du jour de l'obtention du versement de la garantie indue. La prescription ne court pas contre l'assuré qui aura tenté d'escroquer l'assureur, faute d'avoir obtenu la remise de la garantie. Ce régime laisse « apparaître que la situation de l'assuré ayant renoncé à son projet initial est moins bonne que celle de l'individu qui a l'outrecuidance de réclamer une indemnisation à son assureur »<sup>561</sup>. En effet, l'infraction de la tentative d'escroquerie est insusceptible d'être éteinte par l'écoulement du temps, faute d'avoir été consommée. Telle une épée de Damoclès, l'assureur est en mesure, même plusieurs années après les faits, de porter plainte contre l'assuré, qui lui avait opposé des secrets sur les conditions exactes de la réalisation du risque.

**387.** Avec l'infraction d'escroquerie ou de tentative d'escroquerie, le droit pénal apporte une réponse répressive aux secrets imposés à l'assureur au moment de la réalisation du sinistre. Cette faculté présente l'avantage de dissuader les « fraudeurs d'occasion » qui pourront être très lourdement sanctionnés sans même obtenir le versement escompté. Mais le régime de ces deux infractions présente cependant le désavantage d'inciter les assurés les plus audacieux ou les plus téméraires, à maintenir leurs secrets d'autant plus cachés qu'il n'est fait aucune

---

Le problème juridique était centré sur la phase précédant la remise de l'indemnité indue. Suffisait-il de déclarer le sinistre, ou fallait-il demander à l'assureur qu'il exécute sa prestation pour que la tentative d'escroquerie soit constituée ? La jurisprudence retient que la simple « déclaration à la compagnie d'assurance d'un accident fictif... » était constitutive de la tentative d'escroquerie, Cass. crim., 14 Juin 1977, D. 1978.127.

<sup>559</sup> Article 544 du Code civil.

<sup>560</sup> Les manœuvres frauduleuses seront caractérisées si un dépôt de plainte, destiné à donner du crédit à un vol fictif est déposé Cass. crim., 8 septembre 2004, n° 03-85.009 ; ou si une expertise est demandée Cass. crim., 10 Mai 1990, n° 89-81.772 ; De même que toutes les formes de sinistre volontaire seront sanctionnées de tentative d'escroquerie, tel qu'un incendie volontaire Cass. crim., 1<sup>er</sup> Juin 1994, n° 93-83.382.

<sup>561</sup> *Traité de droit des assurances*, T.III, Le contrat d'assurance, n°1435, p.1036.

distinction entre la répression de l'infraction consommée et seulement tentée. Pour l'assureur le risque est réel car conscients des risques encourus, les assurés auront tout intérêt à être mieux organisés en préparant méticuleusement leurs escroqueries, et à aller au bout de leur démarche, notamment en se prémunissant de moyens de preuves qu'il sera difficile à renverser<sup>562</sup>.

**388.** D'autre part le droit pénal est difficilement conciliable avec l'aspect commercial de l'activité d'assurance. La répression systématique du secret s'adapte mal avec l'attractivité du produit d'assurance, même si très peu d'assurés prévoient au moment de la souscription d'assurance de maintenir des secrets sur la déclaration de sinistre. Il n'est pas ici question de remettre en cause l'utilité de l'arsenal répressif mis à la disposition de l'assureur, car indispensable pour sanctionner des assurés multirécidivistes en matière d'escroquerie à l'assurance, mais simplement de constater que la sanction de certains secrets pourraient trouver une réponse plus adaptée au profil de l'assuré et des incidences réelles qu'emporte le secret sur le contrat d'assurance.

## *§2 - La spécificité du régime de la sanction du secret en droit des assurances*

**389.** Le droit des assurances s'est forgé des outils parfaitement adaptés à toutes les hypothèses de secret, nous laissant penser que ce contrat spécifique s'est construit en fonction du secret. Cette impression est renforcée du seul fait que ce régime de sanction s'applique « indépendamment des causes ordinaires de nullité »<sup>563</sup> du droit des contrats.

Plusieurs dispositions législatives permettent non seulement de définir et de limiter les implications du secret dans la relation d'assurance en fonction du comportement de l'assuré (A), mais aussi de sanctionner de manière efficace et rationnelle les secrets de nature à vicier irrémédiablement toute la relation d'assurance (B), tout en accordant à l'assureur la possibilité de faire abstraction du secret au bénéfice de la préservation de la relation contractuelle (C).

### A - Le secret sanctionné en fonction du comportement de l'assuré

**390.** Le secret altère irrémédiablement la réalité du risque réalisé, mais plutôt que de se perdre en vaines conjectures sur les mobiles et l'opportunité du secret, le droit des assurances contourne la difficulté en définissant le secret en fonction du comportement de l'assuré qui

---

<sup>562</sup> Nous pouvons imaginer l'intervention d'un tiers absolu pour détruire le bien assuré et de l'éloignement volontaire de l'assuré qui aura pris soin de partir en voyage au même moment. Cela demande une plus grande préparation du sinistre mais cette hypothèse permet difficilement de prouver la collusion entre l'assuré et le tiers et par la même de retenir le délit d'escroquerie, même au niveau d'une simple tentative. V. supra n°786.

<sup>563</sup> Article 21 de la loi du 13 juillet 1930 codifié actuellement à l'article L.113-8 du Code des assurances.

sera apprécié en application des critères de la bonne ou de la mauvaise foi (1), car seuls les secrets de ce dernier seront susceptibles d'être sanctionnés (2).

## 1 - La distinction légale de la bonne et de la mauvaise foi

**391.** Ne pas révéler la réalité du risque garanti par de fausses déclarations ou par omission est un comportement prévu par le législateur et sévèrement sanctionné, mais seul le contrat de l'assuré de mauvaise foi sera passible de la nullité (b), l'assuré de bonne foi pourra bénéficier d'un aménagement de son contrat (a).

### *a - L'aménagement du contrat accordé à l'assuré de bonne foi*

**392.** Une distinction très nette est faite entre l'assuré ayant opposé des secrets malveillants à son assureur, et celui qui ne pouvait pas satisfaire à ses obligations déclaratives de manière involontaire, ce qui recouvre toutes nos hypothèses de secrets légitimement ignorés, inconnus ou méconnus<sup>564</sup>. Face au secret opposé de bonne foi, l'assuré n'encourt pas la nullité de son contrat<sup>565</sup>. Cette bienveillance accordée à l'assuré de bonne foi, est renforcée par le législateur qui prévoit soit un réaménagement spécifique des relations contractuelles, soit la résiliation du contrat, mais assortie de la restitution des primes considérées perçues indument par l'assureur<sup>566</sup>.

**393.** Selon l'article L.113-9 du Code des assurances, « l'assuré dont la mauvaise foi n'est pas établie n'entraîne pas la nullité de l'assurance ». La particularité du principe de la bonne foi est qu'il est fondé sur une présomption simple. Ce n'est que s'il ne peut être retenu de secret '*malveillants*' à la charge de l'assuré lors de ses obligations déclaratives, que ce dernier sera réputé être de bonne foi. Le secret sera susceptible de revêtir les critères de la bonne foi contractuelle toutes les fois que l'assureur ne parvient pas à démontrer la mauvaise foi de l'assuré, mais aussi lorsque les omissions justifiées par une simple ignorance. Les omissions involontaires caractérisent la bonne foi de l'assuré<sup>567</sup>.

C'est en cela que le secret constitue le point de rupture du régime de la sanction dans la relation d'assurance. S'il est établi que le secret avait été opposé de manière volontaire, afin

---

<sup>564</sup> Il s'agit de tous les secrets qui ne modifient pas l'opinion que pouvait se faire l'assureur du risque souscrit, v. supra n°152 et suivant.

<sup>565</sup> L'article L. 113-9 précise que « l'omission ou la déclaration inexacte de la part de l'assuré dont la mauvaise foi n'est pas établie n'entraîne pas la nullité de l'assurance ».

<sup>566</sup> Article 113-9 alinéa 2 du Code des assurances, ainsi, face à l'omission « constatée avant tout sinistre, l'assureur a le droit soit de maintenir le contrat, moyennant une augmentation de la prime...soit de résilier le contrat... en restituant la portion de la prime payée pour le temps où l'assurance ne court plus. ».

<sup>567</sup> Cependant même de bonne foi, l'assuré encourt la sanction prévue à l'article L. 113-9 du Code des assurances qui prévoit que « Dans le cas où la constatation n'a eu lieu qu'après sinistre, l'indemnité est réduite en proportion du taux des primes payées par rapport au taux des primes qui auraient été dues si les risques avaient été complètement et exactement déclarés ».

de modifier l'opinion que l'assureur pouvait se faire du risque garanti, sa seule constatation suffit à caractériser la mauvaise foi de l'assuré.

*b - La nullité du contrat encourue par l'assuré de mauvaise foi*

**394.** Cette différence de traitement réservée à l'assuré de mauvaise foi est envisagée à l'article L. 113-8 du Code des assurances qui prévoit la nullité du contrat, et dans un deuxième alinéa, une sanction supplémentaire par laquelle « les primes payées demeurent alors acquises à l'assureur, qui a droit au paiement de toutes les primes échues à titre de dommages et intérêts ». La sanction du secret opposé de mauvaise foi est double, non seulement l'assuré perd son droit à réparation, mais il perd également le droit de récupérer les primes versées tout au long de l'exécution du contrat, en prévision de l'obtention de la garantie. Les primes payées sans contrepartie constituent le dédommagement du préjudice causé par le secret opposé de mauvaise foi à l'assureur.

**2 - Le secret : Une mauvaise foi caractérisée**

**395.** Le secret malveillant recouvre toutes les conditions permettant de caractériser la mauvaise foi en assurance. En effet, le secret se retrouve à travers les notions de réticences, d'omissions volontaires ou de fausses déclarations. Étant une circonstance connue et volontairement opposée à l'assureur, à seul fin de modifier l'opinion qu'il pouvait se faire du risque garanti, le secret entre dans les prévisions du législateur au titre de la mauvaise foi<sup>568</sup>. Il est à noter que l'assureur n'a pas à attirer l'attention du souscripteur sur son obligation de loyauté, car comme le rappelle fréquemment les tribunaux « l'obligation de répondre avec loyauté et sincérité (...) s'impose en matière contractuelle et nul ne saurait voir sa responsabilité engagée pour n'avoir pas rappelé ce principe ou les conséquences de sa transgression à l'autre partie »<sup>569</sup>.

**396.** L'article L. 113-8 du code des assurances encadre les déclarations inexactes des circonstances du risque, et précise que « le contrat d'assurance est nul ... alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre... ». Le secret portant sur les conditions exactes de la survenance du sinistre, suffit à lui seul à entraîner la nullité du contrat, et ce, indépendamment des circonstances réelles dans lesquelles est intervenu le

---

<sup>568</sup> Cette disposition étant d'ordre public, il ne pèse sur l'assureur aucune obligation tendant à prévenir l'assuré qu'il est tenu de collaborer loyalement au contrat, ni à plus forte raison qu'il ne peut avoir aucun secret dissimulant la réalité du sinistre à son égard, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 décembre 2000, n° 99-18.380, RGDA 2001, p. 44, note J. Kullmann.

<sup>569</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 Mars 2000, RGDA 2000, p. 488, note L. Mayaux; voir aussi comm. G. Durry, *L'obligation précontractuelle d'information : deux coup d'arrêts salutaires*, Risques n° 43, juillet-septembre 2000.

sinistre<sup>570</sup>, dès lors « il n'est pas nécessaire d'établir un lien de causalité entre celui-ci (*le sinistre*) et le risque objet de la fausse déclaration »<sup>571</sup>. La sanction existe du seul fait de l'existence du secret, même s'il a manqué son effet<sup>572</sup>, ou que le sinistre n'a pas eu lieu.

## B - La nullité et l'anéantissement du secret

**397.** La sanction réprimant le plus sévèrement les secrets de l'assuré reste la nullité du contrat d'assurance (1) mais son application peut s'avérer délicate, si les secrets portent sur des risques distincts, notamment en cas d'assurances multirisques (b).

### 1 - L'adaptation du régime de la nullité au secret

**398.** Force est de constater que « c'est généralement, la survenance d'un sinistre qui permet à l'assureur de découvrir ce que le proposant ou assuré lui a caché »<sup>573</sup>. Ce qui a été caché à l'assureur est un secret volontairement dissimulé<sup>574</sup>, auquel s'attache la sanction la plus grave : la nullité du contrat d'assurance.

**399.** La nullité est encourue par l'assuré de mauvaise foi qui dissimule volontairement l'étendue de son risque au cours de la déclaration initiale. Le contrat d'assurance étant à exécutions successives, la nullité peut s'appliquer au secret portant sur le risque initial, mais aussi sur le risque modifié qui n'ont pas été régulièrement déclarés. C'est ainsi que compte tenu du principe de la rétroactivité, la nullité intervient à compter du moment où est intervenue l'omission ou la fausse déclaration. Mais l'assureur reste tenu de démontrer que le secret dissimulé sous une fausse déclaration, a influé sur son opinion en modifiant l'évaluation qu'il pouvait se faire du risque soumis à sa garanti<sup>575</sup>.

**400.** La nullité du contrat pour dol, fraude et toutes les hypothèses de secret ayant trait à la réalisation du risque, sont envisagées à plusieurs reprises par le législateur et codifiée dans le Code des assurances<sup>576</sup>. La demande de nullité formulée généralement par l'assureur<sup>577</sup> doit être portée devant les tribunaux. Il appartient au juge du fond de relever non seulement la

<sup>570</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 septembre 2003, n° 00-18.603.

<sup>571</sup> L. Mayaux, Rép. Dalloz, *assurances terrestres*, n° 389, op. cité.

<sup>572</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 janvier 1995, n° 92-12.389.

<sup>573</sup> A. Favre Rochex et G.Courtieu, op. cité, n°1-327, p.156.

<sup>574</sup> Selon l'article L. 113-9 du Code des assurances, l'assuré de bonne foi n'encourt pas la nullité de l'assurance.

<sup>575</sup> CA Paris, 7<sup>e</sup> ch. A, 15 mai 2001, en l'espèce l'assureur ne démontrait pas en quoi l'omission avait pu « changer l'objet du risque ou en modifier l'évaluation », Voir RCA 2001, comm. n°276, note L. Grynbaum.

<sup>576</sup> L'article L.113-8 du Code des assurances prévoit de manière spécifique que « le contrat est nul en cas de réticence ou de fausses déclarations intentionnelles de l'assuré... » ; L'article L. 121-4 prévoit dans son alinéa 3 du Code des assurances, la nullité si « plusieurs assurances contre un même risque sont contractées de manière dolosive ou frauduleuse » (ce texte réprime le cumul d'assurance dont l'existence a été dissimulée à l'assureur, et dont la finalité est de permettre à l'assuré d'obtenir plusieurs indemnisations pour le même risque) ;L'article L. 121-3 alinéa premier du Code des assurances prévoit, en cas de surassurance que «... s'il y a eu dol ou fraude de l'une des parties, l'autre partie peut en demander la nullité... ».

mauvaise foi de l'assuré, mais aussi la manière dont le secret a influencé l'opinion de l'assureur. Ces deux éléments doivent être caractérisés par le juge et prouvés par l'assureur<sup>578</sup>, pour que soit retenue la nullité.

**401.** L'efficacité de la nullité est renforcée du seul fait que la sanction est susceptible de suivre toutes les évolutions du secret au sein du contrat. Le secret n'est ni figé dans le temps, ni dans ses effets, une fois découvert, il emporte la disparition rétroactive du contrat. Le secret et le contrat sont alors effacés, comme s'ils n'avaient jamais existés.

**402.** Néanmoins, il est à noter que si le régime de droit commun de la nullité commande de remettre les parties dans la situation antérieure à laquelle elles se trouvaient avant la conclusion du contrat, ce principe ne s'applique pas en assurance. Bien au contraire, la nullité est assortie d'une sanction spécifique selon laquelle, d'une part les primes déjà versées ne seront pas restituées, et d'autre part que « l'assureur pourra demander à l'assuré le remboursement de toutes les indemnités versées pour régler les sinistres antérieurs. »<sup>579</sup>. De ce seul point de vue, il est indéniable que le secret en assurance est plus sévèrement sanctionné qu'en application du droit commun des contrats, en ce qu'il est prévu une sanction à la fois distincte et complémentaire. Mais il nous faut considérer la nullité au regard de la réalité du marché des assurances et notamment, à travers le phénomène selon lequel un seul contrat suffira à garantir plusieurs risques, telles que les assurances multirisques habitation qui nous protègent à la fois du vol, de l'incendie, des dégâts des eaux...<sup>580</sup>. Il est alors nécessaire d'observer dans quelles circonstances est sanctionné le secret.

## 2 - l'étendue des effets du secret sur la nullité du contrat

**403.** Si nous envisageons l'hypothèse d'un '*secret sélectif*', c'est-à-dire, une omission volontaire ne portant que sur un risque précis, alors que tout le reste du contrat est conforme à la réalité, nous pouvons nous demander quel effet aura ce '*petit*' secret sur l'ensemble d'un contrat d'assurance multirisques. En d'autre terme, le secret même le plus insignifiant, distillé telle une goutte de poison, est-il susceptible de contaminer tout le contrat ?

---

<sup>577</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 mai 1997, en l'espèce l'action en nullité ne pouvait être accordée qu'à l'assureur, et pas à l'établissement de crédit. RCA 1997, n° 275.

<sup>578</sup> La nullité étant obtenue sur le fondement du dol, la charge de la preuve pèse sur le demandeur, et donc l'assuré ; Voir en ce sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 mai 1990, n° 88-15.400.

<sup>579</sup> Y. Lambert Faivre, *Droit des assurances*, n° 333, p. 269. op. cité.

<sup>580</sup> « En assurance de dommages, contrat, encore appelée multigaranties, couvrant un seul bien (une voiture, une habitation, un navire de plaisance, un commerce...) contre plusieurs risques ou événements tels que : les dommages matériels, subis par ce bien dans certaines circonstances... les dommages corporels subis par les assurés ou les utilisateurs du bien... la responsabilité civile encourue par eux, en tant que gardien, lors de cette utilisation...l'assurance de protection juridique... » J. Landel « *Lexique des termes d'assurance* » op. cit. V° *Multirisques*.

**404.** La jurisprudence amenée à se prononcer sur ce point avait dans un premier temps décidé qu'en présence d'un contrat couvrant plusieurs risques distincts, le '*secret sélectif*' était un « motif erroné »<sup>581</sup>, préservant de la nullité tous les risques garantis. Le revirement s'opère avec un arrêt en date du 1<sup>er</sup> Avril 2003, qui préconise de revenir aux bases de la casuistique en appréciant le secret « risque par risque »<sup>582</sup> et *in concreto*. Selon cette conception, le secret ne vicie le risque qu'à hauteur de la circonstance dissimulée, le contrat étant valide pour le reste.

**405.** Cependant une telle technique d'appréciation, suppose la possibilité d'isoler le secret le plus pernicieux, afin de l'apprécier au regard des différents risques souscrits qui, et c'est le propre d'une garantie multirisques, sont certes distincts mais solidement imbriqués au sein du contrat, car répondant parfaitement à la situation de l'assuré. Cette technique est si hasardeuse qu'elle en a été abandonnée. Désormais, au lieu de s'attarder à étudier la nature et l'objet du secret, les juges vont s'attacher à constater et à fonder la nullité sur la seule existence du secret dissimulé au sein du contrat multirisque<sup>583</sup>. Le secret portant sur un risque spécifique agira par effet de capillarité et sera dès lors, de nature à entacher de nullité la totalité de la garantie. Une fois révélé, le secret reste une faute que l'on pourra difficilement effacer ou excuser. En droit des assurances ce pouvoir n'est accordé qu'à l'assureur, qui faisant usage de la renonciation pourra '*absoudre*' l'assuré de tous les secrets qui lui avaient été opposés.

#### C - La renonciation tacite et l'absolution du secret

**406.** La renonciation tacite correspond à l'abandon de la sanction que l'assureur pouvait valablement opposer à l'assuré, c'est en ce sens que nous l'assimilons à une absolution (1) mais pour être valablement reconnue, elle ne doit pas être entachée d'équivoque (2).

##### 1 - La renonciation de l'assureur : Le secret pardonné

**407.** Le secret de l'assuré fonde la nullité du contrat. Mais le droit des assurances permet de renforcer la position de l'assureur en lui donnant la possibilité de renoncer à faire valoir son droit à la nullité du contrat : c'est la renonciation<sup>584</sup>. La renonciation renverse la position dominante de l'assuré vis-à-vis du secret. L'assureur reprend l'initiative en se rendant maître du contrat car, il est désormais le seul à pouvoir décider si le secret de l'assuré sera

---

<sup>581</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 janvier 2002, n° 99-12.044, Voir RGDA 2002, p. 355, note L. Fondallosa.

<sup>582</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> avril 2003, n° 99- 15.042.

<sup>583</sup> Dans une espèce, le secret portait sur l'usage habituel du véhicule, mais cette omission à été étendue à tout le contrat dont la nullité à été prononcée, alors que le sinistre n'avait rien à voir avec cette circonstance, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 septembre 2003, n° 99-15.290.

<sup>584</sup> « Acte par lequel une personne renonce à un droit... La renonciation peut être expresse ou tacite : la première résulte d'un écrit... ; la seconde se déduit d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer » J. Landel « *Lexique des termes d'assurance* » op. cit. V° *Renonciation*.

sanctionné. En ce sens elle peut être interprétée dans le sens d'une '*absolution*' des secrets de l'assuré. La particularité de la renonciation tacite est qu'elle permet de renoncer à un droit issu d'une disposition d'ordre public<sup>585</sup>. L'assureur peut ainsi renoncer à la nullité du contrat acquise suite à la mauvaise foi de l'assuré<sup>586</sup>, mais aussi à la déchéance, aux exclusions de risque, et donc de manière générale à toutes les sanctions pouvant être mises en œuvre pour mettre fin au contrat d'assurance<sup>587</sup>. La renonciation tacite de l'assureur n'est pas une hypothèse d'école, et correspond à une faveur motivée dans un intérêt commercial<sup>588</sup>, du fait de « la fragilité de l'exception pouvant être invoquée, le montant dérisoire de l'enjeu... »<sup>589</sup>, encore faut-il qu'elle soit valablement acquise.

## 2 - L'appréciation d'une volonté non équivoque

**408.** Pour la jurisprudence, la renonciation ne sera acquise qu'en « présence d'acte manifestant sans équivoque la volonté de renoncer »<sup>590</sup>. La difficulté reste qu'il appartient au juge d'analyser l'attitude ou le comportement adopté afin de déterminer leurs significations exactes<sup>591</sup>. La jurisprudence a pu considérer que l'assureur ayant eu connaissance de plusieurs sinistres antérieurs mais non régulièrement déclarés, est supposé renoncer à invoquer la nullité du contrat comme le lui permettait l'article L. 113-8 du Code des assurances<sup>592</sup>. De même que l'assureur informé de l'existence d'une fraude qui prend en charge le sinistre, sans émettre la moindre contestation, sera supposé renoncer à la nullité<sup>593</sup>. Une fois encore, toute négligence constatée suite à un secret révélé ne permet plus de le sanctionner.

---

<sup>585</sup> C'est ainsi que selon l'article 2220 du Code civil, « On ne peut, d'avance, renoncer à la prescription : on peut renoncer à la prescription acquise » face à une disposition d'ordre publique, on ne pourra renoncer à un droit que si l'on était valablement en droit de l'exercer. Cependant, on ne peut renoncer qu'à un droit acquis. La renonciation tacite est nulle de tout effet si elle intervient de manière anticipée Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 avril 1952, D. 1952. 721, note Savatier ; v. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 octobre 1975, D. 1976. 5, note Ph. Mallaurie.

<sup>586</sup> En application stricte des articles L. 113-8 et L. 113-9 dont la sanction prévue est la nullité du contrat.

<sup>587</sup> L'assureur peut renoncer à certaines sanctions Plusieurs textes du Code des assurances n'étant pas d'ordre public peuvent bénéficier de ce droit de renonciation. L'article L. 112-6 permet de renoncer à l'opposabilité des exceptions, les articles L. 113-10, L. 121-5 permet de renoncer à l'application de sanctions, et les articles L. 121-7, L. 121-8, L. 122 - 1, L. 121-2 et L. 122-6 permettent de renoncer aux exclusions de risques pouvant s'appliquer mais dans un cadre « distinct de la renonciation en ce qu'il s'exprime dans le contrat lui-même et non après constatation des faits justifiant l'application d'une clause impérative ou d'une clause faculté à laquelle il n'aurait pas été dérogé » v. A. Favre Rochex et G. Courtieu, op. cit. n° 1-21, p. 15.

<sup>588</sup> F. Chapuisat *La renonciation de l'assureur dans le cadre de la loi de 1930*, RGAT 1974, p. 443. v. également du même auteur, *La renonciation de l'assureur aux prérogatives du Code des assurances*, RGAT 1993, p.483.

<sup>589</sup> A. Favre Rochex et G. Courtieu, op. cit. n° 1- 23, p. 16.

<sup>590</sup> Cass. ch. mixte 26 avril 1974, note J. Boré ; voir également Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 février 1990, RGAT 1990, p. 327, note H. Margeat et J. Landel.

<sup>591</sup> Il est à noter que la Cour de cassation se réserve en la matière le droit d'interpréter la qualification des faits retenus par les juges du fond. V. JCN. *Responsabilité civile et assurance*, fasc. n° 505-10, n° 73.

<sup>592</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juillet 1980, RGAT 1981, p. 60, en l'espèce l'assureur avait au cours des deux dernières années reçu des certificats attestant l'existence d'un sinistre que l'assuré ne lui avait jamais déclaré.

<sup>593</sup> Cass 1<sup>re</sup> civ. 6 février 1957, RGAT 1957, p. 155.



**409.** Les actes équivoques ne permettent pas de retenir la renonciation tacite, notamment si l'assureur exprime sa volonté de réclamer une prime échue et non payée<sup>594</sup>. Parfois, l'assuré pourra être persuadé que son secret a été découvert, se maintenant dans l'illusion que l'assureur avait décidé de ne pas tenir compte de ses secrets, ni de sanctionner son comportement, alors que la renonciation n'était pas acquise. Mais la renonciation tacite ne se présume pas<sup>595</sup>, en cas de doute la partie qui l'invoque doit en apporter la preuve. Pour lever toute incertitude, le code des assurances pose le principe d'une présomption irréfragable légale de renonciation tacite<sup>596</sup>. Cette présomption peut généralement se déduire de la participation active de l'assureur à un litige par exemple, dans le cadre d'une assurance de protection juridique. De manière générale, si l'assureur ne relève pas tous les manquements constatés, il marque son intention de poursuivre la relation d'assurance.

**410.** Le secret admis et partagé par l'assureur sans équivoque<sup>597</sup>, fait échec à la nullité et par là même à toute sanction. Le secret est donc pardonné, et la relation contractuelle se poursuit comme si le secret n'avait jamais existé. Si ce n'est qu'un secret même découvert et pardonné est rarement oublié. Nul doute que si la relation contractuelle est préservée pour des intérêts économiques, elle sera néanmoins placée pour l'avenir sous les auspices de la méfiance.

**411. Conclusion section 2 :** En matière de réalisation du risque, le secret est en priorité recherché du côté de l'assuré. Avec la réalisation du risque, le polymorphisme du secret atteint son apogée, tant il prend des formes différentes. Mais tous les secrets ne seront pas soumis à un régime unique. Seul le secret tendant volontairement à fausser toute la relation d'assurance au mépris de l'obligation du principe de la loyauté contractuelle, sera sanctionné. C'est la raison pour laquelle en principe, seul sera épargné l'assuré de bonne foi qui lui, n'avait opposé aucun secret malveillant à son assureur. Même si, le panel très étendu des sanctions applicables au secret ne permet pas toujours de maintenir cette distinction.

---

<sup>594</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 20 mars 1963, RGAT 1963, p. 467. V. également pour l'encaissement fait sans réserve après la date de résiliation d'une prime venue à échéance antérieurement, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 mars 2009, n° 08-12.776.

<sup>595</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 mai 1956, RGAT 1956, p.151 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 mars 1993, RGAT 1993, p.453.

<sup>596</sup> Selon l'article L.113-17 du Code des assurances « 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'article 113-4 alinéa 3 du Code des assurances prévoit que « l'assureur ne peut plus se prévaloir de l'aggravation des risques quand, après en avoir été informé de quelque manière que se soit, il a manifesté son consentement au maintien de l'assurance, spécialement en continuant à percevoir des primes ou en payant après sinistre une indemnité », Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juin 1999, RGDA 1999, p. 999, note L.Fonlladosa. Voir également pour la perception des primes après le sinistre, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 février 1957, RGAT 1957, p. 155. Ou si en application de l'article R. 113-10 du Code des assurances, il est dans la situation de résilier le contrat après un sinistre, mais qu'il perçoit des primes correspondant à une échéance intervenue après la réalisation du risque.

<sup>597</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 décembre 1983, RGAT 1985, p.46.

**412. Conclusion Chapitre 2 :** En cours d'exécution du contrat, l'assuré devient le gardien attribué du risque, il doit veiller à ne pas favoriser sa survenance. A cet égard, l'assuré n'est plus le maître des secrets, les rôles s'inversent lors de la réalisation du risque, car c'est à partir de ce moment qu'il devra rendre des comptes à l'assureur en prouvant qu'il n'a pas failli à sa tâche, et que toutes les obligations tendant à préserver la chose ou la situation objet du risque garanti, ont bien été respectées, auquel cas la garantie ne sera pas due. Le secret crée une asymétrie des connaissances du sinistre préjudiciable à l'assureur en ce qu'il tend à favoriser le versement d'une garantie indue. Le secret et le risque sont des '*frères ennemis*' entre lesquels va s'instaurer un rapport de force qui sous l'angle de la sanction, aura toutes les chances de tourner à l'avantage de l'assureur.

**413. Conclusion Titre 1 :** Cette étude nous a permis de mettre en évidence les différentes hypothèses que recouvre le secret et de déterminer le régime auquel il est soumis en matière de risque. D'un point de vue juridique, le secret est assimilé à une information, c'est donc par le biais de l'effet déclaratif intervenant tant au stade de la déclaration initiale, de modification ou de la réalisation du risque garanti que le secret aura vocation à s'immiscer au sein de la relation d'assurance, en ce sens, le secret est inhérent à la relation d'assurance. En application du principe de la loyauté et de la bonne foi, l'assuré perd son droit au secret, il est supposé abandonner tous les secrets entourant les circonstances du risque. Mais avoir un secret n'est pas un acte répréhensible. Le droit des assurances définit très précisément les comportements relevant de la bonne et de la mauvaise foi, et seule une catégorie de secrets sera synonyme de fraude, de tromperie, et de mensonge. C'est à travers cet aspect malveillant caractérisé par la mauvaise foi, qu'il est possible de distinguer les secrets autorisés de ceux qui seront sanctionnés.

D'un point de vue psychologique, nous pourrions penser qu'il faudrait être inconscient ou téméraire pour opposer un secret à son assureur lorsqu'il a traité au risque. En réalité, cela tend à inciter l'assuré d'envisager le secret sous un angle stratégique, et à se prémunir contre toutes les investigations et les moyens de contraintes dont dispose l'assureur. Il semblerait que ce soit la raison pour laquelle le secret s'impose de plus en plus tôt au sein de la relation contractuelle, et se dissimule sous des masques de plus en plus divers et variés, autant de moyens qui favoriseront les objectifs économiques de l'assuré qui opposera à l'assureur un secret toujours plus élaboré et toujours plus efficace. Cet aspect du secret démontre les ressorts de la mécanique à l'origine de l'asymétrie du contrat. C'est donc sous les auspices du régime

de l'obligation de loyauté et de bonne foi que le secret doit être appréhendé, afin de bien distinguer, pour mieux sanctionner, ceux qui seront de nature à vicier la relation contractuelle. Mais le risque ne recouvre pas tous les aspects du secret. En assurance, tel Janus, le secret recouvre d'autres visages lorsqu'il s'immisce dans le contrat.

## Titre II - Le secret et le contrat

**414.** Si au cours de la phase d'évaluation du risque, le doute créé par le secret est principalement observé du côté de l'assuré, quand il s'agit du contrat, c'est l'assureur qui est observé avec méfiance.

Certes face au secret, il y a lieu d'être vigilant, car « L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non nous dispenser de faire usage de notre propre raison... »<sup>598</sup>. Cependant le contrat d'assurance présente des spécificités telles, que notre propre raison ne nous est d'aucune utilité. C'est ce qui rend nécessaire l'intervention du législateur pour imposer une transparence propre à éluder le secret sur des spécificités contractuelles incompréhensibles au profane.

**415.** Le contrat d'assurance peut présenter certaines dispositions de nature à surprendre l'assuré sur les modalités d'exécution du contrat, ou sur l'étendue des conditions de son engagement. L'effet de surprise est en soi constitutif d'un secret pour l'assuré, qui n'avait pas été mis en mesure de prendre conscience de l'étendue de ses obligations. C'est sous cet angle que seront envisagées les différentes formes du secret qui, observé à travers le prisme du contrat n'est pas dû à de la malveillance, mais à une insuffisance de renseignements.

La spécificité et la complexité du contrat d'assurance contribue pleinement au développement du secret susceptible de peser tant sur l'existence (**Chapitre 1**) que sur le contenu du contrat (**Chapitre 2**).

### Chapitre I - Le secret et l'existence du contrat

**416.** L'existence du contrat marque la possibilité de porter hors de la sphère contractuelle la connaissance de la conclusion d'un contrat d'assurance. Il s'agit ici de dévoiler la réalité factuelle de l'existence d'un contrat, pour lequel nous envisagerons une divulgation limitée, sans qu'elle soit pour autant laissée à la libre appréciation des cocontractants (**Section 1**). Le

---

<sup>598</sup> Portalis.

secret est également perceptible à travers le silence qui s'épanouit à la faveur du mécanisme de l'expression tacite de la volonté, pouvant maintenir les cocontractants dans l'incertitude de l'existence même du contrat (**Section 2**).

## Section 1 - Les conditions de la révélation de l'existence du contrat

**417.** Le droit au secret sur l'existence du contrat est au centre d'enjeux contradictoires. Si une révélation est toujours envisageable, tant l'assureur que l'assuré pourront marquer la volonté de protéger ce qui, à travers le contrat leur apparaît être le plus important, le risque garanti, qu'il convient de dissimuler vis à vis des tiers. Mais si cette libre disposition du secret portant sur l'existence du contrat est sous certaines conditions envisageable (**Sous section 1**), elle peut échapper à la volonté des cocontractants si le législateur en décidait autrement (**Sous section 2**).

### Sous section 1 - Les limites du droit au secret sur l'existence du contrat

**418.** Le contrat s'inscrit dans le cadre de la vie privée, dès lors la divulgation de l'existence d'un contrat d'assurance ressort d'un choix personnel propre aux aspirations de l'assuré (§1). Cependant, dans certains cas les cocontractants ne bénéficieront pas d'un tel choix. La levée du secret portant sur l'existence du contrat pourra être imposée par le législateur si la protection d'intérêts supérieurs le commandait (§2).

#### *§1 - Le choix de révéler l'existence du contrat d'assurance*

**419.** Le secret est inhérent à la nature humaine, cette notion attachée à l'intimité de chacun n'a pas de définition légale ou jurisprudentielle. Le secret est caractérisé comme étant une chose qui selon les circonstances et la volonté de son détenteur pourra être divulgué ou non. À bien des égards le contrat d'assurance présente le même polymorphisme attaché au secret, en fonction des intérêts en présence la protection du secret peut être privilégiée, en maintenant le contrat lui-même, et ses modalités d'application secrètes (B). Mais à d'autres moments de tels secrets ne seront plus de mises et c'est de la manière la plus légitime qui soit que le contrat pourra être dévoilé (A).

#### A - Le choix de la divulgation du contrat

**420.** La divulgation volontaire de l'existence du contrat d'assurance par l'assuré est un choix qui lui est personnel et autorisé, car s'agissant d'un élément de sa vie privée, il en a la libre

disposition. De telles révélations comportent un intérêt relativement faible et peu perceptible chez tout un chacun. Mais, pour une catégorie de personnes très en vue auprès des médias, du fait de leur activité sportive, économique ou sociale, la révélation de certains éléments d'un contrat d'assurance, sera un moyen de donner une valeur ajoutée à leur patrimoine, leur activité, voire même à leur propre existence<sup>599</sup>.

**421.** Révéler l'existence du contrat d'assurance peut être alors assimilé à un '*faire valoir*' perçu au sein de la société comme un signe extérieur de richesse, ou un signe de sécurité financière. À ce titre la production d'un contrat d'assurance vie pourra vaincre les réticences d'un banquier et suffira à garantir le remboursement du prêt accordé<sup>600</sup>. Peu importe le contenu exact du contrat, qui peut s'avérer être un '*miroir aux alouettes*' car, peu révélateur de la valeur réelle des biens assurés, notamment en cas de valeur simplement déclarée lors de la souscription<sup>601</sup>. Mais il n'en demeure pas moins que la simple production d'un contrat d'assurance portant sur des biens mobiliers et immobiliers surévalués permet de donner l'illusion que le débiteur était solvable<sup>602</sup>. En ce sens, révéler l'existence du contrat d'assurance est une manœuvre permettant à tout débiteur de bénéficier d'un moment de répit au cours duquel, il sera en mesure d'organiser son insolvabilité. Mais la révélation de l'existence du contrat pourra sembler inopportune aux cocontractants, qui préféreront protéger le secret sur l'existence de leur relation contractuelle.

## B - Le choix de la protection du contrat

**422.** Il est possible de maintenir le secret sur l'existence du contrat de manière passive, par la simple application de l'effet relatif des contrats (1), ou de manière active par l'instauration de

---

<sup>599</sup> C'est ainsi que certaines personnalités n'hésiteront pas à dévoiler le montant de la garantie prévue pour assurer les mains de tel pianiste ou de tels chirurgiens, et les jambes de tels mannequins ou actrices. De même que certaines personnalités du monde des affaires, pourront avancer le montant impressionnant de la garantie du contrat d'assurance souscrit, pour les objets de valeur dont ils sont propriétaire. Le contrat représentera auprès du public la preuve de l'intérêt devant être porté à une personnalité, en ce qu'il dévoile au titre d'une information supposée très fiable un aperçu (très relatif) de sa fortune, ou de ses qualités.

<sup>600</sup> A. Gourio, F. Bertout, A. Potiez « *L'utilisation du contrat d'assurance vie comme instrument de garantie des prêts* », JCP N, 1995, n° 13 p. 210.

<sup>601</sup> V. supra n°290.

<sup>602</sup> Il suffit pour s'en convaincre de se souvenir de l'affaire médiatique ayant opposé B. Tapie au Crédit Lyonnais qui en 1994 demandait le remboursement de tous les prêts accordés. Au cours des différents épisodes judiciaires (et désormais résolus depuis la décision arbitrale rendue en septembre 2008) une procédure en voies d'exécutions était intentée en vue de procéder à la saisie mobilière et immobilière des biens de l'homme d'affaire dont l'estimation apparaissait conséquente en se fondant sur les seules expertises menées par des compagnies d'assurances. Mais ce créancier découvrait avec '*stupeur*' que les biens saisis à son profit en vue d'une vente aux enchères, avaient été surévalués par les experts de la compagnie d'assurance, et ce, de manière si conséquente que leur valeur réelle était sans objet au regard du prix du marché, et donc insuffisante à le désintéresser, même partiellement car ils n'avaient en réalité aucune valeur, notamment les tableaux dont certains s'étaient avérés être des copies.

clauses dont l'objet est d'empêcher que l'existence du contrat ne soit révélée hors de la sphère contractuelle (2).

#### 1 - le secret préservé par l'effet relatif des contrats

**423.** Le secret tendant à dissimuler l'existence du contrat d'assurance est en soi une information qui n'est ni anodine, ni dénuée d'intérêts. La simple démarche tendant à contracter une assurance implique la volonté de protéger contre tout aléa un bien ou une situation, qui revêt à notre sens une importance telle, qu'il semble légitime que l'on veuille la soustraire à la connaissance de tiers. Cette protection peut être instaurée en gardant le silence sur l'existence du contrat, par la simple application de la règle de l'effet relatif du contrat.

**424.** Dans l'absolu, le contrat d'assurance n'a d'existence qu'entre les parties au contrat, c'est en cela que « les parties sont souveraines, mais ne le sont que sur elles mêmes »<sup>603</sup> et ce, conformément au principe de l'autonomie de la volonté<sup>604</sup>. Le contrat « tire sa force de la volonté des cocontractants, il est naturel qu'il ne produise cet effet obligatoire qu'à l'égard des parties »<sup>605</sup> dès lors, seules les parties sont concernées par les conventions auxquelles elles ont librement consenties. Cela signifie qu'en principe le contrat ne crée aucune obligation envers les tiers<sup>606</sup>, de sorte que la convention formée ne peut ni leur nuire, ni leur profiter. À leur égard, le contrat d'assurance est un acte inexistant, en vertu du principe de l'effet relatif des contrats<sup>607</sup>.

**425.** En effet, si « l'opposabilité du contrat repose sur la connaissance des tiers »<sup>608</sup>, le principe de l'inopposabilité permet de considérer le tiers comme étranger à l'acte, mais donc le maintenir dans l'ignorance de l'existence du contrat. Le tiers est de ce fait réputé ignorer de la manière la plus légitime qui soit l'existence du contrat, il suffit de ne rien lui dévoiler. L'effet relatif des contrats légitime l'utilisation du secret pour protéger la relation contractuelle. Le contrat constitue une 'bulle' protectrice qui ne laissera filtrer aucune information. En général l'assuré préférera garder le secret sur les contrats souscrits appliquant à la lettre l'adage « pour vivre heureux, vivons cachés ». Ne rien dévoiler permet de mettre

---

<sup>603</sup> J. Flour et J.L. Aubert « *Obligations* » T. I, 2<sup>e</sup> éd. Sirey, 1988, n°260.

<sup>604</sup> Ce principe est renforcé par l'article 1134 du Code civil selon lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ... ».

<sup>605</sup> J. Ghestin, C. Jamin, M. Billiau, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », 3<sup>e</sup> éd. LGDJ 2001, n°673.

<sup>606</sup> En effet, aux termes de l'article 1165 du Code civil « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers... ».

<sup>607</sup> J.L. Goutal « *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat* » thèse LGDJ 1981, préface de H. Battifol ; F. Bertrand « *Essai sur l'opposabilité des contrats aux tiers* », thèse 1977 (dactyl.) Paris II.

<sup>608</sup> S. Pellé, « *La notion d'interdépendance contractuelle, contribution à l'étude des ensembles de contrats* », thèse Paris 2007, préface de J. Foyer et M. L. Demeester, éd. Nouvelle bibliothèque de thèse Dalloz.

certaines patrimoines à l'abri des convoitises. C'est une position que rejoint l'assureur qui pourra imposer le secret sur l'existence du contrat d'assurance par le biais de clauses contractuelles.

## 2 - le contrat préservé par l'insertion d'une clause de confidentialité

**426.** En dissimulant l'existence du contrat sous le silence, le secret revêt les caractères d'une information qui étant de nature immatérielle, ne peut être appréhendée, et dont la particularité est qu'elle n'accorde aucun droit à son détenteur. Le secret procède d'une volonté consciente, soucieuse de soustraire à la connaissance d'autrui un fait qui sera protégé sous le sceau du silence. Dans l'absolu, cela signifie que si l'on divulgue son secret, nous devons supporter le risque qu'il soit révélé contre notre volonté. D'un point de vue psychologique la révélation de l'existence d'un contrat d'assurance pourrait inciter les personnes mal intentionnées à s'approprier un bien d'une valeur inestimable sans aucun état d'âme, puisque l'indemnisation est certaine. Tant l'assuré que l'assureur auront dans de telles hypothèses un intérêt certain à garder le secret sur l'existence des contrats conclus. Le secret pourra alors être imposé par le biais d'une clause de confidentialité qui liera l'assuré afin de ne pas aggraver le risque garanti.

**427.** La révélation des secrets portant sur l'existence du contrat dépend de la volonté des cocontractants. Cependant entre les secrets librement révélés et les secrets préservés de toutes appropriations inopportunes, il y a aussi ceux que la loi commande de divulguer. Cela concerne principalement certains contrats conclus pour être en conformité avec la législation en vigueur. Le contrat d'assurance est alors envisagé sous l'angle de la préservation d'intérêts dépassant la sphère du cadre contractuel.

### *§2 - L'obligation de justifier l'existence du contrat d'assurance aux tiers*

**428.** Certaines assurances sont souscrites pour satisfaire à une obligation légale, dont l'existence devra être justifiée, voire même, être mise en évidence. Nous utilisons le terme de justifier et non de divulguer<sup>609</sup> dans la mesure où, le secret n'est que très partiellement dévoilé. La révélation ne porte ni sur le contenu ni sur l'étendue des obligations prévues au contrat, mais reste limitée à sa seule existence. Elle se rapporte au fait de savoir si un contrat d'assurance a été souscrit, conformément aux dispositions légales existantes (A), dont les plus répandues concernent les garanties des véhicules automobiles (B).

---

<sup>609</sup> Le terme de divulguer comporte l'idée que le secret est dévoilé au public, et donc au plus grand nombre sans distinction.

## A - Le secret et l'obligation d'assurance

**429.** Certains contrats d'assurances sont souscrits en prévision de l'indemnisation des victimes en cas de réalisation de risque engageant la responsabilité de l'auteur du dommage<sup>610</sup>. En matière d'assurances obligatoires, deux situations relevant du secret méritent une attention particulière. D'une part il sera souvent difficile de déterminer si une situation, ou une personne est assujetti à une telle assurance (1), et d'autre part, si le contrat à réellement été souscrit (2).

### 1 - Le secret sur l'existence d'un contrat d'assurance obligatoire

**430.** Le contrat d'assurance de responsabilité<sup>611</sup> obéit à un mécanisme selon lequel l'assureur se substitue à son assuré pour indemniser le tiers victime ayant subi un préjudice<sup>612</sup>. Le système de ces assurances obligatoires à la faveur du législateur<sup>613</sup>, en ce qu'elles permettent d'engager l'assureur comme garant du versement des indemnités dues aux victimes, afin de pallier aux problèmes d'insolvabilité de l'assuré. Mais comment une victime pourrait-elle savoir si son préjudice sera pris en charge ? Cette information est en soi inaccessible et constitue un secret pour toute victime, tant qu'elle n'a pas été mise en mesure d'actionner l'assureur, préalable indispensable pour lever le secret sur l'existence d'un contrat.

**431.** C'est ainsi que certaines victimes ont pu ignorer que leur préjudice était pris en charge notamment si le dommage avait eu lieu par exemple, au cours d'un « rassemblement festif à caractère musical »<sup>614</sup>. Même si en principe, le secret ne peut être maintenu sur l'existence de ces contrats d'assurances obligatoires, il n'est pas évident d'accéder à l'information utile,

---

<sup>610</sup> Sur l'intérêt de garantir une indemnisation des victimes, v. J. Delmas saint Hilaire, *Revue sc. Crim.* 1991.560.

<sup>611</sup> L'assurance de responsabilité civile est généralement envisagée comme « la garantie d'une dette, celle de la responsabilité civile ... (ayant)... pour objet de garantir l'assuré contre les réclamations des tiers à raison de faits dommageables qui lui sont imputés... », A. Favre Rochex et G. Courtieu, « *Le droit du contrat d'assurance terrestre* », op. cit. n° 2-186, p. 304.

<sup>612</sup> L'article L. 124-1 du Code des assurances ne définit l'assurance de responsabilité qu'au travers de l'action accordée au tiers lésé et précise que « Dans les assurances de responsabilité, 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. ».

<sup>613</sup> En matière de responsabilité civile, il y a tout lieu de constater la recrudescence des contrats d'assurance contractés pour préserver les tiers non fautif et leur permettre d'accéder à la réparation du préjudice subi par la faute de l'assuré. Les assurances de responsabilités extra contractuelles, et contractuelles, ont été reconnues dès 1845, par un arrêt de la Cour de Paris 1<sup>er</sup> Juillet 1845, S. 1845. 2. 126. Et se sont depuis les années 1970, multipliées sous l'impulsion du législateur, principalement en matière de risques professionnels. Certains auteurs ont pu relever qu'un tel mécanisme pouvait comporter « un risque de déresponsabilisation en raison du transfert de la charge de la réparation vers l'assureur » v. C. Eliashberg, « *Risques et assurances de responsabilité civile* », *Les fondamentaux de l'assurance*, L'Argus, 5<sup>e</sup> éd. 2006, p. 125. Mais ce système d'indemnisation fondé sur une responsabilité objective présente l'avantage de favoriser une plus grande sécurité sur le plan économique et social.

<sup>614</sup> Dont l'obligation d'assurance n'a été imposée que très récemment par un arrêté du 3 mai 2002 (JO 7 mai 2002).



c'est-à-dire, celle qui permet de déterminer si la victime bénéficiera de la réparation du préjudice subi<sup>615</sup>. La principale difficulté reste liée à la multiplicité des sources<sup>616</sup>, qu'elles soient législatives ou réglementaires<sup>617</sup>, qui imposent ces obligations d'assurance. En effet, seules certaines d'entre elles sont actuellement codifiées au sein du Code des assurances<sup>618</sup>. Dans ces conditions, toute personne a pu être exposée à un double risque, celui de la survenance du dommage, et celui de ne pas être indemnisé, d'où la nécessité de déterminer si un tel contrat avait été réellement conclu.

## 2 - La révélation de la conclusion d'un contrat d'assurance obligatoire

**432.** Le fait qu'un contrat d'assurance soit imposé par le législateur ne signifie pas qu'il ait été réellement conclu. Mais en pratique, le secret sur l'existence du contrat portant sur une assurance obligatoire est mis en échec par l'obligation de présenter une attestation d'assurance lors de la procédure administrative élaborée en vue d'exercer une profession, ou une activité réglementée<sup>619</sup>. L'exercice d'une activité soumise à une assurance obligatoire est donc subordonnée à la conclusion d'un contrat d'assurance, sans qu'il soit nécessaire d'en justifier l'existence aux tiers.

Ce mécanisme de révélation du secret, est totalement différent de celui pratiqué en matière d'assurances obligatoires couvrant les risques liés à la circulation des véhicules terrestres à

---

<sup>615</sup> Il suffit pour s'en convaincre de constater que les assurances liées à l'exercice des professions médicales sont supposées être connues du plus grand nombre, mais force est de constater qu'elles n'ont été rendues obligatoires qu'en 2002, et donc très récemment. C'est l'article 98 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 « *relative aux droits des malades et à la qualité du système de soins* » qui soumet tous les professionnels de santé à une obligation d'assurance de responsabilité civile et administrative. De même que les courtiers d'assurance n'ont été soumis à une obligation d'assurance de responsabilité civile, pour tout manquement constaté dans le cadre de leur activité, qu'à compter de la loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005, qui transpose en droit interne la directive 2002/92/CE du 9 décembre 2002. Il est vrai qu'il est d'usage de dire que le « *cordonnier est le plus mal chaussé* », mais cela peut paraître étonnant compte tenu de la gravité et de la multiplication des actes qui leurs sont confiés.

<sup>616</sup> Cependant, le Conseil d'État amené à se prononcer sur cette question avait posé le principe sur la base de l'article 34 de la Constitution que l'obligation d'assurance ne pouvait être imposée que par le législateur. Voir CE 14 février 1969, n°71.978 Association syndicale nationale des médecins exerçant en groupe ou en équipe, Recueil LEBON 1969. 96.

<sup>617</sup> Les assurances souscrites dans le cadre d'une activité professionnelle sont connues du plus grand nombre et si certaines paraissent évidentes telles que celles liées aux professions médicales, il n'en demeure pas moins que seule la consultation de la liste émise par le ministère de l'Économie et des finances nous permet d'accéder avec certitude à cette information qui n'est pas secrète mais difficilement accessible.

<sup>618</sup> Le code des assurances ne codifie que les assurances relatives à automobiles à l'article L. 211-1 et suivant ; à la chasse à l'article A. 230-5 ; à la construction à l'article L. 242-1 ; aux intermédiaires d'assurance à l'article L.512-6 ; aux professionnels des établissements de santé à l'article L. 251-1. Voir pour un détail complet des 104 assurances obligatoires recensés dans l'ouvrage de C. Eliashberg, « *Risques et assurances de responsabilité civile* », op. cit.

<sup>619</sup> « La plupart du temps le défaut d'assurances ne permet pas de se livrer à l'activité dangereuse qui doit être couverte : par exemple le permis de chasse ne sera délivré que sur présentation d'une attestation d'assurance. », v. A Piedelievre, cité par S. Porchy, Rép. Dalloz droit pénal, *Droit pénal de l'assurance*, n°88,

moteurs, qui exclut le secret au profit du système de la révélation publique de l'existence d'une garantie.

## B - L'exclusion du secret et l'obligation de garantie des véhicules automobiles

**433.** Si l'assuré est en principe libre de divulguer ou non l'existence du contrat qu'il a conclu, il perd cette faculté de disposer de ses secrets si des intérêts supérieurs le commandent. Notamment pour ce qui relève des garanties de véhicules automobiles encadrées par un dispositif au sein duquel l'existence du contrat, doit non seulement être révélée (1) mais aussi prouvée (2).

### 1 - Le secret et la présomption de l'obligation de garantie

**434.** Contrairement aux assurances civiles professionnelles dont l'exercice de l'activité est soumis à la production préalable d'une attestation d'assurance, il est possible d'acheter un véhicule automobile sans avoir à fournir une garantie d'assurance. En effet, cet achat n'est pas conditionné à la souscription d'une assurance responsabilité. En théorie il est donc possible de conduire son véhicule sans qu'il ait été assuré, et de garder ce fait secret, alors même que l'existence d'un contrat d'assurance responsabilité civile est une obligation imposée par le législateur<sup>620</sup>.

**435.** La levée du secret portant sur l'existence du contrat est encadrée à l'article R. 211-14 du Code des assurances qui impose à tout conducteur circulant sur la voie publique, l'obligation de présenter à l'autorité publique l'attestation d'assurance délivrée par l'assureur<sup>621</sup>. L'assuré en tant que particulier, est soumis à une obligation d'assurance<sup>622</sup>, mais la preuve de l'existence du contrat reste difficilement accessible tant que sa conduite est irréprochable. Ce n'est que dans le cadre des contrôles de routines, de constatations d'infractions ou

---

<sup>620</sup> C'est la loi n° 58-208 du 27 Février 1958 qui indique dans les articles 1 et 5 les conditions de constitution de l'infraction pour défaut d'assurance, dont les modalités sont précisées dans l'article 9 du décret d'application n° 59-135 du 07 Janvier 1959, imposent l'obligation d'assurance en cas d'accidents de la circulation. Elle sera complétée par la loi dite « Badinter » du 5 juillet 1985 relative « à l'amélioration de la situation de victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation », puis renforcée par de nouvelles dispositions passibles de sanctions pénales par la loi n° 85-1407 du 30 Décembre 1985.

<sup>621</sup> Cette attestation ne présentera cependant qu'une présomption simple d'avoir satisfait à l'obligation.

<sup>622</sup> L'obligation d'assurance est imposée à l'article L.211-1 du Code des assurances selon lequel « toute personne physique ou morale autre que l'État, dont la responsabilité civile peut être engagée en raison des dommages subis par les tiers résultant d'atteinte aux personnes ou aux biens dans la réalisation desquels un véhicule terrestre à moteur... est impliqué, doit pour faire circuler lesdits véhicules, être couverte par une assurance garantissant cette responsabilité. ». Et à l'article R. 311-45 du Code des assurances pour les sanctions attachées à ce manquement. L'article R 311-45 du Code des assurances prévoit des peines contraventionnelles de 5<sup>ème</sup> classe ou une majoration de 50% envisagée à l'article L.226-26 du Code des assurances.

d'intervention sur le lieu d'accidents de la circulation<sup>623</sup>, que l'assuré devra justifier de l'existence du contrat d'assurance.

**436.** En cas d'oubli des documents légalement requis<sup>624</sup>, l'assuré bénéficie d'une présomption sur l'existence du contrat d'assurance.<sup>625</sup> Ce n'est que si l'assuré ne les présente pas dans les délais impartis, qu'un doute pourra subsister sur l'existence réelle du contrat, laissant présager que l'assuré circulait sur la voie publique alors qu'il n'avait pas satisfait à son obligation d'assurance<sup>626</sup>.

**437.** La particularité de cette assurance obligatoire est que l'assuré doit révéler 'publiquement' l'existence du contrat souscrit en apposant, au vu et au su de tous, une vignette verte spécifiquement prévue à cet effet, sur le pare brise du véhicule. Cette obligation légale ne permet pas de garder le secret sur l'existence du contrat d'assurance. Bien au contraire ne pas mettre en évidence la preuve de la souscription du contrat est constitutif de l'infraction de défaut d'apposition du certificat d'assurance<sup>627</sup>. Cependant toutes les mesures encadrant la production de l'attestation d'assurance, l'apposition de la vignette ou l'établissement d'un constat amiable<sup>628</sup> ne font que présumer de la souscription d'un contrat d'assurance, et ne prouvent pas sa validité. Il appartiendra à des tiers désignés de lever le secret sur l'existence réelle du contrat.

## 2 - Les tiers et la levée du secret sur l'existence du contrat

**438.** La pratique de la relation d'assurance nous incite à considérer l'hypothèse selon laquelle à un moment donné, un contrat d'assurance obligatoire a été valablement souscrit. L'assuré est en possession de documents permettant de supposer qu'il satisfait à son obligation d'assurance. Mais il ne pourra s'agir que d'une apparence, le contrat ayant été pour une raison ou une autre, résilié ou suspendu au moment du contrôle. L'importance accordée à la révélation du secret portant sur l'existence du contrat peut être observée sous l'angle des

---

<sup>623</sup> Le défaut d'assurance imposée par la loi peut engager la responsabilité et civile du contrevenant, Voir Cass. crim., 15 janvier 1991, n° 90-81.420.

<sup>624</sup> La non présentation de l'attestation d'assurance aux autorités est passible de sanction prévues à l'article R. 211-14 du Code des assurances.

<sup>625</sup> L'assuré qui n'est pas en mesure de produire l'attestation d'assurance à la demande de l'autorité publique au moment du contrôle, sera verbalisé et n'encourra qu'une amende contraventionnelle de deuxième classe, s'il présente l'attestation d'assurance dans un délai de cinq jours auprès des services de police ou de gendarmerie.

<sup>626</sup> Ce retard susceptible de mettre en évidence un secret de nature à porter préjudice à d'éventuelle victime de la circulation, sera sanctionné plus sévèrement car, passible d'une amende contraventionnelle de quatrième classe. Le défaut de présentation des documents dans les délais impartis est réprimé à l'article R.211-14 du Code des assurances.

<sup>627</sup> L'article R.211-21 prévoit une amende contraventionnelle de 2<sup>ème</sup> classe.

<sup>628</sup> H. Groutel, *Le constat amiable et la preuve du contrat d'assurance*, sous arrêt Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 janvier 1991, RCA chron. n° 6.

pouvoirs accordés au juge saisi suite au constat d'un défaut d'assurance (a), et sous l'angle de la responsabilité encourue par toute personne qui emprunte un véhicule sans avoir au préalable vérifié si une assurance avait été réellement souscrite (b).

#### *A - Le juge civil et la levée du secret*

**439.** En principe, les infractions au Code de la route relèvent de la juridiction pénale dont la décision sera prépondérante sur une décision rendue au civil, c'est ce que l'on traduit par l'adage « le criminel tient le civil en l'état ». Mais le législateur soucieux de favoriser une meilleure transparence sur l'existence réelle du contrat d'assurance va attribuer l'appréciation conditionnant la validité du contrat d'assurance<sup>629</sup> à la compétence exclusive du juge civil. Ainsi, il est fait obligation à « la juridiction pénale appelée à se prononcer sur des poursuites exercées pour violation de l'obligation d'assurance ... (*de surseoir*)... à statuer jusqu'à ce qu'il ait été jugé définitivement sur la contestation »<sup>630</sup>. La doctrine accueille favorablement une telle disposition, dont l'intérêt indéniable est d'œuvrer dans le sens d'une bonne administration de la justice. C'est ainsi que « cette situation de dépendance de la règle pénale par rapport à la règle civile est importante au plan pratique : elle assure, sur ce terrain du défaut d'assurance, une heureuse cohérence des solutions en faisant coïncider faute pénale et faute civile »<sup>631</sup>.

**440.** La mise en œuvre de l'infraction pénale prévue pour un défaut d'assurance, est conditionnée par une décision rendue sur le fond par le juge civil. Il lui appartient pour cela d'étudier le contrat dans son ensemble, en tenant compte des effets qu'emporte l'application de toutes les clauses qu'il contient<sup>632</sup>. L'infraction est subordonnée à la validité et donc à l'existence du contrat d'assurance au moment de la présentation des documents requis. À cet

---

<sup>629</sup> C'est une solution qui était déjà retenue sous l'empire de la loi du 13 Juillet 1930, sur le fondement de l'article 16 alinéa 2 et 4, voir dans ce sens Cass. crim., 22 Décembre 1964, n° 64-92.692, en l'espèce, un conducteur n'avait pas pu produire la police d'assurance, ne s'étant pas acquitté de ses cotisations, les juges ont au préalable examiné les termes du contrat d'assurance et retenu que si l'assureur a omis de réclamer le montant ou les arriérés de montant de la prime, le possesseur d'un véhicule automobile ne peut être condamné pour défaut d'assurance.

<sup>630</sup> Article L. 211-8 alinéa 2 du Code des assurances.

<sup>631</sup> J.P. Delmas saint Hilaire, *Le défaut d'assurance des véhicules terrestres à moteur : interaction entre règle pénale et règle civile lorsqu'une clause du contrat d'assurance lie la garantie à la validité du permis de conduire de l'automobiliste*. D. 1991. 560.

<sup>632</sup> Il ne suffira pas de constater que « l'assuré n'étant plus en possession de son permis de conduire ... avait obligatoirement cessé d'être assuré » Cass. crim., 28 Janvier 1974, n° 74-91.423, D. 1976.61. note Durry. L'infraction ne sera valablement constituée que « si le contrat d'assurance dont il était bénéficiaire comprenait la suspension du permis de conduire au nombre des clauses d'exclusion et de déchéance de la garantie » Cass. crim., 28 Janvier 1974, note Durry op. cit. De même qu'il ne suffira pas à l'assuré de produire 'sa carte verte' pour obtenir le bénéfice d'une relaxe, pour attester de la validité du contrat d'assurance, la chambre criminelle retient qu'il fallait « vérifier si le contrat souscrit ne comprenait pas l'absence de permis de conduire au nombre de clauses d'exclusion de la garantie », Cass. crim., 19 Décembre 1983, RGAT 1985, p.73.

effet, le juge pénal doit sursoir à statuer et ne sera donc en mesure d'appliquer les sanctions prévues au Code de la route<sup>633</sup>, seulement après que le juge civil ait été mis en mesure de lever le secret sur l'existence du contrat dont la validité ne doit faire aucun doute. Si la charge de la révélation du secret confiée au juge civil semble appropriée, ce rôle sera cependant bien lourd à porter quand il repose sur un simple particulier.

#### *b - Le conducteur occasionnel et la levée du secret*

**441.** L'intervention d'un tiers dans la révélation de l'existence du contrat concerne l'hypothèse d'un prêt de volant. Il pourra être reproché au conducteur occasionnel de prendre le volant sans avoir vérifié auprès du propriétaire du véhicule s'il était régulièrement assuré. À défaut, il engage sa responsabilité civile sur le fondement d'une faute personnelle<sup>634</sup>. Le secret devient une information que le conducteur occasionnel est tenu de rechercher auprès de la seule personne susceptible d'en connaître les contours : le propriétaire du véhicule. C'est donc sur le tiers emprunteur occasionnel du véhicule, que pèse l'obligation de remonter la chaîne du secret et d'accéder à la réalité de l'existence du contrat d'assurance. C'est à ce titre que sa négligence pourra être sanctionnée, sans qu'il soit tenu compte de sa condition de tiers au contrat d'assurance.

Le secret n'est pas de mise en matière d'assurance obligatoire souscrite afin de préserver de l'intérêt général. Mais paradoxalement, l'accès à la connaissance de l'existence d'un contrat d'assurance est un secret qui intéressera en premier lieu l'assureur.

### Sous section 2 - Le secret sur l'existence d'un cumul de contrat d'assurance

**442.** Le secret peut consister à dissimuler à son assureur que plusieurs contrats ont été souscrits pour une même situation de risque. Un contrat d'assurance est soumis à une existence qui lui est propre, qu'il s'agisse de le modifier ou d'y mettre fin, l'assuré n'est pas éternellement engagé vis-à-vis d'un même assureur. De même qu'il n'est pas légalement tenu de ne contracter qu'avec un seul assureur. Avant d'être soumis aux aléas de la survenance du risque, un contrat d'assurance est soumis aux aléas de la vie personnelle et contractuelle de l'assuré, ce qui rend inévitable le cumul de plusieurs contrats d'assurance.

---

<sup>633</sup> Les sanctions complémentaires sont principalement fixées par le Code de la route et figurent notamment aux articles L.14 pour la suspension du permis de conduire dont la durée maximale est limitée à trois ans et, R. 278-11° pour l'immobilisation du véhicule.

<sup>634</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 juin 1994, n° 92-16.455, RGAT 1994, p. 1141, note J. Landel, voir également H. Groutel *La faute de celui qui conduit un véhicule non assuré*, RCA 1994, chron. n°30.

Plusieurs situations distinctes conditionnent un cumul de contrats souscrits auprès de différents assureurs. Il pourra s'agir de contrats souscrits antérieurement ou concomitamment au contrat en cours (§1) mais si certains secrets ne portent pas à conséquences, d'autres pourront remettre en cause l'existence même des différents contrats objet du cumul (§2).

### *§ 1 - Le régime du secret portant sur un cumul de contrat d'assurance*

**443.** Le secret sur l'existence d'un cumul d'assurance a connu une évolution jurisprudentielle et législative très aléatoire, au centre de laquelle était remis en cause le droit de l'assureur de lever le voile sur l'existence des autres contrats d'assurances conclus par ses assurés (A). Il est indéniable que l'existence d'un tel cumul représente pour l'assureur un bon indicateur dans l'exercice de l'appréciation des risques, justifiant de ce seul fait la levée du secret à son profit (B).

#### A - Le droit au secret sur l'existence d'un cumul de contrat d'assurance

**444.** Le cumul concerne la situation dans laquelle une même personne souscrira plusieurs contrats d'assurances, en vue de garantir le même risque. Mais, assurer plusieurs fois un même risque, signifie dans l'absolu, la possibilité de percevoir plusieurs garanties, ce qui laisse penser au mieux, que l'assuré est très prévoyant ou trop pessimiste, et au pire, que la survenance du risque est envisagée comme une probabilité certaine par l'assuré : le contrat d'assurance est utilisé comme un placement.

**445.** Une telle démarche n'est pas anodine et laisse invariablement suspecter l'existence d'un secret dissimulant la connaissance exacte du risque tel qu'il est envisagé dans l'esprit de l'assuré, ce qui par ricochet, a une incidence sur l'opinion du risque pris en charge par l'assureur. Ce dernier prend donc soin de demander au souscripteur de déclarer les autres contrats d'assurances existants. Cette question, reconnue très rapidement licite<sup>635</sup>, a cependant été remise en cause.

**446.** En 1991, un revirement de jurisprudence semble condamner désormais toutes les questions relatives à l'existence d'un cumul de contrats, en les déclarant « réputées non écrites »<sup>636</sup>. L'assuré pouvait donc en toute bonne foi maintenir secret l'existence de plusieurs contrats souscrits à seules fins de garantir le même risque, et ce, aux motifs que l'obligation

---

<sup>635</sup> Cass. civ., 9 Novembre 1941, RGAT 1942, p. 139 et Cass. civ., 9 Juin 1942, RGAT 1942, p. 264 ; JCP G 1942 II, 1982 ; C.J. Berr et H. Groutel, *les grands arrêts du droit des assurances*, éd. Sirey 1978 p. 98.

<sup>636</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 Mai 1991, n° 87-16.004, H. Groutel, *le cumul d'assurance de personnes*, RCA 1991 chron. n°10 ; et Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 Janvier 1995, n° 92-17.426, RGAT 1995, p. 152, note J. Kullmann.

de déclarer les autres assurances souscrites, ne concerne selon l'article L. 121-4<sup>637</sup> du Code des assurances, que les contrats d'assurance dommages<sup>638</sup>. Par conséquent la révélation du cumul devient l'enjeu d'intérêts contradictoires au centre desquels la légitimité du droit au secret sera nécessairement remise en cause.

#### B - L'intention secrète que dissimule le cumul d'assurance

**447.** Le droit au secret portant sur un cumul d'assurance est une position unanimement critiquée par la doctrine<sup>639</sup>, en ce qu'il porte sur la légitimité de l'assureur pour apprécier les circonstances du risque. Certes, rien n'interdit la souscription de plusieurs contrats d'assurances, d'autant que les différents assureurs, seront considérés comme des tiers les uns par rapport aux autres. Dès lors, chaque contrat doit être envisagé comme un acte unique, bénéficiant d'une existence propre dont l'exécution ne peut être altérée par la souscription d'un autre acte de même nature.

**448.** Mais à travers le prisme du secret, le cumul d'assurance n'est pas dû à l'objet du hasard, comme le démontre une jurisprudence abondante en la matière<sup>640</sup>. Le cumul d'assurance souscrit pour le même risque par le même assuré<sup>641</sup> devient un indice sérieux de la connaissance réelle que se fait l'assuré du risque pris en charge. En ce sens, c'est un révélateur assez fiable « d'une intention de spéculation de nature à accroître les probabilités de réalisation du risque »<sup>642</sup>. Tout est dit. Sous un cumul d'assurance sommeille une intention secrète préjudiciable à l'assureur.

---

<sup>637</sup> « ...celui qui s'est assuré auprès de plusieurs assureurs, par plusieurs polices, pour un même intérêt, contre un même risque... ».

<sup>638</sup> La jurisprudence limite l'obligation de déclaration d'un cumul d'assurance aux seuls contrats d'assurance dommages dont la garantie est indemnitaire, sans l'étendre aux contrats d'assurances de personnes qui relèvent en principe d'une garantie forfaitaire, au motif que, « l'omission de déclaration des autres assurances n'avait eu aucune conséquence sur l'objet du risque ou sur l'opinion que l'assureur pouvait en avoir », Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 Juin 1993, n°90-22.011, RCA, comm. n° 320, obs. S. Bertolaso.

<sup>639</sup> Voir H. Groutel, RCA 1991 chron. n° 20 ; RGAT 1991, p. 623, J. Kullmann op. cit.

<sup>640</sup> C'est ainsi qu'il apparaît généralement que c'est pour faire face à un suicide programmé, ou une altération subite de son état de santé, que la technique du cumul est utilisée, et ce afin de mettre ses proches à l'abri du besoin au moyen du versement de plusieurs garanties. Voir pour un danger imminent tel que des menaces ou des représailles pesant sur l'assuré, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> Décembre 1993, n° 91-17.201; RCA 1994, comm. n° 106, en l'espèce, le cumul concernait des assurances vie alors que l'assuré fiché au grand banditisme, est décédé victime d'une agression qui était en réalité un règlement de compte annoncé.

<sup>641</sup> S'il n'y a pas identité d'assuré, le cumul pourra être passé sous silence, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 Novembre 2000, n° 98-11.891.

<sup>642</sup> En effet ignorer le cumul serait méconnaître « que la probabilité de l'évènement incertain que réalisera le risque est un élément essentiel de l'évaluation de l'engagement pris par l'assureur, que cette probabilité dépend des mobiles qui ont poussé l'assuré à contracter, que l'importance des capitaux assurés, l'accumulation des assurances peuvent déceler chez l'assuré non pas un esprit de simple prévoyance mais, au profit du bénéficiaire, une intention de spéculation de nature à accroître les probabilités de réalisation du risque », Cass. civ., 9 novembre 1941, op. cit.

**449.** C'est ce même constat toujours d'actualité, qui motivera le revirement de jurisprudence survenu en 1997<sup>643</sup>. Les juges reconnaissent la nécessité pour l'assureur de « se former une exacte appréciation du risque qu'il accepte de couvrir... (et d')... imposer à l'assuré l'obligation de l'informer de l'existence des autres polices qu'il a pu souscrire », une position qui depuis lors, a été confirmée à plusieurs reprises<sup>644</sup>. En matière d'appréciation et de sélection des risques, le cumul portant sur plusieurs contrats et sur une même tête, ne peut être tenu secret envers l'assureur<sup>645</sup>. Cette information lui permet d'entrevoir l'intérêt que le souscripteur accorde à son propre risque, ce qui par ricochet influe sur l'appréciation devant être portée au risque que l'assureur accepte de couvrir.

Cela ne signifie pas que le cumul est interdit, ni que l'on doit souscrire qu'une assurance par risque, mais qu'il doit être porté à la connaissance de l'assureur. C'est donc en traçant la limite entre cumul autorisé et non autorisé, que ce droit au secret doit être recherché.

## *§2 : Les limites légales du secret face à un cumul de contrat*

**450.** Le cumul d'assurance étant inévitable, est de ce fait encadré par le législateur qui prévoit les conditions dans lesquelles le cumul devra être régulièrement déclaré à l'assureur (A). Ce dispositif est complété par la jurisprudence qui tend à rendre le secret inutile en matière de cumul (B).

### A - Les secrets contournés par l'intervention du législateur

**451.** Le cumul d'assurance est une situation courante pouvant principalement recouvrir deux situations distinctes. S'il est inscrit dans le temps, un contrat d'assurance pourra succéder à un autre contrat, conclu auprès d'un assureur différent, pour un même risque, c'est l'hypothèse d'un cumul portant sur des contrats successifs (1), qu'il convient de distinguer du secret portant sur un cumul de double assurance. Un mécanisme selon lequel plusieurs assurances sont souscrites concomitamment pour le même risque, auprès de différents assureurs (2).

#### 1 - L'assouplissement légal du régime des contrats successifs

**452.** L'assureur n'ayant a priori aucun moyen de se renseigner sur l'existence des différents contrats conclus auprès de ses concurrents, la coexistence de plusieurs contrats d'assurances conclus dans le temps, sera une donnée secrète si elle n'était pas spontanément dévoilée par l'assuré. L'intérêt de dissimuler l'existence de contrats successifs est réel. C'est la seule

---

<sup>643</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Mai 1997, D. 1997.351, note J.L. Aubert ; RGDA 1997, p. 829 note J. Kullmann.

<sup>644</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 Juin 1993, RCA 1993 comm. n° 320 note S. B. ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Mai 1997, n° 95-14.843; RCA 1997, comm. n° 319, note H. Groutel ; D. 1997. 352, note J.L. Aubert ;

<sup>645</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 Mars 1998, RCA 1998, comm. n° 214 ; RGDA 1998, p. 303 note L. Fonlladosa.



possibilité de couvrir un risque de manière continue. C'est donc pour des raisons pratiques que le secret s'impose dans l'esprit de l'assuré (a). Le législateur va régir cette contradiction en répartissant le versement de la couverture du risque entre les différents assureurs (b).

*a - Le secret protecteur et les contrats successifs*

**453.** Le principe même de la souscription de deux assurances successives, est qu'elle porte sur une identité d'objet, d'intérêt et de risque. Cela concerne toute personne qui entend renouveler une garantie identique, mais auprès d'un assureur différent<sup>646</sup>. Pourtant si l'on s'en tient au principe de l'article L.121-4 du Code des assurances, « celui qui est assuré auprès de plusieurs assureurs, par plusieurs polices, pour un même intérêt, contre un même risque » verra tous ses contrats atteints de nullité. L'assuré conscient de la nécessité de maintenir son risque sous garantie de manière continue au cours de la phase « suspecte » que nous situons entre la fin du premier contrat, et avant que le deuxième contrat ne devienne effectif, évitera de révéler à ses cocontractants leur existence mutuelle. Le secret de l'assuré sera principalement motivé par le fait que cette forme de cumul est interdite.

**454.** Une telle démarche, à première vue suspecte, ne peut cependant pas être réduite à l'existence d'une fraude, mais à la nécessité de contourner une '*rupture temporelle*' de la couverture du risque qu'il entend protéger. C'est ce que semble considérer le législateur qui prévoit un assouplissement sous la forme de dérogations apportées à l'interdiction de conclure plusieurs contrats « pour un même intérêt et contre une même risque », comme le prévoit les articles L.251-2<sup>647</sup> et L. 124-5<sup>648</sup> du Code des assurances.

Dès lors, le cumul portant sur deux contrats distincts souscrits auprès de deux assureurs différents pour garantir le même risque est autorisé, si les parties prévoient dans le contrat des clauses spécifiques dites « clauses de reprise du passé »<sup>649</sup>, « clauses de garantie subséquente »<sup>650</sup>, voire même en souscrivant une assurance de « passé inconnu ».

---

<sup>646</sup> Nous pouvons envisager qu'un assuré dont le contrat arrive à terme dans les deux prochains mois, contracte avant la fin du terme, une même garantie mais plus avantageuse auprès d'un autre assureur.

<sup>647</sup> Loi n° 2002-1577, 30 Décembre 2002, (JO 31 Décembre 2002).

<sup>648</sup> Loi n° 2003-706, 1<sup>er</sup> Août 2003, (JO 2 Août 2003).

<sup>649</sup> « Clause contenue dans une assurance de responsabilité civile, par laquelle l'assureur accepte de garantir les réclamations présentées pendant la période de garantie et portant sur des dommages antérieurs à la prise d'effet du contrat... ». J. Landel « *Lexique des termes d'assurance* » op. cit. v° *reprise du passé*.

<sup>650</sup> « Dans les assurances de responsabilité civile, extension de garantie permettant de couvrir les réclamations présentées après la date de résiliation du contrat, dès lors qu'elles sont afférentes à des dommages ou à des faits générateurs survenus pendant la période de validité du contrat. Cette extension de garantie est limitée dans le temps. » J. Landel « *Lexique des termes d'assurance* » op. cit. v° *garantie subséquente*.

Le cumul sera autorisé si les contrats successifs sont régulièrement déclarés et acceptés entre les cocontractants. La révélation de l'existence du cumul étant un préalable nécessaire pour envisager la prise en charge du risque garanti dans le temps.

*b - La répartition de la charge de la garantie entre assureurs successifs*

**455.** La répartition du risque peut être aménagée par une clause contractuelle, mais lorsque le risque se réalise longtemps après sa déclaration, une difficulté peut survenir concernant la répartition de la prise en charge du versement de la garantie. Nous l'avons vu en cas d'assurance de responsabilité, le risque n'est réalisé que lorsque le tiers victime saisit l'assureur d'une demande de réparation<sup>651</sup>. Il peut donc s'écouler un très long délai entre la survenance du dommage, et le moment où la victime formule sa demande. Au cours de ce délai, le contrat en vigueur au moment du fait litigieux pourrait ne plus exister, et le contrat nouvellement souscrit ne pas prendre en charge un fait dommageable antérieur. Une telle situation propice au secret est encadrée par le législateur qui prévoit deux possibilités, pour accéder à la garantie selon la nature du nouveau contrat conclu.

**456.** Soit l'assuré aura changé la nature du contrat en passant d'une forme « base réclamation »<sup>652</sup> à une « base fait générateur »<sup>653</sup>, depuis le fait dommageable. Il pourra alors bénéficier, si le cumul a été régulièrement déclaré, d'une garantie en application des règles dérogatoires prévues à l'article L.124-5 du Code des assurances<sup>654</sup>. Dans ces conditions, si le fait générateur est connu de l'assuré le sinistre devra être pris en charge par le premier assureur<sup>655</sup>.

---

<sup>651</sup> Article L.124-1-1 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 », Voir supra n°.

<sup>652</sup> La clause de réclamation ou la clause de « Claim's made », exclut de la garantie ou limite dans le temps les réclamations des tiers présentées après la résiliation du contrat. Voir « Lexique des termes d'assurance » op. cit. V° *Réclamation*.

<sup>653</sup> En assurance de responsabilité civile, il s'agit du fait qui est à l'origine de la responsabilité de l'assuré, qui est « la cause génératrice du dommage. Cette cause génératrice peut résulter de la faute commise par l'assuré... Elle peut coïncider avec la survenance du dommage lui-même ». V. « Lexique des termes d'assurance » op. cit. V° *Fait générateur*.

<sup>654</sup> L'article L.124-5 du Code des assurances instauré par la loi du 30 Décembre 2002, prévoit 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 est appelée en priorité » op. cit.

<sup>655</sup> Cette prise en charge pesant sur le premier assureur est renforcée à l'article 124-5 du Code des assurances, pour qui le second « 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 (*deuxième*) garantie ». Toutes les fois que l'assuré aura connaissance du fait générateur susceptible d'entraîner la garantie elle est inopposable au second assureur car à son égard, il n'y a ni aléa, ni risque putatif, voir dans ce sens, Cass.1<sup>re</sup> civ., 18 janvier 1989, n° 86-16.427 ; Cass.1<sup>re</sup> civ., 18 décembre 1990, n° 89-19. 450.

**457.** Soit le nouveau contrat conclu est de même nature que l'ancien, sous la forme d'une « base de réclamation », et la solution permettant de désigner l'assureur tenu à garantie est prévue à l'article L.251-2 du Code des assurances, selon lequel « 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 ». Dès lors, si les contrats successifs sont de même nature, c'est en principe le nouvel assureur<sup>656</sup> qui prendra en charge le sinistre<sup>657</sup>. Le secret sur cette forme de cumul est rendu inutile par des dispositions législatives. Néanmoins, il est à noter que le législateur ne porte pas le même intérêt au cumul relevant de la double assurance, laissant le soin d'encadrer le régime de ce secret à la jurisprudence.

## 2 - le secret et la double assurance

**458.** La conclusion d'un contrat n'est pas une opération commerciale limitée par foyer, par habitant, ou par risque encouru. Dans l'absolu, il nous est possible de conclure autant de contrats d'assurances auprès d'autant de compagnies d'assurance différentes que l'on souhaite, il suffit de satisfaire au paiement des primes. De même que plusieurs personnes auront un intérêt certain à couvrir le même bien<sup>658</sup>. Le législateur semble donc a priori favorable au système de la double assurance, mais il n'envisage pas toutes les hypothèses de cumul, et certains d'entre eux devront rester secret si l'assuré veut bénéficier de la garantie (a). C'est l'œuvre jurisprudentielle qui prenant acte des lacunes dont souffre le régime de la double assurance qui va priver ce secret de tout effet en unifiant cette forme de cumul (b).

### *a - La contradiction légale favorisant le secret*

**459.** Le cumul non autorisé, consiste à être « assuré auprès de plusieurs assureurs, par plusieurs polices, pour un même intérêt contre un même risque »<sup>659</sup>. Le secret consisterait pour un assuré, de dissimuler la conclusion d'un contrat identique avec plusieurs assureurs, tout en les maintenant dans l'ignorance de l'existence des uns des autres. Cette hypothèse de juxtaposition parfaite des conditions contractuelles est de nature à relever la fraude. Ce cumul

---

<sup>656</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 octobre 2008, n° 07-19. 672. Il s'agit de l'assureur avec lequel le contrat est en cours d'exécution au moment de la réclamation amiable ou judiciaire.

<sup>657</sup> Mais la prise en charge ne sera acquise que si l'assuré n'avait pas gardé ce fait générateur de responsabilité secret, et qu'il l'ait régulièrement déclaré au moment de sa survenance, sous la forme d'une déclaration anticipée ou d'une déclaration « pour ordre » qui permet d'informer l'assureur de l'existence d'un dommage avant même que la garantie n'ait été mise en œuvre par le tiers victime.

<sup>658</sup> Ce principe est conforté à l'article L.121-6 du Code des assurances selon lequel « toute personne ayant intérêt à la conservation d'une chose peut la faire assurer ».

<sup>659</sup> Article L.121-4 du Code des assurances.

correspond à la double assurance ce qui est très fréquent en assurance de bien<sup>660</sup>, car il n'est pas rare qu'un même bien soit assuré par deux personnes distinctes. De manière générale, ce qui permet de caractériser la double assurance au regard des contrats successifs, est la distinction pouvant être faite entre les souscripteurs<sup>661</sup>. Il y a une identité d'objet mais pas de souscripteur.

**460.** Il nous faut alors envisager les différentes formes du secret pouvant affecter ce cumul. Le législateur ne prévoit que la situation d'une identité parfaite entre l'assuré-bénéficiaire, l'intérêt et le risque. Cette position signifie que le secret sera frauduleux s'il dissimule toutes ces caractéristiques. Mais qu'en est-il si elles ne coïncident pas toutes ? En effet, le cumul pourrait ne porter que sur une identité d'assuré, de risque ou d'intérêt. D'autant qu'un tel cumul ne peut être systématiquement assimilé à une fraude<sup>662</sup>. Pourtant ces souscriptions seront assimilées à un cumul non autorisé, ce qui a eu pour effet d'inciter les assurés à garder l'existence de ces différents contrats secrète pour que la garantie ne soit pas remise en cause.

#### *b - L'œuvre jurisprudentielle conciliant le secret et le cumul*

**461.** C'est une décision rendue en 2000<sup>663</sup> qui autorise un tel cumul simplement envisagé sous l'angle d'une double assurance. En l'espèce, deux professionnels exerçant la même activité dans le même local professionnel, avaient souscrits séparément une assurance de responsabilité. Il n'y avait donc pas d'identité de souscripteurs, ni de risque, mais les juges ont estimé qu'ils ne présentaient pas les critères d'un cumul frauduleux<sup>664</sup>. Désormais, le

---

<sup>660</sup> C'est ainsi qu'un même logement pourra être assuré dans le même temps, par le locataire sous la forme d'une assurance de responsabilité, et par le propriétaire avec une assurance de chose, Cass. com., 4 Février 2003, n° 98-22.961, v. H. Groutel, RCA 2003, comm. n° 215. La double assurance peut se retrouver dans une situation de sous location avec des contrats contre les risques locatifs, souscrits concomitamment par le locataire et par l'occupant réel des lieux, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 octobre 1991, n° 90-12.887, RGAT 1991, p. 806, note H. Margeat et J. Landel.

<sup>661</sup> En cas d'identité de souscripteur nous serons face à un cumul, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 Octobre 2002, n° 99-16.749, voir note L. Fonlladosa, RGDA 2003, p.43.

<sup>662</sup> Si une identité de personnes suffisait à retenir un cumul frauduleux, ce critère mettrait en difficulté la pratique des contrats comprenant une clause dite d'assurance « pour le compte de qui il appartiendra » réglementée à l'article L.112-1 du Code des assurances, et selon lequel, « La clause (*d'assurance pour le compte de qui il appartiendra*) vaut, tant comme assurance au profit du souscripteur du contrat que comme stipulation pour autrui au profit du bénéficiaire connu ou éventuel de ladite clause ». Un assuré peut souscrire dans le même temps une garantie pour lui-même, mais aussi pour un tiers.

<sup>663</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 novembre 2000, n° 98-11.891

<sup>664</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 décembre 1990, n° 89-14.381 ; RGAT 1991, p. 29, note R. Maurice.

critère fondé sur l'absence d'identité de souscripteurs, d'intérêt<sup>665</sup> ou de risque<sup>666</sup> est apprécié de manière extensive par les tribunaux<sup>667</sup>.

**462.** L'assuré qui aura valablement informé ses différents assureurs de l'existence de tous les contrats souscrits, sans qu'ils présentent une identité de souscripteur<sup>668</sup>, d'intérêt ou de risque, sera en mesure lors de la réalisation du sinistre d'actionner l'assureur de son choix. Il pourra être indemnisé dans les limites prévues à la garantie. Si le dommage excédait l'indemnité versée, il pourra obtenir la réparation totale de son préjudice en actionnant les autres assureurs, mais sans aller au-delà. En application des critères dégagés par la jurisprudence, le secret dissimulant l'existence d'une double assurance est désormais dénué de tout intérêt. Les contradictions légales ayant favorisées l'instrumentalisation du secret étant neutralisées, il nous est possible de délimiter l'action du secret portant sur un cumul de contrat d'assurance.

## B - La délimitation du secret portant sur le cumul de contrat

**463.** En reconnaissant le droit de contracter successivement ou concomitamment plusieurs contrats, le législateur et la jurisprudence tracent une limite précise entre le cumul autorisé et non autorisé. L'assuré n'aura plus besoin d'opposer le secret à l'assureur pour préserver ses intérêts (1), dès lors seuls seront sanctionnés les secrets qui dissimuleront la coexistence de plusieurs contrats d'assurance (2).

### 1 - L'intérêt de dévoiler les secrets

**464.** Quelque soit le cumul de contrats envisagé, l'assuré peut bénéficier d'une couverture de son risque de manière continue, peu importe quel assureur prendra son risque en charge, le plus important étant qu'il soit couvert, et que l'indemnité soit versée. L'assouplissement légal

---

<sup>665</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 avril 2002, n° 00-21.014, en l'espèce il s'agissait de déterminer si un médecin bénéficiant d'une garantie de responsabilité conclue par la clinique pour l'ensemble de son personnel et d'une assurance personnelle de responsabilité correspondait à un cumul frauduleux. Les juges ont répondu par la négative, du fait qu'il ne pouvait y avoir une identité d'intérêt entre les deux assurances souscrites.

<sup>666</sup> De même qu'un même immeuble dont l'usage concernait des parties privatives et une partie commerciale pouvait être assuré par son locataire dans le cadre de deux contrats distincts de responsabilité, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 juillet 1991, n° 89-20.717 ; RGAT 1991, p. 803, note H. Margeat et J. Landel.

<sup>667</sup> Pour une assurance « tierce location » souscrite par une société de crédit bail (propriétaire du véhicule jusqu'à obtention du paiement complet) et une assurance dommage souscrite par le locataire du véhicule, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 novembre 2000, n° 98-11.981. La double assurance peut également se retrouver dans les ventes pratiquées sous la forme du crédit bail, la chose objet du contrat de cession sera assurée dans le même temps par le vendeur et l'acquéreur, qui ne deviendra propriétaire que lorsque le paiement complet aura été effectué. Dans ce cas, une assurance de même nature pourra être souscrite pour garantir le même bien, ces deux assurances présenteront une identité d'objet, mais seront désormais autorisées, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 Juin 1996, n° 94-11.651 ; RGDA 1996, p.575, note L. Mayaux. Il est également possible de souscrire plusieurs assurances auprès du même assureur afin de couvrir les mêmes risques, dans une espèce les juges ont refusé de retenir l'existence d'un cumul frauduleux appliquant les règles d'une double assurance, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 décembre 1995, n° 93-12.561, RGDA 1996, p.436, note R. Maurice.

<sup>668</sup> CA Chambéry, 2<sup>e</sup> Ch. 12 décembre 2006, n° 05/02129.

et jurisprudentiel enlève tout intérêt au secret quand il a trait aux contrats successifs ou concomitants car, seuls bénéficieront d'une garantie, les assurés qui auront régulièrement dévoilé la réalité de leur situation contractuelle auprès de leurs assureurs. Cette approche du cumul permet de contourner la problématique du secret.

**465.** Il est de l'intérêt de l'assuré de ne pas avoir de secrets envers ses différents assureurs et de leur dévoiler respectivement l'existence des différents contrats souscrits. En effet, s'il gardait le secret, le sinistre ne serait pris en charge, ni par le nouvel assureur pour défaut d'aléa, ni par l'ancien pour manquement aux obligations déclaratives. L'assuré qui maintien le secret sur l'existence de la souscription de plusieurs contrats assurances encourt la nullité de tous ses contrats. Mais il nous faut déterminer dans quelles circonstances le secret favorisant le cumul d'indemnités d'assurances sera assimilé à un cumul frauduleux de contrats.

## 2 - La nécessité de poser des questions sur l'existence d'un cumul d'assurance

**466.** Les assurés ayant maintenus le secret sur les contrats conclus successivement ne pourront faire valoir leur droit à garantie, car leur situation dépendra du régime commun de l'article L.121-4 du Code des assurances, qui ne prend en considération la coexistence de plusieurs assurances seulement « quand elles sont contractées sans fraude... ». Le cumul d'assurance tel que défini et encadré par l'article L. 121-4 du code des assurances<sup>669</sup>, laisse apparaître un principe dénué de toute ambiguïté : c'est en l'absence de fraude sur l'existence de plusieurs contrats d'assurance que le cumul est autorisé. Le secret étant assimilé à une absence de déclaration de risque, et donc à une fraude, seul l'assuré ayant maintenu le secret sur l'existence des différents assureurs avec lesquels il a conclu un contrat, verra son secret sanctionné de nullité pour mauvaise foi.

**467.** Si le secret n'est pas dévoilé, aucune clause dérogatoire prévue au régime du cumul d'assurance<sup>670</sup>, ne pourra être insérée au contrat, et aucun des assureurs successifs ne sera tenu à garantie. Cela suppose que l'assureur prenne la précaution de poser une question claire et précise sur l'existence d'un autre contrat. Seul l'assuré ayant maintenu le secret sur l'existence du cumul alors, qu'il était tenu de répondre avec sincérité sera sanctionné pour non déclaration du risque initial. Mais à l'inverse, si l'assureur omet de poser la question,

---

<sup>669</sup> Si les conventions « sont contractées sans fraude, chacune d'elles produit ses effets dans les limites des garanties du contrat... Le bénéficiaire du contrat peut obtenir l'indemnisation de ses dommages en s'adressant à l'assureur de son choix. ».

<sup>670</sup> Telles qu'elles sont prévues aux articles L.124-5 et L.251-2 du Code des assurances.

l'assuré à qui rien n'a été demandé pourra garder le secret sur l'existence d'un cumul d'assurance.

**468. Conclusion section 1 :** le choix d'imposer le secret sur l'existence du contrat n'est pas toujours laissé à la libre appréciation des cocontractants. L'intervention du législateur est déterminante en ce qu'il lui est possible d'imposer la levée du secret dans un intérêt public, ou de réduire l'intérêt qui pourrait inciter l'assuré à l'opposer à son assureur. Sous l'angle de l'existence du contrat, le secret procède d'un choix stratégique qui permettra à l'assuré de bénéficier de tous les avantages du contrat sans en supporter les inconvénients.

## Section 2 - Le secret et l'incertitude de l'existence du contrat

**469.** L'incertitude est liée au fait que le droit des assurances accorde une large place au silence dans les relations contractuelles. Le silence correspond à une volonté implicite car non exprimée, ou non matérialisée propice au doute et donc, au secret.

Une volonté non exprimée est un secret qui influera durablement sur la relation d'assurance. C'est la raison pour laquelle, le législateur attache au silence une présomption déduite d'un comportement<sup>671</sup> ou d'une attitude, tendant à la préservation de la relation contractuelle (**Sous section 1**). De même qu'une volonté non matérialisée permet aux cocontractants de maintenir le silence sur les conditions réelles de leur engagement. C'est donc pour protéger le consentement des parties que le législateur impose l'obligation de prouver l'existence du contrat par la remise effective de documents informatifs (**Sous section 2**).

### Sous section 1 - Le silence et l'existence du contrat

**470.** Il est une particularité attachée au contrat d'assurance selon laquelle, les parties peuvent se réserver la faculté de garder le secret sur certaines de leurs décisions directement liées à l'évolution du contrat. Le secret est dans ce cas le produit de la manifestation tacite de l'expression de la volonté<sup>672</sup>. Les cocontractants pourront être confrontés à une décision dissimulée sous un silence, qui de par l'effet de surprise, présentera à leur égard tous les aspects d'un secret.

---

<sup>671</sup> Voir B. Fages « *Le comportement du contractant* » thèse Aix - Marseille, 1997, préface de J. Mestre, l'auteur reprend une classification des manifestations tacites relevant d'une attitude ou d'un comportement pouvant être assimilé à une volonté expresse.

<sup>672</sup> En droit, le mot '*tacite*' recouvre toutes circonstances « dont l'existence se déduit, en l'absence de déclaration expresse de certains faits (*attitude, comportement*) révélateurs d'une intention », G. Cornu, « *Vocabulaire juridique* », v<sup>o</sup>. *tacite*.

En assurance nous pouvons observer deux effets distincts attachés au silence. Il y a le silence dont on présume qu'il marque la volonté de poursuivre la relation contractuelle, et le silence qui marque l'indécision sur la poursuite de la relation contractuelle. Ces formes de silence ont en commun d'emporter des conséquences sur l'existence du contrat, et seront à ce titre légalement encadrées, afin qu'elles ne portent pas préjudice au maintien de la relation contractuelle (§1). Mais s'il s'avère que l'assureur garde le silence sur ses intentions réelles pour favoriser une situation contractuelle ambiguë voire incertaine envers l'assuré, son silence pourra être interprété dans un sens qui lui sera très défavorable (§2).

### *§1 - L'interprétation du silence et la continuité du contrat*

**471.** Dans certaines hypothèses, le silence est dû à des négligences, ou à des oublis, dont les effets pourraient nuire au maintien des relations contractuelles. À cet effet, le législateur prévoit des dispositions permettant d'apprécier le silence et de déduire de tous ces '*non dits*' l'expression d'une volonté qui sera figé dans l'intérêt de la poursuite de la relation d'assurance. Pour comprendre toute l'étendue de l'utilité de l'interprétation qui est faite du silence dans le contrat d'assurance, il est nécessaire de l'envisager sous l'angle de la reconduction tacite (A), qui procède d'un mécanisme protecteur instauré dans l'intérêt des cocontractants (B).

#### A - L'existence du contrat protégé par la tacite reconduction

**472.** Nous assimilons le secret au silence en ce que ces deux notions ne permettent pas de connaître les intentions réelles des cocontractants. C'est dans leur intérêt que ce secret sera assimilé à une tacite reconduction qui « à pour effet de prolonger automatiquement la durée convenue par les parties sans que celles-ci aient à intervenir »<sup>673</sup>. L'intérêt de la tacite reconduction est de déduire du silence, l'expression d'une volonté gardée secrète dont on présume qu'elle marque un consentement à la poursuite de la relation d'assurance (1) mais seulement si les parties n'expriment pas leur volonté de mettre fin au contrat de manière expresse (2).

#### 1 - Le principe de l'acceptation déduite d'une volonté implicite

**473.** Le silence peut dissimuler la volonté réelle des cocontractants qui seraient par exemple en train de réfléchir à l'intérêt de poursuivre la relation d'assurance. Cela recouvre l'hypothèse de l'assuré qui serait en quête d'un meilleur assureur, et qui, dans le cas où ses démarches seraient infructueuses, préférera renoncer à en changer et continuer la relation

---

<sup>673</sup> A. Favre Rochex et G. Courtieu, « *Le droit du contrat d'assurance terrestre* », op. cit. n° 1-373, p.175



existante. Le silence marque une hésitation, ou une volonté réelle de changement qui ne sera pas menée à son terme faute d'avoir trouvé mieux.

Mais dans d'autres cas le silence ne révélerait que d'un oubli pur et simple. Il est fort probable que l'assuré n'ait plus conscience, des modalités de renouvellement du contrat, et soit pris de court s'il avait oublié que le contrat arrivait à son terme. Dans tous les cas, le silence prolongé peut s'avérer dangereux. En effet oublier de reconduire le contrat signifie y mettre fin et donc, ne plus être garanti.

**474.** La reconduction tacite est envisagée sous un angle protecteur envers les deux parties par le législateur. Il est de fait que « la cessation automatique du contrat à l'expiration du terme prévu présente des inconvénients aussi bien pour l'assureur qui perd la gestion d'un contrat, que pour l'assuré qui peut se trouver à découvert s'il a oublié la date d'expiration de son contrat »<sup>674</sup>. Le législateur va donc déduire de ce silence un accord tacite, et inverser le mécanisme de l'expression manifeste de la volonté nécessaire à la conclusion d'un contrat, en confirmant l'adage « qui ne dit mot consent ». C'est ce qui ressort des dispositions contenues dans la loi du 28 janvier 2005<sup>675</sup>, qui imposent à l'assureur de réitérer annuellement l'information concernant la faculté de résilier le contrat<sup>676</sup>. Cela favorise le renouvellement annuel du contrat sans qu'il n'y ait d'interruption. La volonté du législateur tend de ce fait à protéger le consentement des cocontractants dans le temps, toutes les fois que leur volonté réelle est maintenue secrète<sup>677</sup>.

## 2 - Les limites de la reconduction tacite du contrat

**475.** Ce n'est que si les cocontractants refusent de poursuivre leur relation qu'ils devront exprimer de manière expresse, leur volonté de mettre fin au contrat. S'ils gardent le silence, le contrat est reconduit pour une nouvelle période de un an. Et ce, en vertu de l'article L. 113-15 alinéa 2 du Code des assurances selon lequel « la police doit également mentionner que la durée de la tacite reconduction ne peut en aucun cas être supérieure à une année ». Cependant, la tacite reconduction n'aura d'effet que si le contrat est à durée limitée, et qu'une clause ait expressément prévue cette possibilité de renouvellement automatique<sup>678</sup>. S'il ne bénéficiait

---

<sup>674</sup> Y. Lambert Faivre et L. Leveneur, « *Droit des assurances* » op. cit. n° 240.

<sup>675</sup> Loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 « tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur » (JO 1<sup>er</sup> février 2005, p. 1648).

<sup>676</sup> Les modalités de la tacite reconduction doivent figurer dans l'avis d'échéance.

<sup>677</sup> J. Bigot, *la loi Chatel et l'assurance : une loi inutile ?*, JCP 2005, actual. 82.

<sup>678</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 octobre 1964, JCP 1964 G, II, 13930, en l'espèce l'accord étant équivoque la clause ne pouvait trouver à s'appliquer, le silence ayant dans ce cas mis fin à la relation d'assurance à la fin du contrat.

pas de cette information dans les délais impartis<sup>679</sup> tous les effets de la reconduction tacite seraient annulés.

## B - La reconnaissance légale d'un silence protecteur

**476.** Un auteur<sup>680</sup> a pu déduire que le principe de la reconduction tacite ne découlait pas du silence mais de la volonté des parties exprimée lors de la conclusion du contrat, par une clause spécialement prévue à cet effet. Cependant, il nous semble que si la clause marque l'expression de la volonté des parties tendant à bénéficier d'une disposition légale<sup>681</sup>, le principe même de la reconduction tacite trouve son fondement dans le silence et échappe à la volonté consciente des parties. Ce que conforte notre hypothèse de l'oubli de la date anniversaire du contrat.

**477.** D'une part, les parties ne maîtrisent pas les critères de la reconduction tacite, si cela était, elles pourraient lui donner une définition différente, en ne la soumettant pas au silence, ou en prévoyant des modalités temporelles différentes, en instaurant par exemple, une reconduction tacite tous les deux ans. Mais en la matière, la volonté des parties est strictement limitée au cadre légal qui fixe la reconduction tacite à une périodicité annuelle, étant placée de ce fait hors du champ des prévisions contractuelles. Et d'autre part, il nous semble que la reconduction tacite découle du silence selon la volonté du législateur, et non des parties, car sans silence la reconduction tacite n'aurait pas lieu d'être.

**478.** Dans ces conditions, la clause ne sert qu'à définir les contours du silence en permettant de lui faire produire un plein effet lors de la reconduction tacite du contrat. Certes, la clause marque l'accord de volonté initiale des cocontractants portant sur les différentes manières de mettre fin au contrat, mais il nous semble que la renonciation tacite est intrinsèquement liée au silence, et donc au secret, à seules fin d'en limiter les effets néfastes.

De plus, si l'on tient compte de la valeur juridique du contrat reconduit tacitement, et selon laquelle le renouvellement permet la formation d'un nouveau contrat<sup>682</sup> trouvant « sa force obligatoire non dans le contrat d'origine, dont la durée est limitée ... (*à un an*)... mais dans

---

<sup>679</sup> Si l'avis d'échéance est envoyé tardivement, soit moins de quinze jours avant l'échéance du contrat, l'assuré bénéficie de vingt jours après la date d'émission du courrier de l'assureur pour s'opposer à la tacite reconduction, au-delà l'assuré peut mettre fin au contrat à tout moment au cours du contrat reconduit tacitement.

<sup>680</sup> B. Amar-Layani, *la tacite reconduction*, D. 1996.143.

<sup>681</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 juin 1984, D. 1985. 192, obs. C. Berr et H. Groutel, qui reviennent sur la nécessité d'une clause expressément prévue au contrat.

<sup>682</sup> Concernant les effets de la tacite reconduction tendant à créer un nouveau contrat, Mme Y. Lambert Faivre semble sceptique et relève que « la jurisprudence estime de manière contestable qu'un contrat nouveau prend la place de l'ancien », « *Droit des assurances* » op. cit. n° 242.

l'accord tacite en vertu duquel les effets du contrat sont prorogés »<sup>683</sup>, il apparaît que si la clause initiale pose le principe de l'instauration du mécanisme légal du renouvellement de la tacite reconduction, une fois mise en place, elle échappe à la volonté des contractants et continue d'exister sans qu'il y ait lieu de la réitérer par un accord de volonté. La volonté des parties n'ayant à intervenir que pour mettre fin au contrat de manière exprès.

Avec la reconduction tacite ce n'est pas tant le secret que dissimule le silence des cocontractants qui importe, mais la protection de la continuité du contrat dans le temps. Le contrat est préservé des effets du silence. C'est la raison pour laquelle il nous semble que la reconduction tacite trouve le fondement de son principe et de son application dans le silence et non dans la volonté des parties. C'est un fait qu'il convenait de préciser afin de démontrer que le législateur a non seulement conscience de l'existence du secret au sein d'une relation contractuelle, mais qu'il est également en mesure de le circonscrire efficacement. Pourtant, et c'est tout l'intérêt de notre propos, en assurance, ce n'est qu'avec parcimonie qu'il se donne les moyens d'encadrer le secret.

Le silence ne bénéficie pas systématiquement d'un tel régime de faveur notamment quand il émane de l'assureur qui ne répond pas aux sollicitations de l'assuré au cours de l'exécution du contrat d'assurance.

## *§2 - le silence de l'assureur et l'acceptation tacite des secrets de l'assuré*

**479.** l'assureur peut s'apercevoir qu'en matière de secret la seule difficulté et non des moindres, peut survenir lorsque l'assuré lui dévoile tous ses secrets en cours de contrat. Le secret concerne l'hypothèse d'un silence opposé par l'assureur qui dissimule à l'assuré ses intentions réelles concernant la poursuite des relations contractuelles (A). Mais si ce silence était trop prolongé, il sera analysé en une acceptation tacite de toutes les demandes formulées par l'assuré (B).

### **A - La reconnaissance de l'acceptation tacite de l'assureur**

**480.** Lorsque l'assureur sollicité par son assuré s'obstine dans son mutisme, son comportement tendant à dissimuler les suites qu'il entend donner à la demande de son cocontractant, est de nature à créer une ambiguïté inconciliable avec la stabilité des relations contractuelles. Dès lors il sera fait une appréciation très étendue du secret opposé sous la forme du silence (1). D'autant que cette acceptation tacite offrira à l'assuré la possibilité d'imposer à l'assureur tous les secrets dissimulant la réalité du risque (2).

---

<sup>683</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 17 juillet 1980, D. 1981. 117, note C. Berr et H. Groutel.

## 1 - L'étendue de l'acceptation tacite de l'assureur

**481.** Le silence que nous envisageons est encadré par l'article L.112-2 alinéa 5 du Code des assurances, selon lequel toute proposition de l'assuré visant à modifier le contrat est réputé acceptée par l'assureur qui « ne refuse pas cette proposition dans les dix jours après qu'elle lui est parvenue ». Cela signifie que le silence maintenu plus de dix jours par l'assureur emporte son acceptation tacite des modifications proposées par l'assuré.

Cela ne devrait concerner que la demande portant sur une modification de contrat, mais ce principe est étendu à toutes les demandes de l'assuré<sup>684</sup>. Ce silence de nature à créer une ambiguïté sur l'existence même du contrat, à fait l'objet d'une appréciation très étendue et par là-même défavorable envers l'assureur, en ce qu'il est obligé d'accepter toutes les demandes formulées par l'assuré s'il n'y répondait pas dans les délais impartis.

**482.** Cette conception extensive de l'article L.112-2 alinéa 5 du Code des assurances était déjà vivement critiquée par MM. Besson et Picard dans leur traité du droit des assurances<sup>685</sup>, et pour qui l'adjonction d'un risque nouveau ne pouvait être qu'une proposition tendant à la conclusion d'un nouveau contrat, et non une simple modification du contrat initial. Une position que rejoint Mme Lambert Faivre qui voit dans le risque nouveau, la modification d'un élément fondamental du contrat dont l'acceptation ne peut être obtenue tacitement. C'est ainsi qu'un auteur regrettait que l'on puisse « Donner à l'adage '*qui ne dit mot consent*' une portée aussi générale... (*qui apparait*)... aux yeux de nombreux auteurs regrettable »<sup>686</sup>, mais plus qu'une simple extension de l'article L. 112-2 alinéa 5, nous retiendrons comme le relève M. Kullmann<sup>687</sup> que les magistrats font de ce fait, une regrettable confusion entre la modification de la police et la modification du contrat d'assurance<sup>688</sup>.

---

<sup>684</sup> Il convient de distinguer la situation au cours de laquelle intervient la modification. Soit elle est due à une circonstance nouvelle et concerne le risque initial, auquel cas, l'article L. 113-4 du Code des assurances « En cas d'aggravation du risque en cours... l'assureur a la faculté soit de dénoncer le contrat, soit de proposer un nouveau montant de prime... » prévoyant ce cas de figure est applicable. Soit la modification procède de la volonté de l'assuré tendant à modifier les conditions du contrat d'assurance initial et soumet ses propositions à l'assureur comme le prévoit l'article L.112-2 alinéa 5 du Code des assurances « Est considérée comme acceptée la proposition, faite par lettre recommandée, de prolonger ou de modifier un contrat ou de mettre en vigueur un contrat suspendu, si l'assureur ne refuse pas cette proposition dans les dix jours après qu'elle lui est parvenue ». Cette confusion est due à un vide législatif, en effet, l'article L. 113-4 du code des assurances ne prévoit aucune sanction à l'égard de l'assureur ayant maintenu le silence dix jours d'affilés, suite aux demandes régulièrement effectuées par l'assuré.

<sup>685</sup> Voir T.I n° 86 et suivant.

<sup>686</sup> L. Fondallosa, *Le silence de l'assureur valant acceptation tacite d'une modification du contrat : vers une réforme législative*. Lamy Assurances 1999, n° 54 p.2

<sup>687</sup> J. Kullmann, RGAT 1994, p. 1122 .

<sup>688</sup> Les tribunaux ont par la suite apprécié de manière systématique et très stricte les conséquences devant être accordées au silence opposé à une demande tendant à « modifier un contrat, faite par l'assuré, par lettre recommandée, à son assureur, et que ce dernier n'a pas refusé dans les dix jours de la réception de cette lettre, (*cette demande*) est considérée comme acceptée par lui. », Cass.1<sup>re</sup> civ., 15 Juin 1999, RCA 1999, comm. n°

**483.** Dans un premier temps, la chambre civile refusait d'assimiler le silence de l'assureur à une acceptation tacite du risque modifié, et ce, qu'il s'agisse de risque nouveau<sup>689</sup>, aggravé<sup>690</sup> ou distinct<sup>691</sup>. Mais la jurisprudence devait dès 1994<sup>692</sup> revenir à une appréciation conforme à l'esprit du législateur de 1930, dont les dispositions étant reconnues d'ordre public ne pouvaient être interprétées, dans un sens favorable à l'assureur silencieux<sup>693</sup>.

**484.** Le silence de l'assureur sera analysé en une acceptation tacite de toutes les modifications susceptibles d'intervenir en cours de contrat<sup>694</sup>. Et si l'assuré très prévoyant, avait indiqué dans sa proposition, la volonté d'accorder une prise d'effet immédiat à la modification, elle pourra valablement rétroagir à la date de la demande de l'assuré<sup>695</sup>. Le silence de l'assureur est un secret dont il est impossible de savoir s'il a été opposé volontairement ou non, mais dont il devra supporter les conséquences.

**485.** Cette absence de distinction des modifications est cependant favorablement accueillie par M. Sargos pour qui « l'assuré de bonne foi même normalement informé ne peut pas faire

---

310. Et ce même s'il s'agit d' « un risque distinct et plus important par rapport au contrat initial », Cass.1<sup>re</sup> civ., 9 Décembre 1997, voir note L. Mayaux, *Modification du contrat d'assurance* RGDA 1998, p. 56; A. Favre-Rochex Gaz. Pal. 15 Mars 1998 n° 74 p. 8-9.

<sup>689</sup> Cass.1<sup>re</sup> civ., 16 Octobre 1844, mentionné dans D. 1986. 98 obs. C.J. Berr et H. Groutel.

<sup>690</sup> Cass.1<sup>re</sup> civ., 4 Mars 1986, RGAT 1986, p. 351.

<sup>691</sup> Cass.1<sup>re</sup> civ., 11 Janvier 1989, RGAT 1989, p. 318, pour l'adjonction d'un atelier de réparation à un commerce d'antiquité ; voir également Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Mars 1990, RGAT 1990, p. 309, note Margeat et J. Landel concernant l'extension d'une assurance de responsabilité d'un véhicule automobile à une garantie de vol.

<sup>692</sup> Cass.1<sup>re</sup> civ., 11 Octobre 1994, RCA 1994, comm. n° 415 et chr. H. Groutel n° 37 ; RGAT 1994, p. 1122, note J. Kullmann; D. 1995. 177 rapport P. Sargos ; Gaz. Pal. 18 Février 1995, chr. A. Favre Rochex *Le silence et l'assureur* ; Gaz. Pal. 21 Février 1995.1, som. p.136, et n° 52 p.14 note H. Margeat, A. Favre Rochex et B. Cerveau.

<sup>693</sup> À l'origine du droit des assurances, l'article 7 de la loi du 13 Juillet 1930 (Actuel article L. 112-2 alinéa 5 du Code des assurances) permettait de fonder l'appréciation très étendue de cette acceptation tacite. Cette disposition dont les juges retiennent « que la généralité des termes de l'article 7, lequel est d'ordre public, interdit d'introduire des distinctions entre les diverses modifications possibles du contrat » Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 Juin 1961, RGAT 1962, p. 172. C'est le principe de l'application générale du principe de l'ordre public qui favorise la confusion entre une demande de modification du contrat, et de modification de risque.

<sup>694</sup> C'est ainsi qu'une demande tendant à adjoindre une garantie portant sur le dégât des eaux à une police incendie, est déclarée, tacitement acceptée si « l'assureur n'établit pas qu'il a refusé la proposition de modification dans le délai de dix jours... ». Cependant, en l'espèce, s'agissant d'un risque nouveau, cette demande devait être analysée sous l'angle d'une proposition tendant à la conclusion d'un nouveau contrat. Mais faute d'avoir répondu à l'assuré dans les délais légaux, la demande est réputée acceptée et le nouveau risque garanti. H. Groutel, *Le moment de la prise d'effet d'une modification du contrat d'assurance acceptée par le silence de l'assureur*, RCA 1996, n° 1, p. 1-2.

<sup>695</sup> Cette solution retenue par un arrêt de principe en date du 22 Mai 1991 précise que « lorsque l'assureur n'a pas refusé la proposition de modification dans le délai de dix jours, il est réputé l'avoir accepté dans les termes et à compter de la demande de l'assuré ». En l'espèce, l'assuré avait expressément stipulé la prise d'effet immédiat du risque garanti. Mais par la suite, les tribunaux ont apprécié de manière très extensive ce principe, et ne se sont plus attachés à la demande exprès de l'effet immédiat demandée par l'assuré. Désormais, « lorsque l'assureur n'établit pas qu'il a refusé (*la demande de modification*)... il est réputé l'avoir acceptée dans les termes et à compter de la demande de l'assuré », Cass.1<sup>re</sup> civ., 22 Mai 1991, RGAT 1991, p. 543, note R. Maurice ; Gaz. Pal. 1991, 5 Décembre 1991, 2, panorama n° 339 p. 258.

de distinction sûre entre ce qui relève d'une simple modification et ce qui relèverait d'un nouveau contrat »<sup>696</sup>. Selon ce principe, il appartient à l'assuré de tout déclarer, et à l'assureur de trier et d'apprécier les demandes, s'il ne le fait pas en temps opportun, il sera seul tenu des conséquences de sa négligence. Ce qui paraît justifié en vertu de la qualité de professionnel de l'assureur. Cependant cette présomption attachée au silence de l'assureur emporte sur le contrat des effets qui à la faveur du secret, bouleverse tout l'équilibre contractuel. C'est ce déséquilibre qui constitue la sanction de l'assureur.

## 2 - La sanction du silence de l'assureur

**486.** Face aux principes cumulés de l'acceptation tacite et de la rétroactivité par la prise en compte de la date d'émission de la lettre recommandée de l'assuré, le silence de l'assureur le soumet inévitablement aux « excès destructeurs de l'article L.112-2 »<sup>697</sup>. L'acceptation tacite de l'assureur suppose que le secret maintenu volontairement par l'assuré sur la réalité du risque en cours d'exécution du contrat, puisse être couvert par l'inadvertance ou par la négligence de son cocontractant. C'est ce que M. Courtieu nomme « le double piège de l'article L.112-2 du Code des assurances »<sup>698</sup>. En effet, seul importe le comportement de l'assureur, c'est son silence qui est sanctionné et non les secrets de l'assuré<sup>699</sup> tendant à faire peser des incertitudes trop importante sur l'existence même du risque initial<sup>700</sup>.

**487.** Comme le souligne M. Favre Rochex « à priori, l'assureur qui reste silencieux est donc maltraité par (l'article) L.112-2 (du code des assurances) qui le contraint à garantir, sans alternative, aux conditions appliquées au risque antérieur. »<sup>701</sup>. Et force est d'admettre qu'en tenant compte du principe de la rétroactivité, ce n'est plus de la 'maltraitance' mais une 'sévère correction' que l'assureur se voit asséné de son propre chef, en cas de silence prolongé.

Ce principe d'acceptation tacite, doublé de l'effet rétroactif, permet à l'assuré 'audacieux' qui a fait preuve de mauvaise foi, tant au niveau de la déclaration initiale de risque, qu'au niveau de

<sup>696</sup> Rapport de P. Sargos, D. 1995. 177.

<sup>697</sup> A. Favre-Rochex, *le silence et l'assureur*, opus cit.

<sup>698</sup> G. Courtieu, *le double piège de l'article L.112-2 du Code des assurances*, Gaz. Pal. 17 Septembre 1997, n° 260 p. 4-6.

<sup>699</sup> R. Maurice, RGAT 1991, p. 543.

<sup>700</sup> En effet, entre le moment de la demande de la modification et les dix jours durant lesquels l'assureur a maintenu le silence, se crée *ipso facto* une 'période suspecte' durant laquelle le sinistre pourra se réaliser, auquel cas l'assureur devra sa garantie, même si le risque n'entraîne pas dans ses prévisions. Certains auteurs soulignent ces incohérences, H. Groutel, *Le moment de la prise d'effet d'une modification du contrat d'assurance acceptée par le silence de l'assureur*, RCA 1996, n° 1, p. 1-2.

<sup>701</sup> G. Courtieu propose que les juges la rejette, car est « nécessairement suspecte, la proposition d'une date d'effet antérieure à la date d'émission de la demande de modification », v. *le double piège de l'article L.112-2 du Code des assurances*, op. cit.

la déclaration de la modification du risque initial, d'obtenir la garantie de tous les faits qu'il avait maintenu secret jusqu'à sa demande de modification.

#### B - Le secret intégré au contrat par le silence de l'assureur

**488.** En application du principe de l'acceptation tacite, si le souscripteur déclare en cours de contrat une circonstance du risque maintenue secrète lors de la souscription initiale ou en cours de contrat, et que l'assureur lui oppose un silence prolongé, cette « attitude taisante »<sup>702</sup> aura les effets d'une acceptation tacite qui sera étendue à tous les secrets de l'assuré<sup>703</sup>, même ceux qui dans d'autres conditions, n'auraient jamais été acceptés.

**489.** Cette forme d'acceptation tacite prend toute son ampleur à la lumière du secret. L'assureur sera contraint d'accepter ces risques maintenus secrets au cours de la phase de déclaration initiale du risque, et sera soumis à une obligation de garantie pouvant aller bien au-delà de ses prévisions contractuelles initiales. Mis face à son manque de diligence, l'assureur n'est plus en mesure de rétablir l'équilibre du contrat, il sera dans l'obligation d'accepter toutes les demandes, et par la même tous les secrets qu'il tente au quotidien de maintenir hors de la relation d'assurance. La demande de modification crée une brèche à travers laquelle le secret pourra s'engouffrer dans le contrat d'assurance sans aucun moyen de le '*canaliser*'. En maintenant un silence prolongé l'assureur à lui-même opposé un secret à l'assuré, qui sera sanctionné à ce titre.

**490.** Une demande de modification, est donc le moment '*idéal*' pour dévoiler ses secrets. L'assureur dont la méfiance est en éveil au moment de la déclaration initiale du risque, peut du simple fait de son inadvertance en cours de contrat, réduire à néant tous les efforts déployés afin de circonscrire le risque qu'il s'était engagé à garantir. Le secret dans ce sens peut être identifié à un '*cheval de Troie*' car soumis à la libre appréciation de l'assureur pendant dix jours consécutifs, ce dernier pouvait à la faveur du questionnaire initial, mettre en évidence des informations dissimulées lors de la souscription initiale de risque et dénoncer le contrat. Mais en renonçant à observer plus attentivement la déclaration de la modification du risque, il permet à l'assuré de traverser les remparts de tout le processus déclaratif propres aux

---

<sup>702</sup> L. Mayaux, Rép. Dalloz, op. cité. n° 175.

<sup>703</sup> En réalité l'acceptation tacite est entendue dans un sens très étendu. Elle pourra être déduite du comportement de l'assureur lorsqu'il a régulièrement pris connaissance des modifications dont lui avait fait part l'assuré, et qu'il a par la suite continué à exécuter le contrat sans élever d'objections, pour un véhicule équipé d'un système anti démarrage non conforme aux stipulations contractuelles dont l'assureur était informé ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 Juillet 2003, n° 00-20.198. Toutes les fois qu'il a perçu le versement des primes Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 Février 1986, RGAT 1986, p. 201, note F. Chapuisat. S'il a procédé au paiement du sinistre, il ne pourra plus ultérieurement se prévaloir d'une aggravation des risques non prise en charge par la police, son silence valant acceptation il sera bien tenu à garantie.

assurances, et d'abriter ses secrets sous une couverture de garantie à laquelle il n'aurait pas été en droit de prétendre en temps normal. La négligence légitime le secret. Mais ce constat n'est pas de mise si le secret porte sur les modalités de l'existence du contrat.

## Sous section 2 - Le secret et la matérialisation de l'existence du contrat

**491.** L'existence même du contrat d'assurance serait source d'incertitudes si le secret dissimulait les conditions dans lesquelles il a été conclu. Un tel secret destiné à rompre la stabilité et l'équilibre de la relation d'assurance, est neutralisé par le droit de la preuve qui commande la révélation de l'existence réelle du contrat (§1), en imposant la remise effective de documents informatifs à l'assuré (§2).

### *§1 - La spécificité de la preuve de l'existence du contrat en assurance*

**492.** Le droit commun des contrats permet qu'une convention soit valablement formée en l'absence de tout écrit. Le contrat ainsi formé procède du consensualisme dont fait parti le contrat d'assurance (A). Mais le secret portant sur les conditions dans lesquelles se sont engagées les parties crée une incertitude de nature à rompre l'équilibre de la relation d'assurance. C'est la raison pour laquelle des dispositions dérogeant au régime du droit commun des contrats sont mises en œuvre pour lever le secret sur les conditions d'existence de l'accord de volonté sur lequel se sont entendues les parties (B).

#### A - Le secret renforcé par le principe du consensualisme

**493.** Le régime du consensualisme propre au droit commun des contrats peut s'exonérer de tout écrit (1), mais ce principe s'accommode mal avec la stabilité requise en droit des assurances, dont l'exécution commande la nécessité d'un acte écrit (2).

#### 1 - L'absence d'un écrit favorise la formation du contrat de droit commun

**494.** Le contrat d'assurance peut être conclu par un simple échange de consentement verbal<sup>704</sup>. C'est ce que retiennent les juges qui font une exacte distinction entre l'échange du consentement et la preuve de l'existence du consentement. C'est un principe reconnu très tôt en matière de contrat d'assurance, le mode de l'expression de la volonté n'est pas conditionné

---

<sup>704</sup> R. Mouterde, « *Le consensualisme et la détermination des risques garantis dans le contrat d'assurance* » Thèse Lyon III, 1992.



à la validité d'un écrit<sup>705</sup>. Néanmoins l'élément le plus important portant sur l'existence du contrat d'assurance n'est pas fondamentalement l'existence du consentement, mais les conditions de mise en œuvre de la garantie sur lesquelles les parties se sont accordées. Il est donc impératif de lever le voile dissimulant le secret lorsqu'il porte sur les modalités de l'exécution du contrat, telles qu'elles ont été prévues par les parties lors de l'échange du consentement<sup>706</sup>.

## 2 - Les enjeux de l'absence d'un écrit en assurance

**495.** Ce sont les conditions et l'étendue de l'engagement auquel ont consenti les cocontractants qui est le plus important. L'incertitude crée un secret qui ne pourra jamais être levé en l'absence d'un accord matérialisé dans un acte écrit. Il est aisé de comprendre que chaque cocontractant aura à cœur de préserver ses intérêts personnels en cas de survenance du sinistre. L'assuré faisant valoir le droit à une indemnité totale, tandis que l'assureur lui opposerait une exclusion de garantie. Le secret devient alors le centre d'enjeux totalement contradictoires.

**496.** le contrat d'assurance n'est pas un contrat banal, c'est une opération commerciale que chaque citoyen sera amené, à un moment ou à un autre de son existence, à conclure. Il est indéniable que dans nos sociétés le développement du principe de la responsabilité sans faute, dite objective, est érigé comme un modèle de protection des tiers, renforcé par le système des assurances obligatoires<sup>707</sup>. Dans de telles conditions, la preuve du recueil des consentements ne peut être maintenu secret et laissé à la libre disposition des parties, il doit être matérialisé dans un écrit qui précise les termes et les conditions de l'échange du consentement. Seul l'écrit permet de révéler les droits et obligations réels des parties et donc d'annihiler le secret.

### B - Le secret évincé par la force probante de l'écrit

**497.** La relation d'assurance présente des enjeux et la préservation d'intérêts supérieurs à ceux des cocontractants, ce qui conforte l'idée selon laquelle en matière probante le secret sur les conditions d'existence du contrat n'a pas lieu d'être. Il appartenait au législateur d'ériger la primauté de l'écrit lors de la conclusion du contrat d'assurance, non pas en remettant en cause les règles du consensualisme, mais en mettant en place un système dérogeant du droit commun des contrats, au sein duquel l'écrit revêtu d'une force probante indiscutable est rendu obligatoire.

---

<sup>705</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juillet 1941, DC 1943. 57, note Besson.

<sup>706</sup> Cass. 2<sup>e</sup>, civ., 28 juin 2007, n° 06-11.773, en l'espèce l'assureur ne produisant pas le contrat, n'était pas en mesure de prouver que ses prestations ont un caractère indemnitaire.

<sup>707</sup> V. supra n°429.

**498.** Si le contrat d'assurance entre dans la catégorie juridique des contrats consensuels dont la validité n'est pas soumise à l'existence d'un écrit, il apparaissait nécessaire dans l'intérêt des cocontractants de ménager un moyen de preuve, en le soumettant à l'exigence d'un écrit. Cet impératif est imposé à l'article L. 112-3 du Code des assurances selon lequel « le contrat d'assurance est rédigé par écrit... »<sup>708</sup>. En droit des assurances, si aucun contrat écrit n'est produit, il sera dénué de valeur probante<sup>709</sup>.

**499.** La force probante attachée à la rédaction du contrat<sup>710</sup> est un impératif également reconnu par la jurisprudence dans la mesure où toute action judiciaire intentée sans présenter de contrat écrit à l'appui de la demande pourra être de ce seul fait rejetée. Et ce même si le litige porte sur l'existence même du contrat<sup>711</sup>. Il en résulte qu'un assuré ne pourra contraindre l'assureur à lui verser une indemnité si aucun contrat n'a été rédigé<sup>712</sup>. De même que les témoignages seront irrecevables<sup>713</sup>, inversant également sur ce point les dispositions de l'article 1347<sup>714</sup> du Code civil qui déclare recevable le témoignage en cas de commencement de preuve par écrit. La preuve de l'existence du contrat est étroitement liée à l'existence d'un écrit.

**500.** L'existence d'un écrit « cristallisant »<sup>715</sup> l'échange des consentements est un impératif d'ordre public qui exclut toute forme de secret sur l'existence réelle du contrat. L'écrit favorise la transparence de la convention tant au niveau de son existence que de son contenu pour tout ce qui relève des droits et obligations des parties. Le principe de l'écrit se matérialise par l'obligation de la remise des documents contractuels, dès la phase précontractuelle de la relation d'assurance.

---

<sup>708</sup> Les principales obligations prévues à l'article 112-3 du Code des assurances, conditionnent la validité du contrat prévoit que « le contrat d'assurance et les informations transmises par l'assureur au souscripteur mentionnées dans le présent code sont rédigés par écrit, en français, en caractères apparents ».

<sup>709</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 mai 2004, RCA 2004, comm. n° 277.

<sup>710</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 novembre 1995, RGDA 1996, p.278 note J. Kullmann ; D.1996.187, note C.J. Berr.

<sup>711</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 octobre 1975, n° 74-11.752.

<sup>712</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 mars 2004, RGDA 2004, p. 347, note L. Mayaux.

<sup>713</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 février 1954, RGAT 1954, p. 207.

<sup>714</sup> Selon l'article 1346 du code civil « Toutes les demandes... qui ne seront pas entièrement justifiées par écrits...dont il n'y aura point de preuve par écrit ne seront pas reçues » excepté selon l'article L. 1347 dudit code « lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit.. » Le témoignage est un complément de preuve à un commencement de preuve par écrit, voir dans ce sens Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 décembre 1981, n° 80-15.210.

<sup>715</sup> Nous reprenons ici la métaphore utilisée par Stendhal dans son essai idéologique selon laquelle « Aux mines de sel de Salzbourg, on jette dans les profondeurs abandonnées de la mine, un rameau d'arbre effeuillé par l'hiver ; deux ou trois mois après on le retire couvert de cristallisations brillantes... on ne peut plus reconnaître le rameau primitif... » Et c'est grâce à la cristallisation, qu'il peut en rester quelque chose de tangible. C'est ce parallèle que nous faisons avec l'écrit dans le contrat, il cristallise l'échange de consentement et cette cristallisation neutralise le secret. Voir Stendhal « De l'amour » éd. commentée et annotée par V. Del Litto qui souligne dans une note p. 24 « c'est Stendhal qui a donné à « cristallisation » et « cristalliser » une acception nouvelle. Elle est entrée dans notre langage quotidien ». Le livre de poche, 1970, p. 24.

## *§2 - La matérialisation de l'existence du contrat*

**501.** Le secret est levé par la matérialisation de l'existence du contrat avant même qu'il n'ait été conclu. L'assureur est tenu de fournir à l'assuré des documents informatifs tout au long de la durée de leur relation contractuelle. Mais la présentation des documents est en elle-même insuffisante. Pour que tous les effets probants puissent leur être attachés, il faut qu'ils aient été régulièrement soumis à la connaissance de l'assuré (A) et valablement signés (B).

### A - La valeur probante des documents informatifs

**502.** Le secret sur l'existence d'un accord tendant à la conclusion d'un contrat d'assurance doit être dévoilé dès la phase précontractuelle. C'est donc antérieurement, à la conclusion du contrat (1) que le secret est neutralisé, par la remise effective de plusieurs documents matérialisant l'existence du contrat (2).

### 1 - La remise des documents précontractuels

**503.** En principe, d'un point de vue chronologique, les documents dispensés au cours de la phase précontractuelle, étant destinés à informer le cocontractant sur les conditions d'existence de la garantie proposée par l'assureur, ne sont pas revêtus d'une valeur contractuelle.

Cependant, le secret n'est pas de mise quand il est question de présenter les conditions d'existence de la garantie. Dès la phase des pourparlers, le produit d'assurance doit faire l'objet d'une divulgation écrite et détaillée. L'article L. 112-2, alinéa 1 du Code des assurances<sup>716</sup> impose notamment, à l'assureur de fournir à l'assuré plusieurs documents informatifs distincts, dont la particularité est qu'ils sont tous revêtus d'une valeur probante certaine. Parmi ces documents essentiels, figure principalement la fiche d'information, la note de couverture et l'attestation d'assurance.

**504.** La fiche d'information comporte tous les éléments relatifs au prix et à la garantie proposée. Ce document ne revêt que la valeur d'un renseignement, il n'engage pas les parties, et ne peut faire office d'un devis, mais « l'obligation de délivrance de la fiche est ... pour l'assureur inconditionnelle »<sup>717</sup>. Cette fiche d'information doit être complétée, selon l'article L. 112-2 alinéa 2 du Code des assurances<sup>718</sup>, d'un exemplaire du projet de contrat ou d'une

---

<sup>716</sup> Selon L'article L. 112-2 alinéa 1 du Code des assurances « L'assureur doit obligatoirement fournir une fiche d'information sur le prix et les garanties avant la conclusion du contrat ».

<sup>717</sup> A. Favre Rochex et G. Courtieu, op. cit. n° 1-86 p. 39.

<sup>718</sup> Selon l'article L. 112-2 alinéa 2 du Code des assurances « Avant la conclusion du contrat, l'assureur remet à l'assuré un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice d'information sur le contrat qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi que les obligations de l'assuré... ».

note d'information<sup>719</sup>. C'est cet ensemble de documents qui permet de circonscrire le secret car leurs contenus décrivent précisément les garanties prises en charge par l'assureur, et les obligations pesant sur l'assuré, telles que les exclusions de garanties, et toutes les informations utiles, telles que la loi applicable au contrat<sup>720</sup>.

**505.** La note de couverture est également un document provisoire remis avant que la police d'assurance, qui comportera les éléments essentiels du contrat, n'ait été rédigée. La note est importante d'un point de vue probant, en ce qu'elle révèle tous les éléments repris ultérieurement dans le contrat<sup>721</sup>. Ce document participe à la nécessité d'éclairer le consentement du souscripteur. Du point de vue de l'assureur, la note de couverture constitue un engagement, il pourrait donc être amené à couvrir un risque avant même la rédaction de la police d'assurance. Cette solution a été admise par les parlementaires qui considèrent « tout écrit signé par l'assureur et indiquant les éléments essentiels du contrat »<sup>722</sup> suffisant pour prouver son engagement. De ce point de vue, la note de couverture est d'une valeur probante plus efficace qu'une attestation d'assurance<sup>723</sup>.

**506.** L'attestation d'assurance peut servir de preuve, mais seulement pour ce qui concerne l'existence d'une police d'assurance « au moment où elle est produite »<sup>724</sup>. S'agissant d'un document qui ne reprend ni les conditions de la police ni les termes dans lesquels l'assureur s'est engagé, la valeur probante de l'attestation d'assurance<sup>725</sup>, dont l'usage est destiné à informer les tiers de l'existence d'un contrat, s'en trouvera amoindrie<sup>726</sup>.

L'ensemble de ces documents informatifs démontrent que dès la phase de pourparlers, le secret doit être maintenu hors de la sphère contractuelle, et cela se matérialise par l'obligation imposant à l'assureur de détailler avec précision et par écrit, toutes les dispositions

---

<sup>719</sup> Également appelée notice d'information dont le contenu en matière d'assurance de responsabilité est réglementé depuis la loi n° 2003-706 du 1<sup>er</sup> Août 2003, qui impose « une fiche d'information, dont le modèle est fixé par arrêté, décrivant le fonctionnement dans le temps des garanties... ».

<sup>720</sup> Telle que les modalités d'accès aux procédures de médiation instaurées par les compagnies d'assurance et le lieu de situation du siège social doivent figurer dans la fiche d'information ou dans un document annexe.

<sup>721</sup> Doivent notamment y figurer les clauses de nullité, d'exclusion et de déchéance. Voir Cass. 1<sup>re</sup> civ. 13 mai 1997, RCA comm. n° 386, note H. Groutel.

<sup>722</sup> JOAN Q, 24 septembre 1990, RGAT 1991, p. 276. Également cité dans JCN, fascicule 505-10 op. cit., n° 54.

<sup>723</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 octobre 1993, RCA 1994, comm. n° 26, obs. H. Groutel.

<sup>724</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 26 mai 1990, RGAT 1991, p. 90 (2<sup>e</sup> espèce).

<sup>725</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 janvier 2009, n° 08-13.924, les juges retiennent que l'attestation d'assurance constitue une présomption simple qui peut être combattue par l'assureur.

<sup>726</sup> Cependant des décisions ont pu assimiler les effets de l'attestation à la note de garantie si cette dernière contenait des précisions très précises concernant le contenu du contrat concernant la nature et l'étendue de la garantie. Voir en ce sens, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 octobre 2005, RCA 2006, comm. 43, obs. H. Groutel.

essentielles du contrat<sup>727</sup>. Si l'existence du contrat était mise en doute, il suffirait en principe, de produire la fiche d'information ou la note d'information qui lui est d'un degré de précision supérieure, pour justifier l'existence de l'engagement des cocontractants.

Le secret sur l'existence du contrat ne sera cependant définitivement levé que si les documents probants sont produits de manière opportune.

## 2 - L'application distributive du régime de la preuve

**507.** La démonstration de l'existence du contrat d'assurance repose sur les documents informatifs dont la production suffit à lever le secret. En imposant à l'assureur de dispenser des documents informatifs dès la phase précontractuelle, le droit des assurances permet à l'assuré de se préconstituer un moyen de preuve concernant l'existence de la garantie.

**508.** La production des documents informatifs démontre tant l'existence, que le contenu<sup>728</sup> du contrat d'assurance<sup>729</sup>. Dès lors, le législateur contourne la problématique du secret en imposant l'obligation de révéler tant l'existence que le contenu du contrat par le biais des documents informatifs dispensés au cours de la phase précontractuelle. La remise de ces documents constitue une obligation de résultat. Si ces informations étaient soustraites en n'étant pas transmises au souscripteur, l'assureur engagerait sa responsabilité contractuelle.

**509.** Cependant il convient de faire une distinction car tous les documents informatifs ne seront pas soumis au même régime de la responsabilité. L'assuré pourra engager soit la responsabilité contractuelle, soit la responsabilité délictuelle de l'assureur. Mais pour déterminer le régime de responsabilité applicable, il faudra s'attacher au contenu des documents dispensés.

---

<sup>727</sup> En matière d'assurance vie, des obligations supplétives mises à la charge de l'assureur. La remise de documents précontractuels est renforcée par l'article L. 132-5-1 alinéa 2 du Code des assurances, selon lequel « La proposition d'assurance ou de contrat doit comprendre un projet de lettre destiné à faciliter l'exercice de cette faculté (...) Le défaut de remise de documents et informations énumérés au présent alinéa entraîne de plein droit la prorogation du délai prévu... ». La remise de la notice d'information est un document dont le formalisme est normalisé par un arrêté en date du 21 juin 1994, et codifié par un arrêté en date du 28 mars 1995, à l'article A. 132-4 du Code des assurances, qui prévoit notamment la transmission d'un modèle de lettre type que l'assuré pourra utiliser à tout moment au cours de l'exécution du contrat s'il entendait faire valoir son droit de renonciation. De même que le législateur impose la remise d'un récépissé à l'assuré renforçant l'obligation de la délivrance de la note d'information. Cela permet à l'assuré de se prémunir d'un moyen de preuve distinct qu'il pourra donner au bénéficiaire du contrat, s'il était ultérieurement amené à produire la preuve de l'existence du contrat conclu en sa faveur, alors qu'il n'avait pas participé à sa souscription.

<sup>728</sup> Le secret sur le contenu du contrat procède de la même nécessité de matérialiser l'obligation de renseigner l'assuré V. infra n° 607.

<sup>729</sup> Selon l'article L. 112-3 alinéa 4 du Code des assurances, ils sont envisagés « même avant la délivrance de la police ou de l'avenant... par la remise d'une note de couverture ».

À cet effet, plus l'information sera précise, en ce qu'elle ne fait que reprendre des conditions qui figureront dans le contrat, et plus la responsabilité de l'assureur sera contractuelle, cela signifie que son obligation de garantie sera effective avant même la conclusion du contrat. En revanche si les documents contiennent des dispositions trop générales, la responsabilité encourue en cas de manquement à la transmission des documents informatifs sera délictuelle et seuls des dommages et intérêts pourront être alloués. La preuve de l'existence du contrat est conditionnée par la remise de plusieurs écrits matérialisés par les documents informatifs, néanmoins, le secret sur la validité du contrat ne sera définitivement levé que s'ils ont été valablement signés.

## B - La valeur probante de la signature

**510.** La nécessité de l'écrit emporte une autre distinction avec le droit commun des contrats. La signature apposée sur le contrat d'assurance, n'est pas une condition de validité de l'échange des consentements (1), mais d'un point de vue probant, elle seule peut attester de la remise des documents informatifs (2).

### 1 - Une condition de validité du contrat

**511.** Alors que la signature de l'assureur marque de manière irrévocable l'acceptation du risque qui lui est soumis et donc, son engagement contractuel<sup>730</sup>, la signature de l'assuré n'est d'aucun effet sur la validité du contrat qui peut être régulièrement formé alors même, qu'il n'avait pas signé son exemplaire de police d'assurance<sup>731</sup>.

Pour figer son consentement, l'assureur peut prévoir une clause de signature<sup>732</sup>, envisagée comme une condition suspensive à la prise d'effet du contrat<sup>733</sup>, selon laquelle le contrat sera réputé être régulièrement conclu seulement si la police est renvoyée signée dans les délais prévus<sup>734</sup>. C'est ainsi qu'un assuré qui aura mis plus de deux mois pour renvoyer le contrat signé à son assureur, ne pourra prétendre à l'obtention de l'indemnisation du risque garanti, le contrat non renvoyé signé dans les délais impartis étant considéré n'avoir jamais existé<sup>735</sup>. À terme, si l'assureur le prévoit, l'apposition de la signature de l'assuré sur les documents

---

<sup>730</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 janvier 1980, RGAT 1980, p. 348, note A. Besson.

<sup>731</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 avril 1993, RGAT 1993, p. 765, note Maurice.

<sup>732</sup> Dans un premier temps la Cour de cassation a reconnu de manière implicite la validité des clauses de signature Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 février 1989, Bull. civ., I, n° 93.

<sup>733</sup> La naissance de l'obligation de garantie de l'assureur est alors subordonnée à la signature de la police par l'assuré.

<sup>734</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 février 2003, RGDA 2003, p. 439, note J. Kullmann.

<sup>735</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 février 2003, op. cit.

contractuels sert à matérialiser l'échange des consentements<sup>736</sup>, et à marquer le moment précis de la prise d'effet du contrat.

Mais l'intérêt principal de la signature de l'assuré réside dans la preuve du respect de la transmission des documents informatifs pesant sur l'assureur.

## 2 - La preuve de la remise effective des documents informatifs

**512.** La signature est revêtue d'une valeur probante indéniable pour ce qui concerne la remise effective des documents imposés par le législateur à l'assureur. En signant les documents, l'assuré atteste qu'il a pris connaissance du contenu exact des documents contractuels. C'est en ce sens, que la signature de l'assuré tend à démontrer l'existence du contrat<sup>737</sup>, notamment en assurance sur la vie, dont la valeur probante de la signature, est renforcée par la remise d'un récépissé. L'assureur sur qui pèse la charge de la preuve de la remise des documents sera en mesure de prouver qu'il a accompli son obligation en produisant les documents signés de l'assuré.

La signature pourra dans une certaine mesure constituer un élément de preuve pour tout ce qui a trait au contenu du contrat, même si nous allons le voir le seul fait pour l'assuré d'apposer sa signature sur le contrat d'assurance reste insuffisant à démontrer qu'il a compris tous les secrets qu'il renferme.

**513. Conclusion section 2 :** Le silence constitue un secret pouvant remettre en cause l'existence du contrat. Le silence est donc apprécié dans un sens protecteur quand il s'agit de favoriser la continuité de la relation contractuelle. Mais le silence ambigu opposé volontairement par l'assureur et assimilé à un secret sera très sévèrement sanctionné, car par le biais de l'acceptation tacite, les secrets de l'assureur légitimeront les secrets de l'assuré.

**514. Conclusion chapitre 1 :** Le secret sur l'existence du contrat, n'est que très exceptionnellement laissé à la libre appréciation des cocontractants. À cet effet l'intervention du législateur est notable en ce qu'elle permet d'annuler les effets néfastes que pourrait emporter le secret, tout en rétablissant un semblant d'équilibre au sein de la relation contractuelle. Dans la majorité des cas, les effets du secret sont annulés sans remettre en cause la relation d'assurance. Face au secret c'est la protection et la préservation du contrat qui est privilégiée. En effet, la nullité n'est que très exceptionnellement envisagée, et ne trouvera à

---

<sup>736</sup> En principe, le consentement est valide dès qu'il y a « accord sur la chose et le prix », selon l'article 1589 du Code civil.

<sup>737</sup> Cependant, un arrêt a retenu que l'assureur ayant remis les documents avant la signature du contrat d'assurance avait rempli son obligation d'information tel que le prévoit l'article L. 112-2 du Code des assurances, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 janvier 2009, n° 07-19.234.

s'appliquer que lorsque la confiance est perdue, et que la tromperie est avérée. Dans ce cas les effets dévastateurs du secret sont irrémédiables et la sanction inévitable.

## Chapitre II - Le secret et le contenu du contrat

**515.** Le secret change d'aspect quand il est étudié sous l'angle du contenu du contrat. Il est rare que le secret y prenne la forme d'une soustraction intentionnelle d'information ou d'une omission dolosive tendant à forcer le consentement du souscripteur. Il est de fait que le contrat d'assurance reste le contrat type le plus réglementé et le plus surveillé<sup>738</sup>, ce qui laisse peu de place aux affirmations mensongères, ou grossièrement erronées destinées à tromper sciemment l'assuré.

**516.** Le secret envisagé ici se fait plus insidieux, car, s'il ne fait aucun doute que tous les droits et obligations de l'assuré figurent en bonne place au sein même du contrat, force est d'admettre que concernant le contenu du contrat « L'essentiel est invisible pour les yeux »<sup>739</sup>.

Le secret porte sur certaines dispositions contractuelles de nature à créer un flou, favorisé par « des présentations vicieuses dont le but est d'empêcher l'assuré d'avoir une claire connaissance de certaines clauses... qui limitent la garantie et sont donc susceptibles de déséquilibrer le contrat »<sup>740</sup>. Ce sont tous ces vices de présentation qui favorisent l'insertion du secret quand il est observé sous l'angle du contenu du contrat.

**517.** Cet aspect du secret sur la relation d'assurance met en évidence la qualité de professionnel de l'assureur qui maîtrise tant l'élaboration, que le contenu du contrat. Il bénéficie à ce titre d'une position privilégiée et déterminante face à l'assuré qui ne peut se départir de sa condition de profane. C'est l'assuré qu'il convient de protéger des secrets de l'assureur et notamment de ceux qui seront propices à créer une illusion d'assurance qui ne se révélera qu'au cours de l'exécution du contrat d'assurance.

C'est donc au sein même du contrat que doivent être recherchées les différentes formes de secrets très souvent favorisés par une terminologie incompréhensible pour le profane (**Section 1**), avant d'observer s'il suffit d'imposer à l'assureur une obligation d'information renforcée pour que de tels secrets soient révélés (**Section 2**).

---

<sup>738</sup> Le droit des assurances peut être soumis à la critique de la commission des clauses abusives, cependant les recommandations émises seront d'une faible portée dans la mesure où elles « ne sont pas génératrice de règles », v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 novembre 1996, n° 94-17.369.

<sup>739</sup> «Adieu, dit le renard. Voici mon secret ; il est très simple : on ne voit bien qu'avec le cœur, l'essentiel est invisible pour les yeux ». A de Saint-Exupéry, « *le petit prince* » éd. Folio 2003, p. 76.

<sup>740</sup> L. Mayaux, *Éthique et offre d'assurance*, RGDA 2000, p. 453.



## Section 1 - Le secret et l'illusion d'assurance

**518.** L'illusion d'assurance correspond à la situation selon laquelle, l'assuré pouvait légitimement croire que son risque était couvert par une garantie, alors qu'en réalité il ne l'était pas. L'assuré doit être en mesure de connaître précisément les conditions dans lesquelles il sera en mesure de bénéficier de la garantie, mais aussi les obligations mises à sa charge au cours de l'exécution du contrat, sans cela l'obtention de la garantie sera illusoire. Cette incompréhension est favorisée par des dispositions contractuelles techniques propres au contrat d'assurance, telles que les clauses d'exclusion de garanties (§1), ou de par l'utilisation de mécanismes juridiques très compliqués mais systématiquement utilisés en assurance, telle que la prescription biennale qui représente un obstacle réel à la compréhension du contrat (§2).

### §1 - le secret et l'incompréhension des clauses d'exclusions de risques

**519.** Les clauses d'exclusions de risques constituent en elles-mêmes un secret qu'il convient de mettre en lumière. Mais pour parvenir à une telle clarté, il est nécessaire de considérer la notion de clauses formelles et limitées (A). En effet, ce n'est pas toujours la présentation ou le contenu des clauses qui soulèvera des difficultés de compréhension, mais leur multiplication au sein d'un même contrat. C'est donc l'ensemble de ces clauses qu'il convient d'apprécier pour déterminer si leur contenu ne comporte aucun secret pour l'assuré (B).

#### *A - La levée du secret et la clause d'exclusion de risques*

**520.** Seule la mise en évidence des aspects les plus techniques et les plus complexes des clauses d'exclusions de risques permettent de lutter efficacement contre le secret qu'elles recèlent. C'est la raison pour laquelle, le législateur les encadre strictement en les soumettant à deux critères cumulatifs de condition de validité. Il faut que ces clauses soient d'une part, rédigées en caractères très apparents (1), et d'autre part que leur contenu soit formel et limité (2).

#### 1 - le secret dévoilé par des caractères apparents

**521.** L'insertion d'une clause d'exclusion de risques peut sembler abusive puisqu'elle prévoit par avance toutes les situations de risque qui seront exclues de la garantie. Mais conformément au principe du consensualisme le contrat peut avoir « pour effet de créer à la charge des cocontractants... des devoirs ou obligations auxquels ils ne se seraient pas soumis

s'ils n'avaient pas contracté »<sup>741</sup>. L'insertion de clauses est légitimée par l'application stricte de la liberté contractuelle<sup>742</sup>. L'assuré étant en principe libre de les accepter ou de les refuser. Cependant, le contrat d'assurance est aussi un contrat d'adhésion « entièrement rédigé par l'une des parties »<sup>743</sup>, dont « le développement démontre que les clauses même explicites procèdent de plus en plus rarement d'une véritable négociation et qu'elles sont généralement dictées par la volonté du plus fort ou du plus compétent... la prétendue liberté contractuelle est limitée et contingente. »<sup>744</sup>. Au sein de la relation d'assurance il ne fait aucun doute que c'est l'assureur qui est le plus '*fort*' ou le plus compétent, étant seul à déterminer l'étendue de la garantie qu'il entend accorder, et donc à pouvoir la limiter par le biais de clauses d'exclusion de risques.

**522.** Au sein de ces deux concepts juridiques, que sont la liberté contractuelle et le contrat d'adhésion, nous pouvons relever des contradictions d'autant plus difficiles à concilier que ces clauses seront justifiées d'un point de vu contractuel. C'est la raison pour laquelle le législateur n'a encadré ces clauses<sup>745</sup> qu'à partir de 1981<sup>746</sup>, en insérant un nouvel article L. 112-4 dans le Code des assurances selon lequel la rédaction des clauses d'exclusions de risques doit être faite en « caractère très apparents ». Concrètement cela signifie que les caractères d'imprimeries utilisés doivent attirer l'attention du souscripteur, et se distinguer de ceux utilisés pour la rédaction du corps du texte, avec des caractères en '*gras*'<sup>747</sup>, '*soulignés*', '*surlignés*' ou en '*italiques*', il est également envisageable de modifier la taille des caractères, voire même d'utiliser une couleur de police différente<sup>748</sup>. Le secret sera maintenu à distance par la mise en évidence des dispositions les plus importantes du contrat.

## 2 - le secret confiné à une clause formelle et limitée

---

<sup>741</sup> G. Viney, P. Jourdain sous la direction de J. Ghestin, « *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité* », LGDJ, 3ème édition, n°483.

<sup>742</sup> Le contrat tient lieu de loi entre les parties, dès lors il leur sera possible de limiter leurs droits et obligations. C'est ce qui fonde la possibilité d'imposer à l'assuré les clauses d'exclusion de risque.

<sup>743</sup> J. Ghestin « *La formation du contrat* » n° 94 op. cit..

<sup>744</sup> G. Viney, P. Jourdain sous la direction de J. Ghestin, « *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité* » op. cit.

<sup>745</sup> L'exigence de caractères apparents a été initialement posé par la loi n°78- 509 du 24 mars 1979, et codifié à l'article 132-2 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de la consommation, et dont la particularité est la précision apportée à la définition de la police de référence dont « la hauteur ne peut être inférieure à celle du corps huit » ce qui correspond à 3 millimètres de hauteur. Mais ces dispositions n'ont pas été reprises dans le Code des assurances qui comporte des obligations distinctes.

<sup>746</sup> Loi n° 81-5 du 7 janvier 1981, (JO 8 janvier 1981).

<sup>747</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 mars 1898, déc. commentée dans RCA 1989, p. 234.

<sup>748</sup> T. civ Cahors, 8 juillet 1948, RGAT 1949, p. 25. Voir également H.Groutel *L'assuré qui en avait vu de toutes couleurs*, RCA 1999, chron. n° 6, comm. sous arrêt, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> décembre 1998.

**523.** Dans la pratique, la simple lecture d'une clause d'exclusion de risques représente une difficulté réelle. Il n'est pas toujours aisé de comprendre que le risque longuement présenté et détaillé était justement celui qui ne sera pas pris en charge<sup>749</sup>. Par manque de vigilance ou par incompréhension, il pourra sembler évident au profane que la simple évocation du risque décrit l'inclus nécessairement dans la garantie<sup>750</sup>. Très souvent, ce n'est qu'après avoir été informé sur la nature de l'exclusion de risque et qu'en apprenant à lire '*entre les lignes*' que l'on sera en mesure de comprendre que le risque décrit ne faisait pas partie de la garantie.

**524.** Un tel obstacle constitue en lui-même un secret emportant des répercussions qui ne peuvent être sous estimées, car la clause d'exclusion de risques est opposable aux tiers victimes, qui ne seront pas indemnisés par l'assureur, ce qui présente un risque réel si l'assuré était insolvable. Il est alors impératif que l'assuré soit en mesure « de connaître l'étendue exacte de sa garantie »<sup>751</sup>, et cela implique la connaissance de ce qui est couvert mais aussi de ce qui ne l'est pas.

**525.** En l'absence de définition légale précise de ce que constitue une clause formelle et limitée, il nous faut se référer aux critères dégagés par la jurisprudence. C'est ainsi que seront sanctionnées les clauses contenant une formulation trop générale<sup>752</sup>, qui présentent la particularité de pouvoir être invoquées par l'assureur toutes les fois qu'il entend contester sa garantie<sup>753</sup>, ou qui tendent à annuler un élément fondamental du contrat, notamment en imposant à l'assuré de renoncer, sans qu'il en prenne conscience, à l'élément impulsif et déterminant du contrat<sup>754</sup>. En souscrivant à de telles clauses, l'assuré est confronté au secret le plus insaisissable, mais aussi le plus grave, en ce qu'il contribue à l'anéantissement de la garantie escomptée<sup>755</sup>.

---

<sup>749</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 juin 2008, n° 07-16.045, en l'espèce la clause d'exclusion vidait le contrat de sa substance.

<sup>750</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 janvier 2009, n° 06-11.650, en l'espèce une clause susceptible d'entraîner une incertitude sur la garantie du contrat n'a pas été retenue.

<sup>751</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 juillet 1994, JCP G, 1994, IV, 2342.

<sup>752</sup> C'est ainsi que pour un contrat excluant la garantie en cas de faute lourde de l'assuré, les juges ont estimé que face à l'imprécision du terme générique de 'faute lourde' « qui se réfère à des éléments incertains, ne répond pas aux exigences légales » la clause n'était ni formelle ni limitée, et devait être annulée. Cass. com., 7 avril 1987, D. 1988. 156, obs. J. C. Berr.

<sup>753</sup> C'est ainsi qu'une ancienne clause de style très en vogue dans les contrats d'assurance de responsabilité professionnelle, excluait systématiquement de la garantie « tous les dommages qui sont la conséquence inévitable et prévisible des modalités d'exécution du travail telle qu'elles ont été prescrites par l'assuré ». Le moins que l'on puisse en dire, est qu'une telle clause n'est en effet ni formelle ni limitée, puisqu'elle peut trouver à s'appliquer à tous les actes exécutés par tout professionnel dans le cadre de son activité. Il est à noter que la clause a été annulée, avant que le législateur n'impose ce critère de validité des clauses d'exclusion de risque. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 janvier 1979, RGAT 1979, p. 490 obs. A.B. (1<sup>re</sup> espèce).

<sup>754</sup> En l'espèce la clause tendait à annuler la cause du contrat, voir la note de L. Mayaux, RGAT 1995, p. 883, sous arrêt Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juillet 1995.

**526.** La clause d'exclusion est le piège contractuel par excellence, d'une part elle comporte tout ce que l'assureur ne prendra pas en charge et d'autre part la rédaction utilisée dans les contrats rend son contenu incompréhensible, ne serait-ce que par l'utilisation de double négation et par la longueur des paragraphes, qui en définitive noient l'information principale au lieu de la mettre en valeur. Ces obstacles seront surmontés par l'obligation d'insérer des clauses formelles et limitées qui est une condition de validité supplémentaire imposée par l'article L. 113-1 du Code des assurances<sup>756</sup>.

**527.** Ce n'est qu'en maintenant les clauses d'exclusions de risques dans un cadre formel et limité que l'assuré sera protégé de leur contenu à géométrie variables, d'autant que rien ne s'oppose à ce qu'elles soient mises en œuvre de manière potestative par un assureur peu désireux d'accorder sa garantie. Ces éléments constituent un secret qu'il convient de délimiter pour mettre en lumière les éléments fondamentaux du contrat, afin que l'assuré saisisse le sens exact de sa portée et de son contenu.

Néanmoins, même en présence de clauses formelles et limitées, leur lecture peut être rendue laborieuse du seul fait de la multiplicité des clauses d'exclusions de risques figurant au sein d'un même contrat.

### *B - L'appréciation des clauses formelles et limitées*

**528.** Certains contrats peuvent comporter plusieurs clauses d'exclusion de risques, qui si elles étaient toutes appliquées auraient pour effet de ne couvrir que des dommages trop imprévisibles, voire même de vider le contrat de toute sa substance (1), ou de créer des contradictions qui ne permettraient pas d'envisager son application (2).

#### 1 - L'appréciation de l'ensemble des clauses d'exclusion de risques du contrat

**529.** Sous les apparences d'un strict respect des conditions légales de validité des clauses d'exclusions de risque, se dissimule le plus grand secret portant sur le contrat : une garantie réduite à une peau de chagrin, voire même à néant, si elles étaient toutes appliquées.

Face à ce phénomène '*d'anéantissement*' de la garantie en noyant le contrat sous une multiplicité de clauses licites susceptibles de s'annuler les unes les autres, la jurisprudence a posé un principe d'une clarté lipide selon lequel, l'annulation des clauses litigieuses s'impose

---

<sup>755</sup> La commission des clauses abusives indique qu'une clause ambiguë qui a « pour effet ou objet d'exclure ou limiter de façon inapproprié les droits légaux des assurés est abusive », Avis commission clause abusives n° 08-01, du 17 avril 2008.

<sup>756</sup> « Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assuré, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police ».

toutes les fois qu'il est avéré « que par leur nombre et par leur étendue, ces exclusions n'étaient ni formelles ni limitées et qu'elles annulaient pratiquement toutes les garanties prévues sauf pour une catégorie de dommages très étroite... »<sup>757</sup>. Pour apprécier la légalité de ces clauses, il est nécessaire de tenir compte de la garantie résiduelle laissée à la charge de l'assureur.

**530.** Si la mise en jeu des clauses d'exclusions de risques multiples aboutit à une garantie dérisoire, elles pourront être annulées. Cette solution est de bon sens car l'assuré même averti n'est pas en mesure de saisir la portée exacte du contrat souscrit. Même inscrit noir sur blanc, le contenu du contrat est pour lui un secret, certes il suffisait de pouvoir le déchiffrer, mais le propre d'un contrat d'adhésion est justement qu'il n'a pas à être déchiffré. Au cours des rapports contractuels entretenus entre un consommateur et un professionnel, il appartient à ce dernier d'exprimer très clairement toutes les exclusions de risques, mais aussi toutes les incidences qu'emportent les termes du contrat qu'il définit.

**531.** Paradoxalement en imposant l'utilisation systématique de caractères très apparents, il faut admettre que l'effet obtenu pourrait être l'inverse de celui escompté. En effet, l'importance des contrats d'assurances, de plus en plus longs et de plus en plus complexes, est telle que si l'on tient compte des documents qui y sont annexés, c'est tout le contrat qui devrait être rédigé en caractères apparents. Ce qui entraîne un effet inverse à celui recherché, dans la mesure où, cette condition d'apparence ne permet pas de mettre l'information importante en valeur. Cette ironie est conforme à la logique du secret selon laquelle, plus il est mis en évidence et moins on n'y prête attention. Une autre difficulté de compréhension peut survenir du fait de la contrariété du contenu de plusieurs clauses dont la stricte application rendrait l'exécution du contrat incertaine.

## 2 - L'appréciation des clauses d'exclusion de risques contradictoires

**532.** La contradiction provient du fait qu'au sein du contrat d'adhésion, certaines clauses d'exclusions de risques sont envisagées et présentes dans tous les contrats types. Cependant ils pourront être complétés par des dispositions spécialement prévues par les cocontractants afin d'adapter le contrat au risque souscrit. Dès lors, peut survenir une contradiction entre deux clauses, dont l'une figurait dans le contrat initial mais que les parties n'ont pas pensé supprimer, et l'autre plus spécifique, car adaptée au risque devant être assuré, et ajoutée d'un commun accord entre les parties.

---

<sup>757</sup> En l'espèce les deux arrêts rendus sont relatifs à la même police d'assurance, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 février 1987, n° 85-15.350 et Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 février 1987, RGAT 1987, p. 271, note R. Bout.

En principe, lorsque le contrat comporte des clauses d'exclusions de risques contradictoires, elles n'auront pas vocation à s'exclure les unes les autres, même si elles sont de nature à créer une ambiguïté réelle sur l'étendue de la garantie. Il convient donc de déterminer laquelle de ces clauses aura vocation à s'appliquer.

**533.** En application stricte de l'adage selon lequel « la disposition spéciale déroge à la disposition générale » seules les clauses régissant une situation particulière se verront accorder un plein effet. Une position largement admise par la jurisprudence en ce que « les clauses des conditions particulières d'une police d'assurance ont prééminence sur celles des conditions générales au cas où elles sont inconciliables »<sup>758</sup>.

De ce fait, seules les clauses spécifiques doivent être privilégiées en ce qu'elles traduisent la volonté des contractants. La levée du secret sur l'étendue réelle de la garantie ne sera envisageable que si les conditions d'application d'une clause d'exclusion de risque sont connues de l'assuré. Pour les tribunaux, ces conditions ne seront réunies que si le souscripteur a connaissance du contenu détaillé du contrat et s'il reconnaît en avoir reçu un exemplaire dont il a approuvé les termes<sup>759</sup>. En favorisant une meilleure lisibilité et une meilleure compréhension des clauses d'exclusion de risques, le législateur marque la volonté de circonscrire le secret masquant le contenu exact du contrat.

Mais il ne prévoit aucune disposition pour encadrer la prescription biennale qui constitue un secret dont les apparences seront pourtant suffisamment convaincantes pour avantager durablement l'assureur au détriment de l'assuré.

## §2 - Le secret et les subtilités du mécanisme de la prescription biennale

---

<sup>758</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 juin 1986, n° 84-14.717

<sup>759</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 novembre 1998, RGDA 1996, p. 96, note M. H. Maleville, v. aussi JCP 1999, IV, 1002.

**534.** Dans la relation d'assurance<sup>760</sup>, la prescription<sup>761</sup> telle que nous envisageons de l'analyser, correspond à la situation selon laquelle un assureur entend se libérer de son obligation toute les fois que l'assuré aura laissé s'écouler un laps de temps suffisamment long avant de solliciter la prestation prévue dans la garantie. La prescription est un concept en principe très protecteur envers le consommateur, mais qui en droit des assurances se transforme en « une sanction dont les règles sont complexes et généralement mal connues des assurés, lesquels peuvent en toute bonne foi se laisser surprendre »<sup>762</sup>. C'est cet effet de surprise dû à l'incompréhension de l'assuré, qui représente le secret.

**535.** Si la prescription est un terme connu du plus grand nombre, la portée réelle de ce concept juridique est un secret accessible aux seuls initiés. Il est peu probable que le consommateur soit au fait des mécanismes juridiques instaurant les modalités d'application et d'exécution de cette notion légale dont la compréhension requiert des connaissances allant au-delà de ce que peut savoir le profane même le plus éclairé. Un tel discernement suppose une maîtrise que seul le professionnel peut appréhender et dont les spécificités représentent à elles seules un secret (A), de nature à conforter la position dominante de l'assureur (B).

#### *A - La complexité légale de la prescription biennale en assurance*

**536.** À supposer que l'assuré connaisse le principe de la prescription, il est fort probable qu'il envisage surtout celle de droit commun qui était encore très récemment une prescription trentenaire<sup>763</sup>. La prescription biennale du droit des assurances, maintenue par la nouvelle loi

---

<sup>760</sup> Nous avons tenu compte dans nos développements de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, modifiant les modalités d'application de la prescription qui porte le délai de droit commun à 5 ans. Cependant les nouvelles dispositions n'emportent pas un grand bouleversement en droit des assurances, dans la mesure où « il n'est pas fait obstacle à l'application des règles spéciales prévues par d'autres lois » seules les dispositions de droit commun subissent un changement que nous signalerons lors de notre étude. Les modifications notables concernent les articles L.211-9 à L. 211-17 du Code des assurances en matière d'exception de garantie légale et l'article L 211-19 qui prévoit l'application de l'article 2226 du Code civil, soit un délai de dix ans durant lequel la victime peut exercer une action directe contre l'assureur. De plus, en application des règles transitoires les contrats conclus antérieurement à la loi ayant vocation à bénéficier du régime antérieur. Voir pour plus de détail, F. Ancel, *La loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile*, Gaz. pal. 12 juillet 2008, p.2 ; S.Amrani-Mekki, *Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription. À propos de la loi du 17 juin 2008*, JCP G, I, n°160 p. 16 ; A. Astegiano-La Rizza *L'assurance et la réforme de la prescription en matière civile (loi n°2008-561, 17 juin 2008)* RGDA 2008, p. 833 ; Ph. Malaurie *La réforme de la prescription civile*, JCP G,I, n°134 p.15.

<sup>761</sup> La prescription selon l'article 2219 du Code civil est « un moyen d'acquiescer (*un droit*) ou de se libérer (*d'une obligation*) par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi ».

<sup>762</sup> J.C. Ponge « *Les sanctions en droit des assurances* », collection La justice au quotidien, éd. L'Harmattan 2005, p. 82.

<sup>763</sup> Ancien article 2262 du Code civil « Toutes les actions, tant réelles que personnelles sont prescrites par trente ans... ». Désormais, le délai de droit commun de la prescription est ramené à cinq ans, v. supra note n° 671.

du 17 juin 2008<sup>764</sup>, déroge du régime de droit commun sur plusieurs points qu'il convient d'observer (1), pour comprendre de quelle manière ce secret peut influencer sur la mise en œuvre de la prescription rendue accessible qu'aux seuls initiés (2).

## 1 - Les spécificités de la prescription biennale en assurance

**537.** Le régime de la prescription déroge à plusieurs égards du régime de droit commun (a) rendant de ce fait plusieurs dispositions très techniques et parfaitement adaptées au droit des assurances (b), mais totalement incompréhensibles pour tout consommateur d'un produit d'assurance.

### a - Une prescription dérogeant du droit commun

**538.** Les prescriptions abrégées reposent sur le principe de la bonne foi du débiteur<sup>765</sup>, elle-même fondée sur une présomption de règlement, qui ne peut être renversée que si le défendeur reconnaît spontanément ne pas avoir procédé au versement des sommes réclamées<sup>766</sup>. Ainsi, le débiteur qui reconnaît devoir une dette n'est plus en mesure d'opposer la prescription à son créancier. Cependant en droit des assurances le principe de la présomption de paiement n'aura pas vocation à s'appliquer. L'assuré peut reconnaître en toute bonne foi devoir des sommes envers son assureur, sans que cela ne lui ôte le droit au bénéfice de la prescription.

**539.** De ce point de vue, la prescription biennale édictée en droit des assurances révèle une volonté réelle de protéger l'assuré<sup>767</sup>, et aucune disposition supplétive conventionnelle ou

<sup>764</sup> Avant la grande réforme de 1930 le délai de prescription était prévu par l'insertion de clauses limitant généralement le délai pour agir à 6 mois. Le législateur a interdit cette pratique en insérant un article 26 dans la loi de 1930 précisant que « la durée de la prescription ne peut être abrégée par une clause de police ». Mais cette durée était excessivement longue en matière d'assurance, et créatrice d'incertitude dans l'économie des contrats. L'assureur pouvait être mis à contribution durant trente années, ce qui est excessivement long pour des contrats auxquels il peut être mis fin annuellement. D'autant qu'un assuré susceptible d'exercer une action contre son assureur au bout de trente ans fait preuve d'une négligence incompatible avec la nécessité d'obtenir le versement de la garantie. C'est le législateur de 1930 qui tenant compte des contraintes de la relation d'assurance, limita la durée de la prescription à deux ans, un délai dérogeant du régime commun et maintenu par la législateur de 2008.

<sup>765</sup> La présomption de bonne foi, est un principe directeur de la prescription abrégée, selon lequel « les courtes prescriptions édictées par les articles 2271, 2272 et 2273 (*du code civil*) reposent sur une présomption de paiement et visent les dettes que l'on n'a pas coutume de constater par un titre », Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 janvier 1991, RTD Civ 1991. 746, note J. Mestre.

<sup>766</sup> Cass.1<sup>re</sup> civ., 9 janvier 1967, Bull. civ. I, n°11, en l'espèce les juges retiennent que « les courtes prescriptions de l'article 2272, reposant sur une présomption de paiement doivent être écartées lorsqu'il résulte de l'aveu du débiteur qu'il n'a pas acquitté sa dette » ; il en est de même si « la correspondance du débiteur, remerciant pour la compréhension dont on avait fait preuve à son égard, révèle qu'il connaissait sa dette » voir Cass. 2<sup>e</sup> civ, 13 novembre 1974, JCP 1975, II, 18025, note Besson.

<sup>767</sup> Les juges retiennent que la prescription fondée « sur des raisons d'ordre public et non sur une présomption de paiement, ... interdit de l'écartier par l'aveu de l'assuré qui reconnaît ne pas avoir payé les primes », Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Novembre 1974, JCP 1975, II, 18025, note Besson. Voir également, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 juin 1979, n° 78-10.052, qui reprend les mêmes motifs « les prescription biennale pour toutes les actions qui dérivent du contrat d'assurance... étant fondée sur des raisons d'ordre public et non sur une présomption de paiement, ne peut être



jurisprudentielle ne peut écarter la prescription qui doit trouver à s'appliquer<sup>768</sup>. Mais il est peu probable que l'assuré soit sensible à cette forme de protection. En pratique, l'assuré est avant tout un consommateur qui sait user, voire *abuser*, des contrats de crédits à la consommation qui se prescrivent également par deux années, mais qui restent soumis à l'influence de l'aveu.

**540.** L'assuré pourra donc se persuader lui-même qu'en reconnaissant spontanément ne pas avoir payé les primes dues à son assureur, il n'était plus en mesure de bénéficier de la prescription, alors qu'il n'en était rien.

Une autre difficulté dont la maîtrise dépasse l'entendement du consommateur le plus éclairé, c'est l'impossibilité de déterminer le domaine d'application de la prescription si plusieurs contrats avaient été souscrits auprès d'un même assureur.

b - une prescription spécifiquement adaptée au droit des assurances

**541.** En la matière le principe selon lequel chaque prescription est attachée au contrat qui en est le support est une disposition incompréhensible pour un simple consommateur. En assurance, plusieurs contrats peuvent avoir été souscrits auprès d'un même assureur, dès lors, une indécision pourra surgir concernant le domaine d'application de la prescription. Est-elle attachée à la situation contractuelle de l'assuré dans sa globalité ? Ou à chaque contrat pris indépendamment ?

**542.** La principale difficulté que pourront rencontrer les assurés, est liée à la croyance que si un contrat est prescrit, tous les autres le seront, faisant un amalgame entre leur situation contractuelle envisagée de manière générale, ou particulière à chaque contrat souscrit individuellement.

Selon l'article L. 114-1 du Code des assurances, la prescription est attachée à chaque contrat régulièrement conclu<sup>769</sup>. En cas de conclusion d'assurances distinctes, il ne peut y avoir de

---

écartée par l'aveu du débiteur ».

<sup>768</sup> Les dispositions relatives à la prescription étant d'ordre public, l'article L.114-1 du Code des assurances échappe au domaine contractuel, les modalités de la prescription ne peuvent être aménagées, ni par les parties, Cass. 1<sup>re</sup> civ. 25 novembre 1992, RGAT 1993, p. 82 note H. Margeat. Ni par des présomptions permettant de limiter l'étendue de son domaine d'application H. Groutel, *La nullité des conventions suspensives de la prescription biennale*, RCA 1993, chr. n°4. Pour une étude complète sur les implications du principe de l'ordre public en assurance, v. L. Mayaux *Assurance et ordre public : à la recherche d'un critère*, RGDA 2008, p. 601.

<sup>769</sup> Selon lequel seront concernées par la prescription « toutes actions dérivant du contrat d'assurance ». Cela implique que le contrat d'assurance ait été régulièrement conclu, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 décembre 1992, n° 90-15.300, en l'espèce, seul un projet de contrat était envisagé sans qu'il soit concrétisé par la conclusion d'un contrat d'assurance, dès lors les juges ont constaté que l'article L. 114-1 du Code des assurances était inapplicable, il faut que l'assuré et l'assureur aient la qualité de cocontractants. Cependant, l'assuré potentiel ne sera cocontractant que lors de la conclusion du contrat. Cependant les juges avaient retenu le contraire dans une espèce restée isolée, voir Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 mai 1988, RGAT 1988, p. 476, note J. Bigot.

confusion, si le délai de prescription est éteint pour un contrat, cette extinction est inopérante sur les autres contrats conclus.

De part ces spécificités, le simple exercice tendant à faire valoir la prescription relève d'un savoir inaccessible au profane, principalement lorsqu'elle est observée sous l'angle de la mise en œuvre de son mode interruptif.

## 2 - Le secret sur les modalités d'interruption de la prescription

**543.** L'article L.114-2 prévoit les modalités selon lesquelles la prescription peut être interrompue<sup>770</sup>, et dont l'application ne recèle pas de secret particuliers<sup>771</sup>. La difficulté ne porte pas tant sur le mode interruptif de la prescription que sur le formalisme qui y est attaché<sup>772</sup>, car « l'un des plus redoutables pièges est, peut être, ce qui dans l'esprit du législateur fut conçu comme une faveur pour l'assuré : l'envoi d'une lettre recommandée »<sup>773</sup>. En effet nous l'avons vu l'assuré est en mesure de déclarer la survenance d'un sinistre par tout moyen mis à sa disposition<sup>774</sup>. Cela n'altérera pas la validité de l'obligation de déclaration de sinistre, mais présentera un doute sur le point de départ de la prescription.

**544.** C'est ainsi qu'un assuré pourra être persuadé avoir accompli toutes les diligences requises, y compris en matière d'interruption de la prescription. Ce ne sera qu'une fois passé ce délai, que l'assuré sera en mesure de comprendre que s'il avait rempli ses obligations contractuelles de déclaration de sinistre, il n'avait pas juridiquement interrompu la prescription, faute de n'avoir pas fait sa déclaration par lettre recommandée avec accusé de réception. Cette formalité semble d'autant plus insurmontable que pour interrompre efficacement la prescription, l'assuré tel un '*Sisyphé des temps moderne*', sera contraint, tant que la garantie ne lui est pas versée, de formuler la même demande avant chaque période biennale, sous peine de perdre définitivement son droit d'indemnisation.

---

<sup>770</sup> Selon l'article L.114-2 du Code des assurances, la prescription est acquise « par une des causes ordinaires d'interruption de la prescription et la désignation d'experts à la suite d'un sinistre ». Pour la distinction qui concerne l'intervention de l'expert qui interrompt la prescription, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 mai 1994, n° 92-19.171, RGAT 1994, p. 775, note L. Mayaux. Ou qui suspend la prescription, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 juill. 2002, n° 00-14.115, RGDA 2002, p. 700, note J. Kullmann.

<sup>771</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 novembre 2005, n° 04-15.041, RGDA 2006, p.81, note J. Kullmann.

<sup>772</sup> la validité de l'interruption de la prescription, prévue au deuxième alinéa de l'article L. 114-2 du Code des assurances, et selon lequel « l'interruption de la prescription de l'action peut en outre, résulter de l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception adressée par l'assureur à l'assuré en ce qui concerne l'action en paiement de la prime, et par l'assuré à l'assureur en ce qui concerne le règlement de l'indemnité ».

<sup>773</sup> B. Beignier « *Droit du contrat d'assurance* », Collection droit fondamental, PUF, éd. 1999, n° 228, p.337.

<sup>774</sup> Tel qu'un appel téléphonique ou une lettre simple, l'usage de la lettre recommandée avec accusé de réception peut de ce fait être suppléé par d'autres modes de communication de l'information, V. supra n° 323 et suivant.

Ces modalités contraignantes et incompréhensibles encadrant l'interruption de la prescription ne sont pas ignorées du législateur<sup>775</sup>. C'est donc à dessein qu'il n'est prévu aucune disposition tendant à imposer à l'assureur de révéler les modalités d'application de la prescription.

### *B - Un secret non sanctionné*

**545.** Le paradoxe est que ces secrets encadrant la prescription sont certes inaccessibles car incompréhensibles, mais autorisés du seul fait qu'aucune obligation supplétive ne pèse sur l'assureur concernant le caractère informatif de la prescription (1) un oubli que la jurisprudence a tentée de rectifier, mais de manière très limitée (2).

#### 1 - une déloyauté ignorée du législateur

**546.** En principe, c'est l'article R.112-1 du Code des assurances qui impose à l'assureur de mentionner dans la police toutes les modalités d'application de la prescription<sup>776</sup>. Mais cette obligation n'est assortie d'aucune sanction et pourra rester de ce seul fait un « *vœu pieu* ». L'assureur soucieux de préserver ses intérêts pourra se dérober à son obligation d'information en gardant le secret le plus absolu sur des modalités encadrant la prescription sans être inquiété<sup>777</sup>. Un arrêt n'a pas manqué d'appliquer ce principe législatif en retenant que « l'assureur n'est pas tenu de rappeler à l'assuré les modes d'interruption de la prescription biennale, nécessairement mentionnés dans la police en application de l'article R. 112-1 alinéa 2 du Code des assurances »<sup>778</sup>.

**547.** Il suffit à l'assureur d'évoquer la prescription sans délivrer « *le mode d'emploi* » de la notion, pour satisfaire à son obligation. Cela est conforme à la nature de la prescription biennale, qui étant d'ordre public aura toujours vocation à s'appliquer, « dès lors, sa méconnaissance ne saurait faire obstacle à l'application des règles de la prescription »<sup>779</sup>.

Une telle décision fondée sur le critère d'ordre public de la prescription, semble cependant faire l'objet d'une nouvelle approche jurisprudentielle. Un arrêt récent retient que l'absence

---

<sup>775</sup> La loi « Badinter » du 5 juillet 1985 op.cit. sur les accidents de la circulation, n'omet pas d'imposer à l'assureur, une information renforcée concernant les modalités d'application de la prescription à l'assuré et ses ayants droits. Cette disposition ne concerne qu'une catégorie d'assuré dont les intérêts sont encadrés par une loi particulièrement protectrice. Cependant, la réforme intervenue en droit des assurances en 1989, ne reprend pas ces dispositions pourtant favorables, qui méritaient d'être étendues à tous les assurés, ce que déplorent à juste raison certains auteurs, v. H. Margeat, voir note RGAT 1993, p. 558, sous arrêt Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 mars 1993.

<sup>776</sup> Cass. 2<sup>e</sup> Civ., 10 novembre 2005, n° 04-15.041, RCA 2006.comm. n°28, H. Groutel.

<sup>777</sup> M. H. Maleville *Non application de la prescription biennale à l'obligation précontractuelle d'information et de conseil de l'assureur*, note sous arrêt Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 janvier 2001, n° 98-18.145, JCP G 2001, n°42, p.1945.

<sup>778</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 2 juillet 2002, RCA 2002, p. 314.

<sup>779</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 janvier 2002, RGDA 2002, p. 382.

du rappel des dispositions légales est « sanctionné par l'inopposabilité à l'assuré du délai de prescription mentionné à l'article L.114-1 du Code des assurances »<sup>780</sup>.

**548.** Il est de fait que le secret le plus insidieux concerne moins l'existence, que les modalités de mise en œuvre de la prescription. De ce fait, si « *nul n'est censé ignorer la loi* », et si le contrat qui tient lieu de loi<sup>781</sup> entre les parties, ne comporte aucune mention concernant les limites pouvant être apportées dans l'exercice de leurs droits, c'est en toute bonne foi que l'assuré les ignorera. Et d'autre part, s'agissant d'un secret légalement admis, il s'imposera de la même manière au juge. Ce dernier ne sera pas en mesure de pallier à l'ignorance justifiée de l'assuré, en soulevant ce moyen d'office.

**549.** La jurisprudence consacre l'application d'une « parfaite prescription »<sup>782</sup> qui en application de l'article 2223 du Code civil, ne permet pas au juge de « suppléer d'office le moyen résultant de la prescription ». Il est constant « dès lors, que le délai imparti par la loi pour exercer une action est un délai de prescription ... le moyen tiré de cette prescription non invoqué devant les juges du fond, ne peut être suppléé d'office par eux »<sup>783</sup>. Dans de telles conditions, l'assuré ne peut être protégé de ce secret par le juge. Si l'assuré était en mesure de soulever la prescription et qu'il l'ignorait, il ne pourra pas faire valoir ses droits.

**550.** C'est donc une prescription biennale aux contours juridiques d'autant plus incompréhensibles qu'elle ne recouvre ni le domaine d'application de la prescription de droit commun, ni celui de la prescription abrégée. Une méconnaissance justifiée pour le profane de par la complexité de la notion, qui représente un secret dont la teneur lui est préjudiciable<sup>784</sup>, car la prescription recouvre l'exercice d'un droit fondamental, celui d'ester en justice<sup>785</sup>. La prescription biennale extinctive d'action, telle que l'envisage le droit des assurances s'apparente à une « *punitio* » destinée à sanctionner l'inaction de l'assuré, mais qui en réalité s'exerce au bénéfice de l'assureur. Cependant, cet avantage se révélera parfois trop apparent pour laisser les juges indifférents.

## 2 - Un devoir de loyauté imposé par la jurisprudence

**551.** L'application de la prescription, relève d'un secret qui n'aura vocation à avantager que les seuls initiés, c'est-à-dire, les compagnies d'assurances. Mais, le secret volontairement

---

<sup>780</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 Juin 2009, n° 08-14. 254.

<sup>781</sup> Article 1134 du Code civil « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

<sup>782</sup> B. Beignier op. cit. n° 232, p. 342.

<sup>783</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 janvier 1983, n° 80-15.945.

<sup>784</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 novembre 2006, n° 05-19.917, RGDA 2007, p. 74, note L. Mayaux.

<sup>785</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 mars 2006, n° 05-11.842, RGDA 2006, p. 518, note M. bruschi.

entretenu par l'assureur, sera assimilé à un comportement déloyal (a) qui pourra être soumis à l'appréciation du juge (b).

a - Les critères du comportement déloyal de l'assureur

**552.** Le secret portant sur les modalités d'exécution de la prescription est légal, et n'est passible d'aucunes sanctions, c'est donc en fonction du comportement déloyal de l'assureur qu'il sera possible d'agir<sup>786</sup>. En pratique, l'assureur pourra utiliser le '*facteur temps*' à son avantage en multipliant des courriers rassurants, informant l'assuré de l'étude en cours de son dossier. Un tel échange informel tendant à laisser croire à l'assuré que son paiement est proche, sera de nature à le dissuader d'exercer tout recours, ou toutes actions susceptibles de suspendre la prescription pendant le délai légal de deux années. Il ne s'agit ni plus ni moins pour l'assureur que de gagner du temps, « en demandant à l'assuré de patienter avant toute démarche nouvelle éventuelle »<sup>787</sup>. Une fois le délai écoulé, l'assureur n'aura plus qu'à soulever à son profit la prescription biennale qui ôtera tous moyens d'actions à l'assuré.

**553.** Mais de telles pratiques ne manquent pas d'être appréciées par les juges, qui en les qualifiant de « silence(s) malicieux » leurs ont imprimé tous les aspects négatifs du secret<sup>788</sup>. La faute n'est pas d'avoir maintenu l'assuré dans l'ignorance des modalités d'application de la prescription, mais d'avoir suscité dans son esprit la croyance de l'obtention prochaine de la garantie. Ces manœuvres tendent à tromper sciemment l'assuré sur l'étendue de ses droits.

**554.** L'assureur pourra être sanctionné sur le plan contractuel « par la déchéance du droit d'opposer la prescription ou par la mise en jeu de la responsabilité de l'assureur »<sup>789</sup>. Certes, un auteur relève que « le déplacement vers le terrain de la responsabilité n'est pas souhaitable car, de proche en proche, il peut conduire... à une méconnaissance des fondements même de la prescription »<sup>790</sup>, en effet, cela pourrait à terme imposer une obligation d'information supplémentaire à la charge de l'assureur et à « exercer une sorte de tutelle sur l'assuré »<sup>791</sup>. Cependant, il nous semble au seul recensement des secrets relevés ci-dessus, qu'un minimum

---

<sup>786</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 octobre 2004, n° 03-15.713, Gaz. Pal. 2005, n°170, p. 12, note M. Périer ; L. Grynbaum, *Obligation d'information sur la prescription biennale sous peine d'inopposabilité*, Rev. Dr. Imm. 2005.413.

<sup>787</sup> CA Paris, 3 décembre 1997, juris data n° 024625.

<sup>788</sup> Notamment si l'assureur dissimule ses intentions réelles, en endormant la vigilance de son cocontractant par des '*manœuvres dilatoires*' dans le seul but d'atteindre le délai salvateur de la prescription biennale. En l'espèce il a été retenu « que l'assureur est tenu d'une obligation de loyauté dans la mise en œuvre du processus d'indemnisation après la survenance d'un sinistre, spécialement quand a l'imminence de l'expiration du délai de prescription ... (dès lors, l'assureur) ... avait commis une faute contractuelle dont il devait réparation », Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 novembre 1996, RCA 1996. 75, note H. Groutel.

<sup>789</sup> J. C. Ponge op. cit.

<sup>790</sup> H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre, M. Asselain, « *Traité du contrat de l'assurance terrestre* », préface de G. Durry, éd. Litec 2008, n°1115, p.747.

<sup>791</sup> H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre, M. Asselain, « *Traité du contrat de l'assurance terrestre* » op. cit.

d'information serait souhaitable, en ce que la prescription applicable en droit des assurances est fondée sur un régime légal dérogatoire du droit commun. D'autant qu'il ne peut être ignoré que les assureurs utilisent ces connaissances pour servir leurs seuls intérêts<sup>792</sup>.

**555.** Le secret conforté par « un comportement frauduleux à l'égard de l'assuré »<sup>793</sup> est passible de sanction sur le fondement de la responsabilité contractuelle de l'assureur<sup>794</sup>. Il appartiendra donc à l'assuré d'apporter la preuve de la mauvaise foi de l'assureur, si elle ne peut être déduite de son seul comportement<sup>795</sup>.

À cet effet, la jurisprudence opère une distinction très nette entre l'action passive de l'assureur, qui garde le secret sur le domaine d'application de la prescription, et le comportement actif de l'assureur qui se laisse aller à des manœuvres dilatoires, à seules fins de préserver le secret concernant tous les avantages que pourraient lui apporter la méconnaissance fort opportune, de l'assuré sur le domaine d'application de la prescription. Les manœuvres dilatoires seront sanctionnées pour déloyauté en cas de pratiques tendant à « laisser volontiers expirer le délai de prescription »<sup>796</sup>, ou tendant à « abuser le bénéficiaire d'une assurance afin de le dissuader d'agir en justice »<sup>797</sup>.

b - Une appréciation souveraine limitée par des dispositions légales

**556.** L'inadéquation des dispositions légales encadrant la prescription est unanimement décriée par la doctrine<sup>798</sup>, et même s'il paraît inapproprié de faire « systématiquement

---

<sup>792</sup> V. François, *Manœuvres frauduleuses de l'assureur et prescription biennale*, Lamy assur. 2000.64.

<sup>793</sup> Un arrêt marquant en la matière retient que « s'il est constant que la responsabilité contractuelle de l'assureur peut être engagée si celui-ci n'a pas exécuté ses obligations de bonne foi ou a fait preuve d'une abstention malicieuse en n'attirant pas l'attention de son assuré sur la proche survenance de l'expiration du délai de prescription, il convient de rechercher l'existence de la mauvaise foi de l'assureur laquelle ne peut être présumée », en l'espèce, les juges avaient assimilé les manœuvres à une fraude, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 octobre 1991, RCA 1991, comm. n°434, H. Groutel.

<sup>794</sup> La responsabilité contractuelle de l'assureur pourra être soulevée toutes les fois que les manœuvres seront constituées d'un élément intentionnel, démontrant la volonté de tromper l'assuré afin d'accéder au délai de prescription, et d'un élément matériel correspondant à des manœuvres ou des agissements destinés à endormir la méfiance de l'assuré, en le dissuadant d'agir dans son intérêt en interrompant la prescription. Nous pouvons donc supposer que la multiplication de courriers, ou d'appel téléphoniques, au contenu rassurant sur la gestion du dossier en cours, sera jugée d'autant plus suspecte qu'elle intervient sur la fin de la période biennale, et seront constitutifs de la mauvaise foi de l'assureur.

<sup>795</sup> La mauvaise foi de l'assureur est généralement définie comme « des faits... caractérisant des manœuvres dilatoires et frauduleuses réalisées dans le seul but de parvenir à l'expiration du délai de forclusion », CA Colmar 10 mai 1996, juris data n° 044860.

<sup>796</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juin 1988, RGAT 1988, p.788, note J. Bigot.

<sup>797</sup> CA Rouen, 5 mars 1997, JCP 1997, IV, 1796 en l'espèce, l'assuré était persuadé de bénéficier de la garantie, car l'assureur avait entretenue cette croyance.

<sup>798</sup> Certaines propositions semblent préconiser l'extension à tous les assurés de l'obligation prévue par la loi du 5 juillet 1985, relative à l'indemnisation des victimes de la circulation qui impose à l'assureur d'informer l'assuré ou ses ayants droits sur les modalités d'application des délais de prescription. V. P. Sargos, *La doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation relative à la prescription en droit des assurances*, RGDA. 1996.545 ; Y. Le Caë *Prescription biennale en droit des assurances : une règle imparfaitement maîtrisée*, Gaz. Pal. 31

obligation à l'assureur d'inviter l'assuré à interrompre la prescription qui court contre lui »<sup>799</sup>, il n'en demeure pas moins que « les assurés peu compétents en matière de droit des assurances, sont souvent surpris par ses effets »<sup>800</sup>.

**557.** Pour certains auteurs, l'incompréhension de la prescription est liée au facteur temps<sup>801</sup>. Mais il n'est pas certain que le secret portant sur la prescription soit enrayé par une simple modification du délai, car c'est le manque d'information qui crée le secret. Un secret renforcé par un manque de visibilité et de compréhension pour tout ce qui a trait à cette notion trop compliquée pour être accessible au profane.

**558.** Le déséquilibre est dû au fait que les secrets portant sur les spécificités de la prescription ne sont pas encadrés sauf en cas de mauvaise foi manifeste de l'assureur. De manière générale, en droit des assurances, le secret s'articule dans un ensemble de contrepouvoirs permettant à chaque partie de contrecarrer ou de limiter les effets des secrets de l'autre partie, mais pas en matière de prescription.

**559.** La seule issue contractuelle envisageable serait selon un auteur<sup>802</sup> que l'assureur renonce à exercer la prescription bien mal acquise à son profit. La renonciation résulte de la seule volonté des parties et peut être formalisée par une lettre dans laquelle il peut être indiqué qu'une partie renonce à se prévaloir de la prescription<sup>803</sup>. Même si cela paraît peu envisageable, cette possibilité répond à la nécessité d'une conduite « juste et équitable »<sup>804</sup> permettant d'enrayer les effets néfastes d'un secret dû à une incompréhension de l'assuré, et aggravé par un autre secret, favorisé par le silence de l'assureur.

**560.** Il ne fait aucun doute que la connaissance de la prescription et les conséquences qu'elle emporte doivent être mises à la portée de l'assuré. Cela fait partie intégrante de l'obligation de

---

décembre 1995.

<sup>799</sup> H. Groutel, RCA 1997, comm. n° 75 sous arrêt Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 novembre 1996.

<sup>800</sup> Y. Lambert Faivre et L. Leveneur op. cit. n° 305-1 p. 246.

<sup>801</sup> La difficulté semble liée à la nature même de la prescription, comme le souligne M. Beignier au fait que « la prescription de droit commun, trentenaire, est devenue tout aussi anormale en un siècle de la rapidité et de l'agitation », op. cit. n°230, p. 340. Cette observation très juste, ayant quelque peu perdu de son intérêt la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 sur la prescription qui porte le délai de droit commun à 5 ans, ce qui est plus conforme à « ce siècle de rapidité et d'agitation », que la prescription biennale. Un avis que semble rejoindre Mme Lambert Faivre et préconise un délai de « moyen terme qui pourrait être l'institution d'une prescription de droit commun de dix ans en droit des obligations » Nous l'avons vu, le législateur de 2008 est allé au-delà, en instaurant un délai de droit commun quinquennal, mais sans influence sur le droit des assurances.

Y. Lambert Faivre et L. Leveneur, « *Droit des assurances* » op. cit. n° 293 p. 236.

<sup>802</sup> R. Maurice, RGAT 1991.850, sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 juin 1991.

<sup>803</sup> Cela n'est pas systématique d'autant que certains termes pourront sembler ambigus, les juges apprécient les mots utilisés afin de déterminer si l'assureur entendait renoncer à la prescription ou s'il émettait seulement des réserves, voir pour une telle distinction Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 juin 1991, RGAT 1991.850 note R. Maurice.

<sup>804</sup> F. Chapuisat, *La renonciation de l'assureur aux prérogatives du Code des assurances*, Resp. civ. et assur. 1993.483.

loyauté mise à la charge de l'assureur qui se traduit par une obligation de renseignement envisagée de manière générale. L'initiative de la conclusion du contrat appartient au souscripteur, mais c'est à l'assureur qu'il revient de rendre accessible les termes du contrat en lui révélant tout son contenu.

**561. Conclusion section 1 :** Le secret émergeant sous la forme d'une incompréhension, est d'une efficacité redoutable en ce qu'il assure la prédominance des '*sachants au détriment des ignorants*'. Le contenu du contrat est déterminé et élaboré par l'assureur, il est donc le seul à pouvoir maîtriser les secrets qu'il oppose à l'assuré. Cela lui permet de limiter sa garantie sans que son cocontractant ne s'en aperçoive, de même que cela lui permet d'agir en cas de litige, dans les délais impartis sans être inquiété des actions que pourrait lui intenter l'assuré. Ce dernier étant faute de connaissance placé dans l'impossibilité d'utiliser les moyens mis à sa disposition pour faire valoir ses droits. Le secret crée une asymétrie des connaissances en faveur de l'assureur qui ne peut être levé qu'en lui imposant de partager son savoir.

## Section 2 - Le secret et l'obligation de renseignement

**562.** L'assuré étant la partie la plus faible au contrat doit être en mesure de connaître l'étendue de son engagement. L'assureur en tant que professionnel, ne peut avoir aucun secret envers le souscripteur, à cet effet, le contenu du contrat d'assurance est soumis à des obligations irréductibles envisagées par le législateur et la jurisprudence qui imposent une obligation générale de renseignement (**Sous section 1**) renforcée par l'obligation de matérialiser le contenu des informations dispensées, sous la forme de documents informatifs (**Sous section 2**).

### Sous section 1 - le secret révélé par l'obligation de renseignement mise à la charge de l'assureur

**563.** L'assureur est tenu d'informer loyalement son cocontractant afin qu'il soit en mesure de déterminer très précisément les conditions dans lesquelles il va donner son consentement. L'objectif étant que l'assuré ne soit pas surpris lors de l'exécution du contrat par des modalités dont il n'avait pas pris conscience, ni même connaissance.

Il appartient à l'assureur rédacteur du contrat de prévenir tout amalgame ou confusion dans l'esprit de l'assuré quand ce dernier s'engage. C'est donc sur l'assureur que pèse l'obligation



de renseignement<sup>805</sup> (§1), qui devra être fidèlement relayée par tous les intermédiaires de la relation d'assurance ayant été à un moment ou à un autre, en contact direct avec l'assuré (§2).

### *§ 1 - le fondement de l'obligation de renseignement*

**564.** Le fait de maintenir des informations secrètes, relève d'un manque de loyauté de l'assureur (A), que le législateur va encadrer en renforçant à son égard l'obligation de renseigner le souscripteur de la manière la plus complète et la plus précise possible (B).

#### A - Le secret éludé par l'obligation de renseignement renforcée

**565.** Le contrat d'assurance est un contrat d'adhésion entièrement pensé et rédigé par l'assureur, qui est le seul à en maîtriser le contenu, et donc tous les secrets. La connaissance approfondie des termes du contrat qu'il élabore en fonction des garanties qu'il propose, doublée d'une qualité de professionnel rompu à l'exercice de la conclusion de contrats complexes, attribue à l'assureur une position dominante indéniable.

C'est donc ce dernier qui est directement visé quand il s'agit de renseigner le profane sur toutes les dispositions que pourrait dissimuler le contrat. L'assureur ne peut opposer aucun secret à l'assuré Il doit partager toutes ses connaissances et le mettre en mesure d'apprécier la portée exacte de son engagement en lui dévoilant impérativement tous les aspects du contrat.

**566.** De manière générale, l'obligation de renseignement est une œuvre prétorienne qui, faisant une stricte application du principe de loyauté et de bonne foi, impose à l'assureur de ne rien dissimuler à l'assuré, mais aussi de lui expliquer le contenu du contrat qu'il a rédigé. C'est en se fondant sur la qualité de cocontractant que l'obligation d'information et de conseil sera mise à la charge de l'assureur. Ne pas dévoiler tous les aspects et les incidences du contenu du contrat, constitue un secret pouvant être analysé comme une rétention volontaire d'information, ou un mensonge par omission. Un tel comportement va à l'encontre des impératifs moraux qui régissent les relations contractuelles et qui se traduisent par l'obligation de loyauté et de bonne foi.

**567.** À travers cette obligation de renseignement « il est possible d'y voir, en vérité, une application du devoir général de collaboration entre les parties découlant de la bonne foi devant dominer les rapports contractuels »<sup>806</sup>. C'est donc autour du socle de l'article 1135 du Code civil que la jurisprudence va élaborer l'obligation de conseil et d'information renforcée,

---

<sup>805</sup> Nous avons choisi pour notre étude le terme de générique d'obligation de renseignement qui renferme les notions d'obligation d'information, de devoir de conseil et de mise en garde.

<sup>806</sup> Ph. Le Tourneau op. cit. n° 3252, p. 669.

mise à la charge du professionnel<sup>807</sup>. Cette œuvre prétorienne permet de limiter toute influence du secret, en imposant à l'assureur d'éclairer le consentement de l'assuré au moment de la conclusion, mais aussi tout au long de l'exécution du contrat. Cette obligation requise par l'équité se manifeste par l'instauration d'une obligation accessoire de nature contractuelle selon laquelle, il convient de ne pas avoir de secrets.

**568.** L'assuré doit bénéficier d'une information très claire des conditions dans lesquelles il sera engagé dans la relation d'assurance. Cependant le législateur n'a pas attendu que la jurisprudence découvre de nouvelles obligations découlant du contrat, pour mettre à la charge de l'assureur une obligation particulièrement renforcée en matière de renseignements.

**B - Le secret : une prédominance professionnelle limitée par le législateur**

**569.** Le droit des assurances contient des dispositions spécifiques concernant l'obligation d'information que l'assureur ne peut éluder. Dès la phase contractuelle il doit tout mettre en œuvre afin que l'assuré prenne la mesure exacte de son engagement (1). Pour y parvenir, cette obligation de renseignement mise à la charge de l'assureur, doit être relayée par tous ses représentants chargés de distribuer des produits d'assurance (2).

**1 - Une obligation mise à la charge de l'assureur**

**570.** Le secret tend à renforcer l'inégalité des rapports entre le professionnel et le consommateur<sup>808</sup>. Mais force est d'admettre que le droit des assurances, a été précurseur dans le domaine de la révélation de tous les renseignements utiles, en mettant en place dès la loi du 13 juillet 1930, des dispositions légales auxquelles ne pouvait se soustraire l'assureur.

**571.** Le contrat d'assurance est avant tout un contrat d'adhésion, reconnaissable à son « caractère général, permanent et détaillé de l'offre de contracter et la supériorité de puissance

---

<sup>807</sup> Selon les termes de l'article 1135 du Code civil « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature », ainsi que le présente un auteur, « ce membre de phrase montre bien que la recherche des volontés n'exclut pas... le recours aux sources de droit objectif qui doivent intervenir pour compléter et même éventuellement corriger les clauses du contrat... Quand à l'équité et à l'usage, c'est le juge qui s'en fait l'interprète l'article 1135 légitime donc, par cette allusion le rôle actuellement de plus en plus important de la jurisprudence dans ce domaine. », G. Viney et P. Jourdain *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 3è éd. LGDJ, sous la direction de J. Ghestin.

<sup>808</sup> Le législateur a développé et imposé des obligations mises à la charge du professionnel au cours des années 1970. L'article L.111-1 du Code de la consommation impose à tout professionnel, vendeur de biens ou prestataire de service, de mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service préalablement à la conclusion du contrat. De même que les articles L. 311-12 et L. 312-9 du Code de la consommation prévoient dans le cadre d'une opération de crédit qu'une notice détaillant les conditions d'assurance soit transmise par le prêteur des deniers.

économique dont jouit l'auteur de cette offre »<sup>809</sup>. Bien avant les développements de l'ère consumériste, le législateur de 1930 avait conscience que l'assuré était destiné à s'engager dans un contrat fait par, et pour les assureurs<sup>810</sup>. C'est donc en faveur d'un rééquilibrage des forces que l'œuvre législative va être élaborée à seules fins de limiter toute incursion du secret, en commençant par l'obligation de dévoiler le contenu du contrat<sup>811</sup>.

**572.** Dans un premier temps, seule l'assurance vie était au centre des préoccupations.<sup>812</sup> Cette volonté affirmée de ne garder aucun secrets envers l'assuré en l'informant de la manière la plus précise possible sur l'ensemble du contenu du contrat a été depuis, concrétisée par le législateur<sup>813</sup> et codifiée à l'article L. 132-5-2 du Code des assurances<sup>814</sup>.

**573.** Par la suite cette obligation<sup>815</sup>, sera applicable à toutes les branches de l'assurance. Ce fondement légal, impose à l'assureur d'informer l'assuré sur l'étendue de la garantie à laquelle il est en droit de prétendre, et ce dès les pourparlers, soit au cours de la phase précontractuelle. Cette obligation d'information portant sur les modalités d'exécution du contrat ne s'arrête pas avec sa conclusion. Elle présente la particularité de s'appliquer tout au long de l'existence du contrat, c'est ainsi que les dispositions ayant trait à la rupture du contrat, seront également soumises, à l'obligation de renseigner l'assuré<sup>816</sup>. Cette obligation de renseignement perçue comme une '*arme contractuelle*' destinée à faire obstacle au secret, se traduit par une obligation d'information et de conseil, dont le contenu rejoint les principes

---

<sup>809</sup> J. Flour, J. L. Aubert et E. Savaux, « *Les obligations 1, L'acte juridique* », éd. Armand Colin 2000, n°178, p.116.

<sup>810</sup> Ce que traduit un auteur en relevant fort justement, que la principale difficulté du contrat d'adhésion peut être perçue à travers les intérêts qu'il tend à préserver, étant « un contrat type de portée générale et abstraite, rédigé unilatéralement par l'une ou l'autre des parties ou ... par un organisme représentant les seuls intérêts de l'une des parties », J. Ghestin, « *Les obligations, le contrat* », n° 74, p. 68.

<sup>811</sup> La loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 sur le crédit à la consommation codifiée à l'article L. 311-12 et la loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 sur le crédit immobilier codifiée à l'article L. 312-9, prévoient dans le cadre d'une opération de crédit qu'une notice détaillant les conditions d'assurance soit transmise par le prêteur des deniers au moment de l'offre préalable.

<sup>812</sup> Les professionnels de l'assurance et de la consommation ont favorisé la divulgation d'une information plus claire et plus précise, en œuvrant de concert à la mise en place de « mesures propres à garantir que la décision de souscrire un contrat d'assurance sur la vie, soit prise en toute connaissance de cause ». Déclaration commune de la fédération française des sociétés d'assurances et de l'institut national de la consommation cité par A. Favre Rochex et G. Courtieu op. cit n° 1-85.

<sup>813</sup> Loi n° 81-5 du 7 janvier 1981 (JO 8 janvier 1981).

<sup>814</sup> « Avant la conclusion d'un contrat d'assurance sur la vie...l'assureur remet à celle-ci, contre récépissé, une note d'information sur les conditions d'exercice de la faculté de renonciation et sur les dispositions essentielles du contrat... ».

<sup>815</sup> Loi n°89-1014 du 31 décembre 1989, (JO 3 janvier 1990), modifiée par la loi n° 94-5 du 4 janvier 1994, (JO 5 janvier 1994) qui crée plusieurs dispositions contenues principalement aux articles L. 112-2 alinéa 1 et 2 du Code des assurances « L'assureur doit obligatoirement fournir une fiche d'information sur le prix et les garanties avant la conclusion du contrat...l'assureur remet à l'assuré un exemplaire du projet de contrat...qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi que des obligations de l'assuré... ».

<sup>816</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 novembre 1991, RCA 1992, comm. n°73.

dégagés par la jurisprudence. Cependant, l'effectivité de l'obligation de renseignement ne sera confortée, que si elle est dispensée par tous les acteurs de la relation d'assurance qui sont en contact direct avec l'assuré.

## 2 - Une obligation exécutée par tous les intermédiaires de l'assurance

**574.** Face au secret, le législateur a su imposer une chaîne homogène d'obligation de divulgation des dispositions contractuelles à tous les professionnels chargés de la distribution d'assurance. L'obligation d'information et de conseil doit être dispensée par les intermédiaires en assurance<sup>817</sup> auprès desquels l'assuré a souscrit le contrat d'assurance. La distribution des produits d'assurance<sup>818</sup> est très complexe, et très étendue, c'est ainsi que certains professionnels tels que les banquiers, dont l'activité principale est étrangère aux assurances pourront bénéficier d'une dérogation, et proposer des contrats d'assurances liés à une vente à crédit<sup>819</sup>.

**575.** L'impulsion de la création du cadre légal de l'obligation d'information et de conseil, est issue d'une directive européenne réglementant l'intermédiation en assurance<sup>820</sup>. L'article 2 de la directive du 9 décembre 2002, impose un devoir de conseil renforcé à tout professionnel « dont l'activité consiste à fournir à des tiers des services d'intermédiation en assurance rémunérés, soit les agents généraux, les courtiers, les bancassureurs, intermédiaires d'assurance ou de réassurance ». La spécificité de cette directive est non seulement d'imposer une obligation d'information et de conseil renforcée sur le produit d'assurance en tant que tel, mais également de lever le secret sur l'identité, et la qualité exacte sous laquelle exerce

---

<sup>817</sup> L'intermédiation en assurance est définie par l'article R.511-1 du Code des assurances qui encadre le fait pour toute personne morale ou physique de « solliciter ou de recueillir la souscription d'un contrat d'assurance ou de capitalisation ou l'adhésion à un tel contrat ou d'exposer oralement ou par écrit à un souscripteur ou adhérent éventuel, en vue de cette souscription ou adhésion, les conditions de garantie d'un tel contrat ». La profession d'intermédiaire est réglementée, seules les personnes habilitées et remplissant les conditions imposées par un décret émanant du Conseil d'état peuvent l'exercer. Ces conditions sont reprises à l'article L. 511-1 du Code des assurances et prévoit des conditions d'âge, de nationalité d'honorabilité et de capacité professionnelle, et donne également une définition de l'intermédiation qui reprend les termes de l'article 2 de la directive du 9 décembre 2002, et selon laquelle, « l'intermédiation en assurance ou en réassurance est l'activité qui consiste à présenter, proposer ou aider à conclure des contrats d'assurance ou de réassurance ou à réaliser d'autres travaux préparatoires à leur conclusion. ».

<sup>818</sup> J. Bigot et D. Langé, « *Traité de droit des assurances* », T.2, La distribution d'assurance, éd. L.G.D.J. 1999.

<sup>819</sup> Le contrat d'assurance étant un service proposé accessoirement au contrat principal. Cette activité de distribution est réglementée à l'article R. 512-2 et R. 512-3, 1° et 2° du Code des assurances et concerne le prêteur de deniers, ou les personnes favorisant l'octroi d'un contrat de vente à tempérament, complété d'une assurance afin d'en garantir le remboursement. Ces dispositions concernent les « assurances contre les risques de décès d'invalidité, de perte d'emploi ou de l'activité professionnelle souscrites expressément et exclusivement en vue de servir de garantie au remboursement (du) prêt... ou de garantie au vendeur dans cette vente à crédit ».

<sup>820</sup> La directive 2002/92/CE du 9 décembre 2002 portant sur l'intermédiation en assurance.

l'intermédiaire<sup>821</sup>. L'information n'est plus limitée au contrat d'assurance, elle est désormais étendue au profil des intermédiaires avec lesquels traite l'assuré.

**576.** Cette disposition permet de distinguer les intermédiaires indépendants tels que les courtiers, qui ont une vision plus objective du contrat envisagé, tandis que l'agent général étant employé par la société d'assurance, est soumis par un lien de subordination pouvant influencer, non pas sur la qualité du conseil prodigué, mais sur son degré de précision. En effet, son devoir de conseil ne peut aller jusqu'à donner son avis sur les produits proposés par sa compagnie, ce que peut se permettre le courtier dont l'activité est justement de comparer les différentes prestations d'assurances existantes sur le marché, afin de prodiguer à son mandant des conseils fondés sur une « analyse impartiale »<sup>822</sup>.

**577.** Si cet aspect novateur de l'obligation légale d'information et de conseil mise à la charge de l'intermédiaire ne fait aucun doute, un auteur ne manque pas de soulever que « le caractère obligatoire de l'information semble toutefois douteux parce que le texte précité (*article 12 de la directive*) précise que ces informations ne doivent être fournies qu'à la demande du client, tout en prévoyant formellement l'existence de telles informations »<sup>823</sup>. Il est de fait que cette disposition sur le critère révélant le lien et les rapports juridique existant entre l'intermédiaire et la compagnie d'assurance, est très surprenante car la teneur du raisonnement reviendrait à dire au souscripteur « *je n'ai pas le droit d'avoir de secret concernant la réalité de mes rapports avec la société d'assurance dont dépend l'impartialité de mes renseignements, mais si vous ne me demandez pas de dévoiler mes secrets je n'aurais pas à le faire* ».

**578.** L'obligation d'information est envisagée sous l'angle du choix de la révélation laissée à la libre appréciation du souscripteur qui en définitive, est le seul à pouvoir imposer à l'intermédiaire l'obligation de dévoiler ses secrets. Mais il nous semble qu'il aurait été plus logique d'imposer au professionnel de révéler spontanément le cadre dans lequel il exerce sa fonction ou, son activité de distribution d'assurance.

---

<sup>821</sup> L'article 12-1 de la directive prévoit que l'intermédiaire est tenu de renseigner le souscripteur « avant la conclusion d'un premier contrat d'assurance et, si nécessaire à l'occasion de sa modification ou de son renouvellement, un intermédiaire d'assurance fournit aux clients au moins les informations suivantes : son identité, son adresse, le registre dans lequel il a été inscrit et les moyens de le vérifier qu'il a été immatriculé... En outre, l'intermédiaire d'assurance indique au client, en ce qui concerne le contrat fourni : s'il est soumis à une obligation contractuelle de travailler, dans le secteur de l'intermédiation en assurance exclusivement avec une ou plusieurs entreprises d'assurance. Dans ce cas, il communique à la demande du client, le nom des entreprises d'assurance ou s'il n'est pas soumis à l'obligation contractuelle de travailler dans le secteur de l'intermédiation en assurance, exclusivement avec une ou plusieurs entreprises...il communique, à la demande du client le nom des entreprises d'assurance avec lesquelles il peut travailler et travaille... ».

<sup>822</sup> D. Langé, *Intermédiaires d'assurances*, JCP G, n° 50, 10 décembre 2003, chron. p. 2190.

<sup>823</sup> S. Gossou « *La distribution de l'assurance par les banques* », thèse Université Paul Cézanne Aix Marseille III, PUAM 2006.

Cependant, pour ce qui ressort du contenu de l'obligation d'information, aucun des intermédiaires n'aura le choix, il devra impérativement dévoiler tous les secrets contenus dans le contrat souscrit.

## *§ 2 - L'objet de l'obligation de renseignement renforcée mise à la charge de l'assureur*

**579.** L'obligation de renseignement exclut le secret de la relation contractuelle. Mais son exécution comporte plusieurs degrés de précisions allant de l'information la plus générale, au conseil le mieux adapté au profil de l'assuré. Concrètement cela se manifeste par une obligation d'information et un devoir de conseil dont ne peut se départir l'assureur (A) mais exercée de manière distincte selon la qualité des intermédiaires qui le représentent (B).

### *A - Le contenu de l'obligation de renseignement*

**580.** L'obligation de renseignement porte sur tout ce qui a trait aux modalités d'exécution du contrat. Cela se concrétise par une obligation d'information et de conseil (1), qui pourra cependant être limitée si le profil de l'assuré le justifie (2).

#### *1- L'obligation d'information et de conseil*

**581.** Si de prime abord elles semblent synonymes, il convient toutefois de bien distinguer l'obligation d'information (a) du devoir de conseil (b) dont le contenu et l'étendue sont appliqués de manière distinctes.

#### *a - L'obligation d'information*

**582.** L'obligation d'information est limitée au contenu et aux modalités d'exécution du contrat. Selon la définition de M. Le Tourneau, « Par l'obligation d'information, le contractant prévient son cocontractant des risques et avantages de telle mesure ou tel acte envisagé ; il l'éclaire afin que son choix soit effectué en pleine connaissance de cause »<sup>824</sup>.

D'un point du contractuel, l'obligation de divulguer ses secrets est une obligation personnelle mise à la charge de chaque cocontractant de manière unilatérale, mais exercée de manière réciproque. En assurance chacun des cocontractants doit agir en fonction de ce qu'il sait<sup>825</sup>, sans tenir compte des secrets de l'autre partie, qui par définition ne peut en avoir à son égard. Le secret ne doit pas être intégré dans les prévisions des parties lors de cet échange d'information.

---

<sup>824</sup> Ph. Le Tourneau op. cit. n° 3355, p.670.

<sup>825</sup> L'assuré doit informer son cocontractant sur le risque tandis que l'assureur doit informer son cocontractant sur les conditions de garanties prévues au contrat.

**583.** C'est ainsi que l'assureur n'est pas tenu de rappeler à l'assuré qu'il ne peut lui opposer des secrets par respect au principe de la bonne foi contractuelle. Dans une espèce, un assuré de mauvaise foi, avait reproché à l'établissement de crédit, souscripteur de l'assurance de groupe, de ne pas l'avoir suffisamment informé sur les conséquences d'une fausse déclaration. Une conception de l'obligation d'information très fermement rejetée par les juges<sup>826</sup>.

L'obligation d'information en assurance concerne principalement la garantie, qu'il s'agisse des conditions, de l'étendue, et des limites de son obtention. Cependant face au panel de plus en plus étendu des services et des produits d'assurances offerts par les professionnels, ces informations seront parfois insuffisantes à éclairer de manière satisfaisante l'assuré. C'est la raison pour laquelle, il est d'usage de mettre à la charge de l'assureur une obligation à la fois supplémentaire et complémentaire à l'obligation d'information, c'est le devoir de conseil.

#### *b - le devoir de conseil*

**584.** Le devoir de conseil est distinct de l'obligation d'information. L'intérêt de cette distinction réside dans le fait que ces deux notions se complètent afin de renseigner l'assuré le plus utilement possible sur le produit d'assurance envisagé. Selon une définition appropriée « le conseil correspond (...) à la mise en relation du renseignement brut avec l'objectif poursuivi par le créancier de l'information »<sup>827</sup>. Le devoir de conseil pour être efficace nécessite un comportement plus actif de la part de l'assureur. Il ne s'agit pas de présenter commercialement un produit d'assurance, mais de proposer le contrat le plus adapté à la situation de l'assuré, et de « mettre en lumière l'opportunité qu'il y a ou non à passer telle convention »<sup>828</sup>.

**585.** Le secret devant être levé porte sur les effets '*pervers*' du contrat envisagé initialement. Le secret peut soit masquer les difficultés sous jacentes inhérente à la garantie dont les conséquences n'apparaîtront que lors de l'exécution du contrat, et que seul un professionnel est en mesure d'appréhender. Soit porter sur le fait que contrat ne serait pas le mieux adapté au risque du souscripteur. En ce sens, le devoir de conseil implique une obligation parallèle sous jacente, qui correspond à la nécessité de savoir « déconseiller »<sup>829</sup> le produit. Le conseil implique une recherche, et un investissement de la part du proposant qui, en fonction des

---

<sup>826</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2000, n° 97-18.737, D. 2000. 574, note B. Beignier.

<sup>827</sup> M. Fabre Magnan « *De l'obligation d'information dans les contrats* ». *Essai d'une théorie*, thèse LGDJ, 1992.

<sup>828</sup> B. Starck, H. Roland et L. Boyer, « *Droit civil, Les obligations 2, Le contrat* », n° 322, p. 116.

<sup>829</sup> Ph. Le Tourneau, *les professionnels ont-ils du cœur ?*, D. 1990. 21.

renseignements obtenus sur la situation de l'assuré va pouvoir lui proposer un contrat « sur mesure ». De par sa précision, l'assureur ne peut se départir de cette obligation de conseil<sup>830</sup>.

**586.** Pour enrayer de tels secrets, la jurisprudence développe la notion de « l'obligation de conseil utile »<sup>831</sup>, selon laquelle, l'assureur propose, (voire même multiplie les propositions), et l'assuré dispose. Il appartient à l'assureur de présenter un panel très étendu des produits d'assurances, et de toutes les options existantes en vue de lui permettre de souscrire le contrat le plus adapté à sa situation.

**587.** À cet effet, il est impératif de prendre en compte la personnalité et les centres d'intérêts du cocontractant. C'est ainsi que face à un jeune assuré exerçant une activité sportive régulière de haut niveau, il convenait de lui déconseiller le contrat souscrit qui ne prévoyait qu'une garantie très limitée<sup>832</sup>. De même qu'un adhérent soucieux d'être protégé contre les risques d'invalidité et ayant clairement indiqué ses préoccupations sur ce point, ne peut se voir proposer une garantie qui ne comprenait pas ce risque<sup>833</sup>.

**588.** Le devoir de conseil mis à la charge du professionnel, peut également être complété d'un devoir de mise en garde, qui consiste à « indiquer précisément l'action à accomplir, avec plus ou moins d'urgence, pour préserver ou acquérir un droit »<sup>834</sup>. Cette forme d'information affine considérablement le devoir de conseil, en ce qu'il impose au professionnel de prodiguer un conseil permettant une bonne « adéquation des risques couverts à sa situation personnelle »<sup>835</sup> afin d'anticiper l'apparition de tous les pièges susceptibles d'affecter l'obtention de la garantie.

Il est important qu'il y ait une corrélation entre la garantie envisagée, et les besoins du souscripteur. Ce devoir de mise en garde devient une obligation légale<sup>836</sup> pour les groupements sportifs qui doivent mettre en garde le souscripteur toutes les fois que la garantie semble insuffisante<sup>837</sup> ou inappropriée<sup>838</sup>. Plus l'obligation de renseignement sera précise et moins le secret masquera le contenu du contrat. Mais cette contrainte n'est pas illimitée.

<sup>830</sup> R. Bout, RGAT 1988, p. 98, sous arrêt Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 février 1987,

<sup>831</sup> JCP G 1994, IV, 100, note sous arrêt CA Riom, 4 octobre 1994.

<sup>832</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 novembre 1988, RGDA 1999, p. 427, note J. Kullmann.

<sup>833</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mars 2000, RGDA 2000, p. 574, note M. H. Maleville.

<sup>834</sup> E. Bus, C.E. Delamare-Deboutteville, R. Ghuelde et P. Poiget, Lamy Assurances 2007, n° 4365; Référence citée par L. Mayaux, Rép. Dalloz, op. cit., n° 232.

<sup>835</sup> Cass. ass. Plén., 2 mars 2007, n° 06-15. 267, RGDA 2007, p. 397, note J. Kullmann op. cit.

<sup>836</sup> Les arrêtés des 5 mai et 6 juillet 1962 font obligation aux associations de sportifs amateurs participant aux compétitions de souscrire une assurance garantissant à leurs membres les accidents survenus en cours de compétition ou en cours d'entraînement. Ces dispositions sont reprises à l'article L. 321-4 du Code du sport.

<sup>837</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 12 novembre 1998, n° 96-22.625, RGDA 1999, p. 426, note J. Kullmann (1<sup>re</sup> espèce).

<sup>838</sup> S. Choisez, *L'obligation d'information en matière d'assurance sportive, ou la cohérence bottée en touche*, RCA 2003, chron. n°3.



## 2 - Les limites de l'obligation d'information et de conseil

**589.** L'obligation d'information et de conseil peut être limitée par des impératifs commerciaux quand ils ne portent pas préjudice aux intérêts de l'assuré. Ainsi, il ne peut être imposé à l'assureur et à ses intermédiaires de dénigrer leur produit, ou de diriger le consommateur vers une entreprise concurrente<sup>839</sup>. Ce qui autorise dans certaines circonstances le professionnel à se taire et à limiter ses conseils aux seuls produits qu'il propose. De même qu'il ne lui est pas imposé un « devoir d'alerte »<sup>840</sup> selon lequel il serait tenu d'informer un assuré sur l'existence d'une autre garantie alors que celle choisie initialement convenait à la situation de risque de l'assuré.

**590.** L'assuré doit veiller à ne pas se laisser surprendre par les secrets les plus accessibles contenus dans le contrat. La jurisprudence lui impose un minimum de vigilance en affirmant que « le manquement d'un professionnel à son obligation de conseil et d'information ne dispense pas le client de son devoir de prudence et de diligence »<sup>841</sup>. Loin d'être cantonné à un rôle passif, il doit s'investir dans la quête du secret, en posant des questions afin de soulever les zones d'ombres, et bien sûr en lisant les documents informatifs<sup>842</sup>. C'est ce comportement actif et empreint de curiosité qui lui permettra même partiellement de lever le secret sur la compréhension de son engagement.

**591.** Sans aller jusqu'à distinguer le professionnel du non professionnel<sup>843</sup>, nous pouvons fonder une différence de traitement entre l'assuré qui souscrit un contrat pour la première fois, et l'assuré qui est relation depuis plusieurs années avec la même entreprise d'assurance, ou qui a souscrit plusieurs contrats distincts. Étant de ce seul fait, mieux informé que le profane absolu, il sera moins protégé contre les secrets viciant la compréhension du contrat, en ce qu'il détient déjà toutes les informations nécessaires. Cet assuré particulièrement informé, n'aura pas à être renseigné de la même manière qu'un profane, car, pour reprendre la formule de M. Langé « on ne donne pas l'heure à une horloge parlante »<sup>844</sup>.

---

<sup>839</sup> Cass. com., 12 novembre 1992, RTD Civ., 1993.116, obs. Mestre.

<sup>840</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 1<sup>er</sup> décembre 1998, n° 94-13.589, RGDA 1999, p.455, note J. Kullmann.

<sup>841</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 mars 2003, RCA 2003, comm. n° 179.

<sup>842</sup> V. supra n°501 et suiv.

<sup>843</sup> Cette présomption de connaissance du produit d'assurance doit être tempérée si c'est un professionnel qui souscrit un contrat d'assurance, et qu'il ne possède aucune connaissance particulière en matière d'assurance, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 janvier 1994, n° 91-21.213, en l'espèce les juges ont retenus que les clauses d'exclusions de risques nécessitaient la divulgation d'une information dispensé par l'assureur même envers un professionnel qui exerçant en tant qu'entrepreneur ne pouvait saisir des notions « indécélables pour un ... non juriste », note L. Mayaux, RGAT 1994, p. 480. En la matière, M. Mayaux relève que « les notions de professionnels et de 'consommateur d'assurance' ne sont pas incompatibles » Rép. Dalloz, op. cit. n° 235.

<sup>844</sup> D. Langé, voir note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juin 1993, RGAT 1994, p.269.

**592.** Au delà de cette qualité de profane, il faut garder à l'esprit que certains assurés souscriront en connaissance de cause une assurance inadaptée à seules fins de bénéficier des primes les moins chères du marché, obtenant de ce fait une couverture insuffisante du risque. Si l'inopportunité de la garantie souscrite avait été portée à la connaissance de l'assuré, il n'appartenait pas à l'assureur d'aller à l'encontre de sa décision<sup>845</sup>. Le devoir de conseil tend à révéler le secret et n'implique pas l'obligation de convaincre ou de forcer le consentement du souscripteur même s'il y va de son intérêt.

Mais au-delà du contenu du renseignement prodigué, il nous faut nous attacher à la particularité de l'exécution de cette obligation qui, en droit des assurances n'est pas dispensée par l'assureur, mais par ces intermédiaires, à qui il revient de lever le secret sur le contenu du contrat.

#### B - Les intermédiaires et l'exécution de l'obligation de renseignement

**593.** Pour l'assuré la compagnie d'assurance est une personne morale lointaine et abstraite, à cet effet, il est d'usage de dire que « l'on ne dîne pas avec une personne morale ». Tandis que l'intermédiaire est une personne physique dont la proximité favorise une relation de confiance et privilégiée avec l'assuré. Il revenait donc à l'intermédiaire de dévoiler les secrets affectant la compréhension du contenu du contrat d'assurance, et de dispenser les informations nécessaires pour éclairer le consentement du preneur d'assurance.

L'obligation de renseignement n'est pas envisagée de manière homogène. Le degré de révélation des secrets dépendra du lien existant entre l'intermédiaire et son mandataire, et sera exercée différemment selon qu'elle est exercée par le mandataire de l'assureur qui est l'agent général (1), par le mandataire de l'assuré qui est le courtier en assurance (2), ou par le souscripteur d'une assurance de groupe (3).

##### 1 - L'agent général : Une obligation d'information renforcée

**594.** L'agent général<sup>846</sup> exerce dans le cadre d'un contrat de mandat conclu avec l'assureur pour le représenter. D'un point de vu juridique il n'a aucun lien avec l'assuré et doit être considéré à son égard, comme un tiers à la relation d'assurance. De part l'effet du mandat seul l'assureur est engagé contractuellement auprès de l'assuré. Mais cette qualité de tiers ne

---

<sup>845</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 juillet 1996, RGAT 1996, p. 910 obs. J. Bigot.

<sup>846</sup> L'article L. 540-1 et L. 540-2 du Code des assurances encadre le statut des agents généraux, dont le statut issu du décret n° 96-902 du 15 octobre 1996 (JO 16 octobre 1996), précise que « l'agent général est une personne physique ou morale exerçant une activité indépendante de distribution et de gestion de produits ou de services d'assurances en vertu d'un mandat écrit délivré par une ou plusieurs entreprises d'assurances... ».

permet pas de rendre la mission de l'agent général totalement transparente. Ce que la jurisprudence ne manque pas de rappeler en imposant à l'agent général une obligation d'information et de conseil envers l'assuré. C'est donc à titre de professionnel de l'assurance, que doit être observé l'agent général, dès lors, son statut est susceptible de créer un doute sur la fiabilité des révélations faites sur le contenu du contrat d'assurance<sup>847</sup>.

**595.** L'existence d'un mandat entre l'assureur et l'agent général pourrait nous laisser penser qu'il représente en priorité les intérêts de son mandant, et qu'il garde le secret sur les aspects les plus défavorables du contrat, dans le but d'en conclure le plus grand nombre. Mais cette logique du chiffre n'a pas sa place au sein d'une logique de divulgation, imposée par le législateur et contrôlée par les tribunaux. L'agent général doit renseigner l'assuré en tenant compte de sa situation, de ses besoins et en fonction du risque devant être assuré. Il doit veiller à ce que la garantie proposée soit parfaitement adaptée au risque<sup>848</sup>, mais aussi que l'assuré en comprenne le contenu.

**596.** À cet égard plus le contrat sera complexe, et plus l'obligation d'information de l'agent général sera renforcée. Il lui appartient d'attirer l'attention de l'assuré sur des dispositions particulières, ou nécessaires à la bonne exécution de la garantie, et peut engager sa responsabilité délictuelle s'il ne révélait pas les modalités de paiement devant être mises en œuvre pour que la garantie soit effective<sup>849</sup>.

Cependant, s'il est admis que les renseignements fournis, doivent être adaptés et individualisés en fonction du profil de l'assuré. Il semblerait que l'agent général ne soit soumis qu'à une obligation générale d'information. Cela ne signifie pas qu'il soit dispensé du devoir de conseil, mais que son rôle ne tend qu'à rendre accessible et compréhensible le contenu du contrat souscrit.

En effet, si l'on envisage l'information sous l'angle du choix du meilleur contrat et de la préservation des intérêts personnels de l'assuré, ce devoir de conseil renforcé devra être envisagé du côté du mandataire de l'assuré : le courtier.

## 2 - Le courtier : Un devoir de conseil renforcé

---

<sup>847</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 octobre 1986, RGAT 1986, p. 610, note M. Pauffin De saint Morel.

<sup>848</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 octobre 1977, RGAT 1978, p. 364, en l'espèce une association sportive avait souscrit une assurance de groupe qui excluait tous les dommages que pouvaient se faire les joueurs au cours de leurs pratiques sportives. Voir également Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mai 1981, Gaz. Pal. 1981, 2, Pan. Jurisp. 346, en l'espèce un entrepreneur non couvert pour une garantie décennale alors qu'elle lui est imposée légalement à l'égard de ses clients.

<sup>849</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 juin 1996, RGDA 1996, p. 768, note D. Langé, en l'espèce l'agent général n'avait pas informé un souscripteur d'assurance de groupe qu'il devait verser un acompte pour bénéficier de la garantie.

**597.** Si pour les besoins de notre étude<sup>850</sup> nous classons le courtier avec les intermédiaires d'assurance, juridiquement il n'est pas un intermédiaire en assurance *stricto sensu*. Le courtier exerce une profession libérale indépendante consistant à comparer, choisir, et suggérer à ses clients les contrats les plus adaptés à leurs demandes afin de leur offrir un contrat individualisé, conforme à leurs situations de risques et à leurs intérêts.

Le courtier intervient dans le cadre d'un mandat de courtage, prévoyant qu'il représente son client face à l'assureur. Il devra alors gérer en professionnel avisé, toute l'exécution du contrat en lieu et place de l'assuré, en déclarant un sinistre, en ne laissant pas s'éteindre la prescription<sup>851</sup>. Il est donc tenu d'informer, de conseiller et d'agir. Son obligation d'information est réglementée<sup>852</sup>, et consiste en premier lieu à analyser et à prodiguer des conseils sur les produits les plus performants existants sur le marché de l'assurance.

**598.** Il est le « rempart » contre tous les secrets dissimulés dans le contrat d'assurance. Ce professionnel est tenu de veiller particulièrement à ce qu'aucune disposition supposée être défavorable, ne puisse nuire aux intérêts de son mandant<sup>853</sup>. Et ce, tant au niveau du choix de l'assureur, que du produit d'assurance envisagé. C'est la raison pour laquelle, pour mener à bien cette mission, il lui est fait obligation de vérifier les déclarations que lui fait son mandant.

**599.** Le courtier ne peut maintenir le secret ni sur les modalités du choix du contrat, ni sur son contenu, ni a fortiori sur les conditions de son exécution. Il ne peut dissimuler à son client que la garantie était inappropriée<sup>854</sup>, ni laisser croire qu'elle couvrirait tous les risques, alors qu'il connaissait parfaitement son activité et ses besoins réels<sup>855</sup>. La situation la plus grave étant celle où il fait croire à son client qu'il est assuré alors que l'assureur avait refusé de prendre le risque en charge. Par certains aspects, son obligation est proche du devoir de mise en garde. Il

---

<sup>850</sup> L'activité du courtier est également réglementée par la directive du 9 décembre 2005 au même titre que tous les intermédiaires d'assurance, et codifiée aux articles L. 511-1 et R. 511-1 du Code des assurances.

<sup>851</sup> CA Paris 7<sup>e</sup> ch. A 18 novembre 2008, n°06/12942.

<sup>852</sup> Aux articles L. 511-1 et R. 511-1 du Code des assurances.

<sup>853</sup> La jurisprudence vérifie si sa mission de conseil a bien été exécutée, et s'il s'est montré être « un guide sûr et un conseiller expérimenté », Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 novembre 1964, n° 62-13.411, et Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 novembre 1984, n° 83-14.020.

<sup>854</sup> Les manquements à son obligation de conseil se révèlent particulièrement, s'il fait souscrire à son client une assurance insuffisante Pour une assurance professionnelle de transport de marchandises qui ne couvrait les risques que sur une partie du trajet, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 octobre 1987, RGAT 1987, p. 618, note M. Pauffin de saint Morel.

<sup>855</sup> Dans une espèce, il a été retenu qu'en faisant souscrire à l'assuré qui tenait un cabaret, une assurance qui excluait le vol de vêtements entreposés dans le vestiaire, le courtier avait manqué à tous ses devoirs non seulement en n'attirant pas l'attention de son mandant sur la clause d'exclusion de risque, mais aussi en prétendant que la garantie prenait en charge tous les risques y compris le vol, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 novembre 1984, RGAT 1985, p. 313, note M. Pauffin de saint Morel. Voir également pour une entreprise spécialisée dans les aliments pour animaux qui excluait les aliments pour chiens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 avril 1977, D. 1977. 462, note C.J Berr et H. Groutel.

doit veiller à ce que son client ait conscience de la nécessité de la bonne exécution du contrat<sup>856</sup>, tel que le paiement de la prime dans les délais impartis, et des suites prévisibles à de tels oublis, telle que la suspension de la garantie<sup>857</sup>.

**600.** En cas de manquements à son devoir d'information et de conseil, le courtier sera sanctionné<sup>858</sup>. Le seul assouplissement envisageable est lié au niveau de compréhension de son client, et de sa capacité à lire une police claire et précise, tel qu'un ancien étudiant des hautes écoles<sup>859</sup>, ou un chef d'entreprise qui ayant entretenu de très longs pourparlers était en mesure de prendre connaissance des principaux secrets dissimulés dans la police envisagée<sup>860</sup>. De même qu'il ne pourra être retenu de manquements si l'assuré avait délibérément menti et fait de fausses déclarations tant à l'assureur qu'au courtier en leur dissimulant la réalité de sa situation. Le courtier ne peut être tenu prodiguer les conseils les plus appropriés sur la base de faux renseignements<sup>861</sup>. Le devoir de conseil mis à la charge du courtier est la seule arme efficace contre le secret masquant le contenu exact du contrat. Ce qui nécessite une attention et une écoute sérieuse des besoins de l'assuré, condition nécessaire afin de dispenser le conseil le plus approprié.

Mais cette relation privilégiée semble difficilement envisageable en matière d'assurance de groupe, d'autant que l'obligation de renseignement pèse sur un professionnel dont la spécialité est étrangère au produit d'assurance.

### 3 - Les assurances de groupe : un devoir de diligence

**601.** Les assurances de groupe<sup>862</sup> telles que définies aux articles R. 513-2 et suivant du Code des assurances<sup>863</sup>, qui réglementent les dérogations par lesquelles certaines personnes morales

---

<sup>856</sup> Le manquement sera également constitué s'il maintient le secret les modalités d'exécution du contrat et les conditions de garanties, difficilement accessible au profane, tel que les mesures de prévention mises à la charge de l'assuré, afin de prévenir la survenance du risque, Cass. 1<sup>re</sup> civ. 27 novembre 1990 RCA 1991 comm. n° 85

<sup>857</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 mai 1965, RGAT 1966, p. 204, note A. B.

<sup>858</sup> V. infra n°597.

<sup>859</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 18 février 2003, RGDA 2003, p. 371, note Kullmann.

<sup>860</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 janvier 1981, D. 1892. 98, note C.J. Berr et H. Groutel.

<sup>861</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 novembre 1989, RGAT 1990, p. 213, note M. Pauffin de saint Morel ; En l'espèce l'assuré avait simulé l'existence de sinistres antérieures.

<sup>862</sup> « Assurance de groupe ou assurance collective, garantit des personnes au moyen d'un contrat unique auxquelles elles adhèrent individuellement, d'où le nom d'adhérent qui leur est donné ... Au sens large : technique de souscription par laquelle une personne morale, agissant pour un groupe quelconque, contracte une assurance pour le compte de personnes appartenant à ce groupe ... Au sens strict : ... contrat souscrit par une personne morale ou un chef d'entreprise en vue de l'adhésion d'un ensemble de personnes répondant à des conditions définies au contrat et ayant un lien de même nature avec le souscripteur... »v. J. Landel « *Lexique des termes d'assurances* » op. cit. V° *groupe*.

<sup>863</sup> « contre les risques de décès, d'invalidité, de pertes de l'emploi ou de l'activité professionnelle souscrites expressément et exclusivement en vue de servir de garantie au remboursement de ce prêt ... ou de garantie au vendeur dans... (*une*)... vente à crédit... ».

ou physiques, dénommées les souscripteurs, pourront distribuer un produit d'assurance à leur cocontractants qui sont les adhérents du contrat d'assurance<sup>864</sup>.

L'adhérent n'a pas de contact direct avec l'assureur. Il appartient donc au souscripteur<sup>865</sup> de l'assurance de groupe de dispenser l'information nécessaire à la compréhension du contrat<sup>866</sup>. Cependant, aucun texte légal n'impose, ni ne définit, les contours de l'obligation d'information et de conseil devant être mise à la charge du souscripteur. Il est donc nécessaire de circonscrire le secret devant être révélé aux adhérents.

**602.** La jurisprudence impose à tous les intermédiaires une obligation d'information et de conseil relative au produit d'assurance envisagé à seules fins d'éclairer le consentement de l'assuré, en lui présentant le contrat sous tous ses aspects<sup>867</sup>. En assurance de groupe, le contrat d'assurance est certes un contrat accessoire, mais conclu dans l'intérêt de la bonne exécution du contrat principal. Dans l'hypothèse d'un contrat de prêt, le banquier ne cesse pas de conseiller son client après la remise de la notice, il doit le maintenir informer tant que le prêt n'est pas remboursé<sup>868</sup>.

**603.** le souscripteur d'une assurance de groupe n'est pas un professionnel de l'assurance, à ce titre son obligation de renseignement est moins étendue que le devoir de conseil du courtier et moins précise que l'obligation d'information dispensée par l'agent général. Toutefois, il est tenu à une obligation de diligence et doit veiller à ce que le contrat souscrit corresponde à la situation des adhérents<sup>869</sup>. Parfois le défaut d'information est dû à des erreurs grossières portant sur des fautes d'inattentions au regard du contrat envisagé<sup>870</sup>, notamment quand elles portent sur l'âge de l'adhérent qui, soit n'y avait plus droit<sup>871</sup>, soit pouvait bénéficier d'une

---

<sup>864</sup> J. Bigot et D. Langé, « Traité de droit des assurances », T.2, La distribution d'assurance, éd. L.G.D.J. 1999.

<sup>865</sup> L'article L. 140-4 du Code des assurances impose au souscripteur d'une assurance de groupe de remettre une notice établie par l'assureur à ses adhérents.

<sup>866</sup> Cass. com., 3 novembre 2004, n° 02-19.880.

<sup>867</sup> Il pourra s'agir du courtier ou de l'agent général, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 décembre 1991, RCA 1992, comm. n°112 et n°113. Du souscripteur de l'assurance de groupe, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 janvier 1992, RCA comm. n° 152.

<sup>868</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 juin 1995, n° 92-19.212, en l'espèce suite au décès de l'adhérent, le souscripteur n'a pas prévenu la famille de la nécessité de remplir un dossier et de le transmettre à l'assureur.

<sup>869</sup> Dans une espèce, un établissement prêteur n'a pas indiqué aux époux emprunteurs qu'ils étaient en mesure de bénéficier d'une garantie distincte pour chacun, un secret jugé contraire à leurs intérêts, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 mai 1999, n° 96-20.809.

<sup>870</sup> Pour une garantie restreinte en cas d'invalidité, voir, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mars 2000, n° 97-18.136.

<sup>871</sup> Pour un souscripteur ayant proposé à un adhérent âgé de 60 ans et engagé dans un prêt immobilier de plus de dix ans, une assurance limitée à 65 ans, voir Cass. 2<sup>e</sup> civ., 3 mai 2006, n° 05-12.639 et 05-14.961. Pour une adhésion à une garantie qui prend fin à 60 ans alors que l'adhérent a 59 ans, d'autant qu'en l'espèce une franchise de 12 mois était imposée (l'adhérent n'était pas du tout en mesure de bénéficier du contrat), Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 février 2003, n° 00-14. 703. Voir aussi, pour un établissement prêteur qui fait souscrire une assurance chômage à une adhérente qui âgée de 55ans ne pouvait plus y prétendre, CA. Versailles, 1<sup>re</sup> ch. 2<sup>e</sup> section, 3 janvier 2001, Argus, 20 avril 2001.

extension de garantie<sup>872</sup>. Le secret maintenu sur les conditions de garantie, est la cause directe d'une souscription inutile car inappropriée.

**604.** Une fois encore, le manquement le plus grave est lié aux fausses informations tendant à faire croire aux adhérents qu'ils bénéficiaient d'une garantie, alors qu'il n'en était rien. Dans une espèce, le souscripteur n'avait pas révélé que la garantie ne couvrait pas toute la durée d'un prêt, et pour accréditer ce secret, il présentait un tableau d'amortissement avec des cotisations d'assurances courant jusqu'à la fin du contrat du prêt, des manœuvres que les juges ont assimilé ce secret à une apparence trompeuse<sup>873</sup>. Le secret peut aussi servir à dissimuler qu'une assurance était déjà résiliée<sup>874</sup>, ou que l'assureur avait refusé une adhésion<sup>875</sup>. En cas de manquement, c'est donc la responsabilité du souscripteur qui devra être recherchée<sup>876</sup>, même si sa profession est étrangère aux assurances.

**605.** Un auteur a proposé que l'information dispensée dans le cadre de l'intermédiation soit répartie entre l'assureur pour tout ce qui a trait à la transmission des documents informatifs, et l'intermédiaire qui serait tenu de prodiguer des conseils sur l'opportunité de conclure une garantie plutôt qu'une autre<sup>877</sup>. Cependant, il nous semble important qu'en assurance de groupe, le souscripteur soit soumis à une obligation particulière d'information envers les adhérents du seul fait des rapports étroits qui les unissent.

Les informations dispensées ne seront efficaces que si elles s'effectuent par un même interlocuteur, et dans une même unité de temps. Si l'on reconnaît au souscripteur la possibilité de divulguer une information moins étendue, le risque serait qu'il se '*repose*' entièrement sur l'assureur en reportant les adhérents aux seules informations dispensées dans la notice<sup>878</sup>.

**606.** D'autant qu'il faut garder à l'esprit qu'un contrat d'assurance est accessoire à la conclusion d'un contrat principal, l'intérêt du souscripteur dont la démarche est purement commerciale, serait de ne révéler que les avantages du contrat d'assurance, afin de ne pas nuire au placement de ses propres produits. Pour éviter de décourager ses clients potentiels, il

---

<sup>872</sup> Des adhérents n'avaient pas été informés qu'après l'âge de 70 ans ils pouvaient bénéficier d'une extension de garantie, TGI Montpellier 2<sup>e</sup> ch. A, 2 juin 2004, jurisdata n° 03/02317.

<sup>873</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 janvier 2005, n° 03-17.199.

<sup>874</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 avril 2005, n° 04-12.464.

<sup>875</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 juin 2005, n° 04-14.630 ; voir également Cass. 2<sup>e</sup> civ., 23 septembre 2004, n° 03-10.501 et 03-15.179.

<sup>876</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 octobre 1987, D. 1988. 159, note H. Groutel, Voir également Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 juin 2000, RGDA 2000, p. 1089, note L. Fonlladosa.

<sup>877</sup> La proposition est de M. Bigot, reprise dans le Rapport de synthèse *L'information de l'assuré : insuffisances ou trop plein ?*, colloque Lyon 2006, RGDA 2007, p. 512.

<sup>878</sup> Cass. ass. Plén., 2 mars 2007, n° 06-15. 267, RGDA 2007, p. 397, note J. Kullmann. En l'espèce les juges retiennent l'existence d'un devoir de mise en garde mise à la charge du banquier qui s'était contenté de remettre au souscripteur la notice élaborée par l'assureur.

laisserait l'assureur révéler les aspects négatifs du contrat, telles que toutes les contraintes et les obligations mises à la charge de l'adhérent.

Dans ces conditions, le rôle du souscripteur consistera moins en une obligation d'information, qu'un démarchage publicitaire en faveur de l'assureur, alors que l'obligation de renseignement consiste en la transmission d'une connaissance. Cela emporte la nécessité de traduire les termes utilisés dans le jargon des assurances pour rendre l'information accessible. La révélation du secret procède avant tout d'un travail de vulgarisation tendant à éclairer le consentement de l'assuré, ce que seul le souscripteur peut valablement exécuter du fait de la relation directe existant avec les adhérents.

Le secret tendant à vicier le consentement de l'assuré, sera neutralisé par la remise effective de documents matérialisant les conditions d'exécution de l'obligation de renseignement pesant sur l'assureur et ses intermédiaires.

## Sous section 2- Le secret et la matérialisation de l'obligation de renseignement

**607.** En assurance, l'obligation de renseignement ne sera valablement effectuée qu'après la transmission de l'ensemble des documents constituant le contrat. C'est donc par le biais de la remise de tous les documents contractuels à l'assuré que le législateur envisage de circonscrire le secret<sup>879</sup>. Seule cette transmission permet de matérialiser l'obligation d'information et de conseil (§1). Dès lors, si l'assureur ne transmettait pas ces documents informatifs y afférents, sa responsabilité pourra être engagée (§2).

### *§1 : Le secret dévoilé par la remise des documents contractuels*

**608.** Tous les manquements de l'assureur à son obligation de renseignement seront autant de secrets opposés à l'assuré. Pour enrayer toutes formes de secrets, le législateur soumet la transmission des documents informatifs à la production d'un écrit (A), cependant, cette obligation pourra bénéficier de certains aménagements particulièrement adaptés à la spécificité de certains contrats d'assurance (B).

#### A - Le secret matérialisé par la remise des documents informatifs

---

<sup>879</sup> Le principe de la matérialisation du secret en imposant sa révélation par écrit procède du même mécanisme que celui étudié supra n° 502 lors de l'existence du contrat. Cependant nous envisagerons ici le contenu des documents informatifs destinés à rendre compréhensible le contrat.



**609.** La particularité de l'obligation de renseignement mise à la charge de l'assureur, est qu'elle doit être transmise sous la forme d'un écrit reprenant dans le détail les conditions de garantie. C'est le contenu de cet écrit qui permet de révéler les dispositions lacunaires qui ont favorisées l'incompréhension des dispositions contractuelles (1). Cette matérialisation est opérée par la remise de documents contractuels à l'assuré tant au cours de la phase précontractuelle<sup>880</sup>, qu'au cours de l'exécution du contrat afin qu'il en étudie le contenu, et ce, même si le contrat est conclu à distance (2).

#### 1 - La compréhension des documents dispensés en cours d'exécution du contrat

**610.** En cours de contrat, l'obligation d'information n'est plus destinée à éclairer le consentement de l'assuré, mais sur la manière dont doit être exécuté le contrat, en rendant sa compréhension accessible (a), un impératif renforcé pour certaines assurances dont la spécificité commande de dispenser une information continue (b).

##### *a - La compréhension du contenu du contrat*

**611.** Des dispositions législatives envisagent de manière spécifique la nécessité de rendre compréhensible le contenu du contrat par les professionnels de l'intermédiation en assurance. Certes, ils sont soumis à l'exigence de l'écrit, cependant la directive sur l'intermédiation en assurance<sup>881</sup> impose un mécanisme permettant de vérifier d'une part, que le souscripteur a bien pris connaissance des dispositions contractuelles prévues au contrat, et d'autre part, que la pertinence des conseils prodigués était satisfaisante<sup>882</sup>. Ce degré de satisfaction est évalué en imposant aux intermédiaires, avant la conclusion du contrat, d'obtenir un écrit du souscripteur, dans lequel ce dernier indique précisément ses nécessités, ses attentes, et ses besoins au regard du contrat envisagé. Une fois recueilli par écrit les intentions exprimées par l'assuré lui-même, il lui sera transmis un autre écrit concernant le contrat d'assurance proposé, assorti des conseils destinés à rendre compréhensible le contenu du contrat.

**612.** Dès leur premier entretien, l'écrit matérialise tous les échanges d'information ayant eu lieu entre l'intermédiaire et l'assuré. Il est l'outil de référence permettant de figer le secret dissimulé dans le contrat conformément à l'adage selon lequel « *les paroles s'envolent mais les écrits restent* ». En effet, l'écrit tire tous ses mérites de la résistance qu'il oppose à

---

<sup>880</sup> L'article L. 111-1 du Code de la consommation issu de l'article 2 de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992, précise qu'il appartient au professionnel, vendeur de biens ou prestataire de services de mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service, préalablement à la conclusion du contrat.

<sup>881</sup> Directive 2002/92/CE du 9 décembre 2002.

<sup>882</sup> Selon l'article 12-2 de la directive du 9 décembre 2002, op. cit.

l'écoulement du temps, la matérialisation d'un acte en fait la preuve par excellence. À cet égard, l'écrit répond à une double attente, il démontre d'une part que le conseil était conforme aux besoins formulés par le souscripteur, mais également que l'intermédiaire a satisfait à son obligation d'information et de conseil. D'un point de vue probant, l'écrit nuit tant au secret des intermédiaires qui ne peuvent plus maintenir certains éléments du contrat sous silence, qu'à ceux de l'assuré, qui ne pourra plus invoquer l'inadéquation du contrat souscrit, puisqu'il en a lui même délimité le contenu.

#### *b - L'information renforcée adaptée aux contrats spécifiques*

**613.** Certains contrats comportent des dispositions techniques qui seront autant de secrets rendant incompréhensibles les modalités de leur exécution. C'est la raison pour laquelle le législateur va adapter l'obligation d'information aux spécificités du contrat. En assurance vie, l'assureur a l'obligation de remettre des documents destinés à maintenir l'assuré informé de manière régulière et continue sur les dispositions les plus techniques de son contrat<sup>883</sup>. En assurance de groupe<sup>884</sup>, le législateur prévoit une obligation d'information préalable transmise par écrit, et mise à la charge exclusive de l'assureur, afin de permettre à l'assuré de dénoncer son contrat dans les meilleurs délais. C'est en révélant ces secrets que l'assuré sera en mesure d'exécuter le contrat conformément à ses attentes. C'est la raison pour laquelle, la matérialisation de l'obligation de renseignement s'impose même si les parties ne se sont jamais rencontrées physiquement.

## 2 - Les contrats conclus à distance

**614.** Le contrat d'assurance, dont la validité n'est pas conditionnée à un écrit du fait de son caractère consensuel, peut valablement être formé à distance<sup>885</sup>. Cela signifie que les cocontractants peuvent s'engager et échanger leur consentement<sup>886</sup> sans jamais se

---

<sup>883</sup> C'est ainsi que les articles L. 132-21 alinéa 2, et L. 132-22, alinéa 1<sup>er</sup> du Code des assurances encadrent les modalités de capitalisation applicables en assurance vie, et prévoient une mise à disposition permanente des modalités de calcul des valeurs de réduction et de rachat, qui figurent sur un règlement annexé au contrat. De plus, le législateur impose l'obligation de l'informer tous les ans, l'assuré de toutes les variations modifiant la valeur des capitaux garantis, et des répercussions que ces variations entraînent sur le montant de la prime.

<sup>884</sup> Il s'agit selon l'article L. 141-4, alinéa 1<sup>er</sup> et 3<sup>e</sup> du Code des assurances « Le souscripteur est tenu ... d'informer par écrit les adhérents des modifications apportées à leurs droits et obligations... la preuve de la remise de la notice à l'adhérent et de l'information relative aux modifications contractuelles incombe au souscripteur... » et d'obliger le souscripteur de dispenser les informations permettant à l'assuré de remettre en cause de nouvelles dispositions qu'il estime lui être défavorable, telles qu'une réduction de garantie non prévue initialement, et modifiée en cours d'exécution du contrat, selon l'article 12 alinéa 2 de la loi n° 89- 1009 du 31 décembre 1989.

<sup>885</sup> C. J. Berr et H. Groutel, « *Les grands arrêts du droit des assurances* », p. 40.

<sup>886</sup> Cependant le contrat conclu par internet se forme au jour de l'acceptation de l'assureur de la demande d'assurance, Cass. crim., 27 mai 2008, n° 07-88.176.

rencontrer<sup>887</sup>. Une tendance qui aura vocation à devenir la norme, avec le développement des réseaux 'internet' et de la téléphonie mobile. Dans de telles conditions, il semblerait que l'assureur ne soit pas en mesure de se soumettre à son obligation d'information précontractuelle, dans les conditions prévues à l'article L.112-2 du Code des assurances, qui impose la remise immédiate d'une notice et d' « une fiche d'information sur le prix et les garanties avant la conclusion du contrat ».

**615.** Cette lacune est encadrée par une directive européenne en date du 8 juin 2000<sup>888</sup> sur le commerce électronique, qui consacre la remise de documents informatifs à distance, et dont la particularité est d'abolir les distances, tout en renforçant l'impression d'une proximité entre les cocontractants<sup>889</sup>. L'entreprise qui propose et distribue sur son site internet des produits d'assurances, est tenue à l'exigence d'un écrit destiné à être imprimé et conservé<sup>890</sup>. Mais si l'impression de documents peut s'effectuer par fax ou internet, c'est une manipulation impossible à faire par téléphone, les pouvoirs publics prenant acte de ces contraintes techniques, instaurent pour ce cas précis, un nouveau dispositif<sup>891</sup> selon lequel les documents devront être envoyés au souscripteur mais ultérieurement, c'est-à-dire, « immédiatement après la conclusion du contrat »<sup>892</sup>. Si toutes les mentions n'y figuraient pas, le secret sur les dispositions contractuelles serait ainsi rapidement révélé, car l'écrit constitue la seule preuve du contenu des informations dispensées.

**616.** Parallèlement à ces nouvelles technologies qui accélèrent le processus de formation d'un contrat conclu à distance, se développent de nouvelles sanctions. L'éloignement physique et géographique des cocontractants, est une situation propice au secret dissimulant les dispositions les plus importantes du contrat. La protection de l'assuré est renforcée par les dispositions de l'article L. 112-2-1, II du Code des assurances, qui portent le délai de

---

<sup>887</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juillet 1941, DC 1943.57, note A. Besson.

<sup>888</sup> Directive CE, n° 2000/31, 8 juin 2000, JOCE 17 juillet 2000, n° L 178.

<sup>889</sup> L'article 5, directive CE 8 juin 2000, impose à tous les intermédiaires et distributeurs de produits d'assurance de laisser « ses coordonnées permettant de le contacter rapidement et de communiquer directement et effectivement avec lui... (*par le biais de*)... son adresse de courrier électronique ».

<sup>890</sup> Article 10-3, directive CE 8 juin 2000, impose de « fournir aux destinataires de services les clauses contractuelles et autres conditions générales, d'une manière permettant à ces derniers de les conserver et de les reproduire ». C'est une disposition reprise textuellement dans la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, (JO 22 juin), sur la « confiance dans l'économie numérique » applicable notamment aux compagnies d'assurances, auxquelles est imposée une obligation d'information dès qu'elle « propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services ».

<sup>891</sup> Le dispositif mis en place opère par renvoi aux dispositions du Code de la Consommation.

<sup>892</sup> Ce dispositif n'est envisageable qu'avec un souscripteur, ayant les qualités d'une personne physique, non professionnelle, tel que le prévoit l'Ordonnance n° 2005- 648 du 6 juin 2005, (JO 7 juin 2005), qui crée un nouvel article 112-2-1-I du Code des assurances qui renvoi à l'article L. 121-20-11 alinéa 2 du code de la Consommation.

renonciation à quatorze jours à compter de la réception du contrat. Ce qui est conforme au principe selon lequel, un délai de réflexion plus long, permet de circonscrire le secret, en ce qu'il accorde du temps pour étudier le contenu du contrat. Parfois, la nature du contrat ne permet d'envisager qu'un échange d'information très limité, c'est ce qui fonde l'aménagement de l'obligation de renseignement dans un sens plus restreint.

## B - Les restrictions légales aménageant la révélation du secret

**617.** Même si certaines souscriptions de contrats s'accommodent mal avec l'obligation d'information et de conseil renforcée, le secret ne peut dissimuler les principales dispositions contractuelles. L'assureur ne peut faire l'impasse sur son obligation de renseignement qui sera simplement aménagée en fonction des spécificités que présentent certains contrats, telles que les assurances grands risques (1) ou les assurances ponctuelles (2).

### 1 - Les assurances de grands risques

**618.** Si le législateur entend protéger le simple consommateur de tous les secrets que pourrait comporter le contrat d'assurance, il sait prendre la mesure des compétences respectives des cocontractants. C'est la raison pour laquelle il ne protège pas de la même manière tous les assurés. Notamment s'il s'avère que l'assuré n'est autre qu'une grande entreprise susceptible d'obtenir par ses propres moyens l'information la plus pertinente. Étant très au fait des usages du monde des affaires, à son égard, le contrat d'assurance ne présentera que très peu, voire aucun secret<sup>893</sup>.

**619.** Face à ces assurés ayant l'habitude de contracter des assurances dans le cadre de l'exercice de leur activité, l'obligation d'information et de conseil n'a pas lieu d'être aussi détaillée. D'autant que les groupes industriels et les grandes entreprises économiques, sont à même de confier à leurs services juridiques la protection de leurs intérêts. Pour ces professionnels du droit des assurances, l'élaboration et la conclusion de contrats est une activité à temps complet. C'est donc l'assureur qui pourrait être mis en difficulté si ces juristes s'étaient aménagés certains secrets dans le contrat. Le législateur prévoit une autre

---

<sup>893</sup> L'article R. 112-2 du Code des assurances aménage des exceptions en faveur de l'assureur concernant son obligation de renseignement et précise que « les dispositions des deux premiers alinéas de l'article L. 112-2 du Code des assurances ne sont pas applicables aux contrats garantissant les risques définis au deuxième alinéa de l'article L. 351-4 » L'article L. 351-4 est actuellement codifié (depuis la loi n° 94-5 du 4 janvier 1994) à l'article L. 111-6 du Code des assurances selon lequel « Sont regardés comme grands risques ceux qui relèvent des catégories suivantes... lorsque le souscripteur exerce une activité dont l'importance dépasse certains seuils définis par le Conseil d'État ». L'article L.111-6 du Code des assurances encadre ces risques dont la spécificité tient à la qualité de professionnel des souscripteurs, qui envisagent d'assurer les corps de véhicules aériens, ferroviaires, maritimes...

exception qui ne sera pas liée aux compétences de l'assuré, mais à la durée du contrat d'assurance souscrit, dont la brièveté ne permet d'envisager qu'une information limitée.

## 2 - Les assurances ponctuelles

**620.** Dans la pratique certaines assurances n'auront vocation à s'appliquer que pour de très brefs délais, et de manière ponctuelle. Cela concerne les garanties dont « la prise d'effet (...) intervient au plus tard quarante huit heures après la proposition d'assurance... ». De ce fait le temps de réflexion dont bénéficiera l'assuré pour étudier le contrat proposé, est trop court pour que soit dispensée une information et des conseils approfondis et minutieux<sup>894</sup>. Ces assurances ponctuelles s'insèrent très souvent, au sein d'un système d'assurance obligatoire imposant à l'assuré la présentation d'une attestation d'assurance. La rapidité et la brièveté de ces transactions, sont incompatibles avec la réflexion que nécessite l'étude complète des documents informatifs<sup>895</sup>.

**621.** C'est une réalité prise en compte par le législateur pour les assurances souscrites dans un cadre précis et pour une durée limitée ne sont généralement conclues que pour le temps d'un voyage, d'un déplacement ou d'une simple villégiature qui n'excédera pas trois mois<sup>896</sup>. Dans de telles conditions de précipitation, aucune disposition ne permettrait d'assurer la protection absolue du consommateur. Il serait illusoire d'envisager la dispense d'une information protectrice et détaillée, dans de si brefs délais. De plus, dans la pratique le retour de l'assuré, qui marque la fin du contrat, pourrait avoir lieu bien avant la fin des délais légaux impartis pour l'informer sur le contenu du contrat. L'efficacité et la compréhension d'une information pour être correctement dispensée nécessite un minimum de temps et de réflexion, des dispositions que l'assuré sur le point de partir pour de brèves villégiatures ne dispose pas de toute évidence.

**622.** Le législateur était donc contraint de privilégier la rapidité des échanges au détriment de la révélation de tous les secrets existants au sein du contrat. L'assureur n'est pas dispensé de son obligation de renseignement. Elle est seulement aménagée du fait des circonstances, mais certainement pas annulée. À cet effet, la police d'assurance doit comporter une stipulation

---

<sup>894</sup> En assurance vie, que si le contrat est conclu pour une durée supérieure à deux mois. Si le contrat est conclu pour une durée inférieure à deux mois, l'obligation d'information de l'assureur n'aura pas à être aussi détaillée, il est prévu à l'alinéa 4 de l'article L. 132-5-1 du Code des assurances, que toutes les mesures prises en faveur de l'assuré pour le mettre à l'abri des secrets que pourrait receler le contrat, ne peuvent s'appliquer que si « Les dispositions qui précèdent (*et qui concernent les facultés de renonciation du contrat*) ne s'appliquent pas aux contrats d'une durée maximum de deux mois... ».

<sup>895</sup> Telles qu'elles sont envisagées à l'article L. 112-2 du Code des assurances.

<sup>896</sup> L'article R. 112-2 du code des assurances, prévoit dans un alinéa 2 que les dispositions encadrant l'obligation d'information « ne sont pas non plus applicables aux contrats d'assurance couvrant des risques liés à la villégiature, au camping, au sports d'hiver, aux vacances et aux voyages, souscrits pour trois mois au plus... ».

selon laquelle, l'assuré a pris connaissance des documents précisant les conditions dans lesquelles la garantie est accordée. La signature étant la preuve de la divulgation de l'information préalable<sup>897</sup>.

Une disposition qui trouve particulièrement à s'appliquer dans le cadre des assurances souscrites de manière ponctuelles. Même s'il est conclu dans la précipitation, aucun secret ne peut nuire à la compréhension du contenu du contrat, et l'écrit en tant que preuve 'reine' ne pourra être occultée. Si l'assureur ne respectait pas son obligation de renseignement, il engagerait sa responsabilité.

## *§2 - Le régime de la responsabilité et l'obligation de renseignement*

**623.** C'est la soustraction d'un renseignement nécessaire à la compréhension du contrat qui constitue le secret. Nous utilisons de manière générique la formule d'obligation de renseignement qui en réalité recoupe l'obligation d'information et le devoir de conseil<sup>898</sup> mis à la charge de l'assureur. Ce dernier est astreint à une obligation de renseignement renforcée d'origine légale et contractuelle, afin que rien ne soit dissimulé à l'assuré. Mais en cas de manquements, quelques incertitudes pourraient porter sur le régime juridique applicable, notamment sur la nature du fondement de sa responsabilité (A). En effet, c'est en fonction de la solution retenue, qu'il sera possible de déterminer la nature de l'obligation mise à la charge de l'assureur et de ses intermédiaires (B) afin de déterminer la sanction applicable à tout manquement constaté (C).

### **A - Une application distributive du régime de la responsabilité en assurance**

**624.** Le régime de la responsabilité dont procède l'obligation d'information en droit des assurances, est distinct du régime de droit commun en ce qu'il est tenu compte de la nature et des incidences d'un tel manquement sur la bonne exécution du contrat (1). Cette distinction

---

<sup>897</sup> De manière générale, c'est l'article R. 112-3 du Code des assurances qui encadre la remise de documents servant de preuve à la divulgation des informations concernant le contrat souscrit, et ce qu'elle que soit sa nature et son objet « La remise de documents... est constatée par une mention signée et datée par le souscripteur apposée au bas de la police, par laquelle celui-ci reconnaît avoir reçu au préalable ces documents et précisant leur nature et la date de la remise ».

<sup>898</sup> Il est à noter que certains auteurs dont MM. Cas et Bout estiment devoir dissocier l'obligation de renseignement et de conseil du fait que « le devoir de conseil diffère de l'obligation de renseignement ... L'obligation de renseignement est l'obligation précontractuelle de fournir au cocontractant les informations susceptibles d'exercer une influence sur son consentement... L'obligation de renseignement est donc imposée au vendeur avant la formation du contrat alors que le devoir de conseil constitue une suite nécessaire à sa bonne exécution. » *Droit économique* éd. Lamy, 1993 n° 7402.

emporte des difficultés d'appréciation que la jurisprudence va résoudre en unifiant le régime de la responsabilité si le secret rend inaccessible les modalités d'exécution du contrat (2).

#### 1 - La nature contractuelle d'un manquement précontractuel

**625.** L'obligation de renseignement résonne dans le temps. Si elle doit être dispensée dès la phase précontractuelle, l'information ne s'avèrera utile qu'en cours d'exécution du contrat. De ce fait, le secret maintenu avant la conclusion du contrat aura des répercussions directes sur les modalités de son exécution (a), ce dont il doit être tenu compte pour déterminer le régime de la responsabilité applicable (b).

##### *a - Les incidences d'une défaillance précontractuelle*

**626.** En principe, en application du droit commun des contrats, avant la conclusion du contrat tout manquement à l'obligation d'information et de conseil est une faute délictuelle, qui devra être exécutée par équivalent sous la forme de dommages et intérêts<sup>899</sup>. Si l'assureur opposait des secrets sous la forme d'une soustraction des documents informatifs, ou si les documents ne remplissaient pas les conditions légales concernant les mentions obligatoires, l'assureur engagerait sa responsabilité délictuelle, et le souscripteur insuffisamment informé pourrait obtenir des dommages et intérêts. Mais une telle application du régime de la responsabilité, est peu appropriée à l'obligation de renseignement de l'assureur.

**627.** En droit des assurances, il nous semble que le curseur imposant l'obligation de révéler le contenu du contrat ne doit pas être placé au moment précis de la conclusion du contrat. L'exécution de l'obligation de l'information, doit être dispensée dès les prémisses des pourparlers, avant de se poursuivre au cours de l'exécution du contrat, et même au-delà. En assurance, c'est donc avant, pendant, et après la conclusion du contrat que les secrets devront être révélés à l'assuré. Il nous faut donc tenir compte du moment précis où le manquement a pu être constaté, et des documents précis sur lesquels portait ce manquement. Et ce, afin de distinguer si l'information tenue secrète, concernait une modalité de l'exécution du contrat, ou si elle ne portait que sur l'aspect informatif du contrat envisagé.

---

<sup>899</sup> Ce qui est conforme à la théorie du régime de responsabilité préconisé par le courant doctrinal dualiste qui envisage le contrat de manière chronologique. À cet effet, il opère une distinction très nette entre la période précontractuelle dont les effets ne peuvent être rattachés au contrat, ce dernier n'ayant pas été encore conclu, et la période contractuelle. De ce fait, tous les manquements constatés avant la rencontre de volonté des cocontractants relèvent d'une nature délictuelle. Ainsi comme le relève M. Ghestin « l'obligation précontractuelle de renseignements doit être distinguée ... de celle qui se situe dans l'exécution du contrat » v. J. Ghestin « *Traité de droit civil, la formation du contrat* ». L.G.D.J 1993, 3<sup>e</sup> éd, n°457, p. 504. Certes cette distinction présente un intérêt certain car « les solutions déduites d'un tel critère présentent l'avantage de respecter la distinction que réalise le droit français entre les deux phases de formation et d'exécution du contrat » v. M. El Gharbi n° 217, op. cit., mais qui cependant ne semble pas particulièrement favorable pour ce courant doctrinal.

## *b - L'objet d'une défaillance précontractuelle*

**628.** L'obligation d'information et de conseil a pour objet d'expliquer le contenu du contrat, elle ne constitue pas l'objet même du contrat. Elle est envisagée dès la phase précontractuelle, et placée sous les auspices d'une protection préventive du consentement de l'assuré. L'obligation de renseignement imposée à l'assureur avant la conclusion du contrat, obéit à un formalisme prévu par le législateur.

C'est ainsi que la note de couverture suffisamment précise sur les conditions essentielles du contrat, même s'il n'est pas encore établi, aura la valeur d'un engagement contractuel du point de vue de l'assuré<sup>900</sup>. D'autant que l'information dispensée par écrit, laisse indubitablement penser à l'existence d'un acte juridique, bien avant que l'échange de consentement ne soit figé au moment de la conclusion du contrat. C'est la raison pour laquelle la particularité du droit des assurances est que l'obligation d'information et le devoir de conseil dispensés au cours de la phase précontractuelle, seront revêtus d'une nature contractuelle.

**629.** Cette solution dérogeant du régime du droit commun des contrats est de bon sens, car du secret maintenu au cours de la phase précontractuelle dépendra d'une part, le comportement de l'assuré au cours de l'exécution du contrat, et d'autre part la compréhension de l'étendue de son engagement. Si l'information nécessaire n'était pas divulguée, le consentement de l'assuré sera dans tous les cas vicié. Ces différents aspects ont été soulevés très pertinemment par Mme Fabre-Magnan, pour qui « l'obligation d'informer doit porter sur des circonstances présentant des liens étroits avec les obligations auxquelles le contrat donne naissance »<sup>901</sup>. C'est donc la responsabilité contractuelle de l'assureur qui aura vocation à être engagée pour les secrets opposés dès la phase précontractuelle.

## 2 - Le régime contractuel du défaut d'information

**630.** Il est cependant « très difficile, en pratique de différencier les obligations précontractuelles et contractuelles de renseignements »<sup>902</sup>. La principale difficulté étant que l'information doit être dispensée dès la phase des pourparlers, et donc d'un point de vue chronologique, au cours de la phase précontractuelle de la formation du contrat. Pour surmonter cette contradiction, il est nécessaire de faire abstraction des repères chronologiques et de ne s'intéresser qu'au contenu de l'information<sup>903</sup>. Si l'obligation de renseignement ou d'information concourt à la bonne exécution du contrat, nous sommes face à une obligation

<sup>900</sup> V. supra n°503 et suivant.

<sup>901</sup> M. Fabre-Magnan, n° 276 et suivant op. cit.

<sup>902</sup> Ph. Le Tourneau, *De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil*, D. 1987. 101.



de nature contractuelle. Même si le manquement est intervenu lors de la phase précontractuelle, il sera possible d'engager la responsabilité contractuelle de l'assureur.

C'est la raison pour laquelle la jurisprudence tend à uniformiser le régime de l'obligation d'information et de conseil qu'elle rattache à l'exécution du contrat, en leur imprimant de ce fait systématiquement une nature contractuelle. C'est ainsi que les manquements à l'obligation d'information précontractuelle sont principalement sanctionnés sur le fondement de la bonne foi contractuelle imposée à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil<sup>904</sup>.

**631.** La preuve de la bonne exécution de l'obligation d'information et de conseil est mise à la charge de l'assureur, car « celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation »<sup>905</sup>. La nature de l'obligation d'information est une obligation de résultat, tous les renseignements utiles portant sur le contenu du contrat doivent être dispensés à l'assuré. Cela permet de protéger le consentement de l'assuré face à un professionnel qui maîtrise parfaitement toutes les subtilités et tous les pièges du contrat d'assurance. Mais, une fois le renseignement donné, « sa pertinence sa compréhension et sa prise en compte par son bénéficiaire relève d'une obligation de moyens »<sup>906</sup>.

Une autre difficulté et non des moindres est de déterminer l'auteur du manquement. Il est donc nécessaire de distinguer parmi tous les intermédiaires comment sera déterminée la personne responsable des manquements de l'obligation d'information.

## B - L'application distributive du régime de la responsabilité en fonction de la qualité des intermédiaires

---

<sup>903</sup> D'autres auteurs faisant prévaloir la théorie unitaire du régime de la responsabilité, font abstraction de toute référence chronologique inhérente au processus contractuel, et préconisent de placer l'obligation de renseignement sous un régime unitaire dont la nature serait nécessairement contractuelle. C'est ainsi qu'un auteur relève que « les défauts de renseignement... constituent une inexécution en puissance, car la convention malformée ne saurait procurer la satisfaction attendue au contractant victime. ». Cette conception met en évidence le phénomène selon lequel, en ne renseignant pas suffisamment le cocontractant au moment opportun, son consentement s'en trouvera nécessairement vicié lors de la conclusion du contrat. M. Huet fonde le régime unitaire de l'obligation contractuelle sur la fiction de la rétroactivité, dès lors « en présence d'un contrat conclu, l'opposition du passé et du futur, traduite juridiquement en celle de responsabilité délictuelle et contractuelle nous paraît impossible à maintenir » et doit donc être effacée au profit d'un seul régime unitaire : la responsabilité contractuelle. Cependant la difficulté de cette théorie est qu'elle est fondée sur une fiction, la potentielle conclusion du contrat, si ce n'est pas le cas, il nous semble qu'elle en devient dénuée d'intérêt. V. J. Huet « *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation des deux ordres de responsabilités* » thèse Paris II, 1978, n° 284 p. 269.

<sup>904</sup> « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites... elles doivent être exécutées de bonne foi ».

<sup>905</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 février 1997, RGDA 1997, p. 852, note Rémy.

<sup>906</sup> Ph. Le Tourneau op. cit.

**632.** Les manquements de l'obligation de renseignement ne seront imputables à l'assureur que sous certaines conditions, et de manière distincte selon que les secrets sont du fait de l'agent général (1), du souscripteur (2), ou du courtier (3).

#### 1 - La responsabilité de l'assureur engagée du fait de ses agents généraux

**633.** Si le manquement est dû à l'agent général, de par l'effet du contrat de mandat<sup>907</sup>, c'est l'assureur qui est civilement responsable des agissements fautifs constatés. Et ce, sur un fondement contractuel, conformément aux dispositions de l'article 1992 alinéa 1 du Code civil<sup>908</sup>, mais aussi délictuel, sur le fondement de l'article L. 511-1, III du Code des assurances<sup>909</sup> qui opère par renvoi à l'article 1382 du Code civil<sup>910</sup>. S'il s'avérait que l'agent général avait excédé les limites de sa mission en gardant certaines dispositions secrètes, sa responsabilité personnelle peut être engagée *in solidum* avec l'assureur.

#### 2 - La responsabilité de l'assureur engagée du fait des souscripteurs

**634.** En assurances collectives, le souscripteur doit dispenser des conseils sur le contenu du contrat envisagé. Mais n'étant pas un professionnel de l'assurance, son rôle est en principe limité à l'obligation d'annexer la notice d'assurance au contrat principal, tel qu'un contrat de prêt<sup>911</sup>. Agissant en qualité de mandataire selon l'article L. 141- 6 du code des assurances<sup>912</sup>, l'assureur pourra être tenu responsable de tout manquement constaté lors de l'exécution de l'obligation de renseignement.

La particularité de cette obligation est qu'elle est maintenue au-delà de la conclusion du contrat, l'article L. 141-4 du Code des assurances prévoit que le souscripteur doit informer les adhérents des suites réservées par l'assureur à la souscription envisagée, notamment si

---

<sup>907</sup> Si l'acte fautif de l'agent général est du à un acte extérieur et détachable de sa mission, en principe l'assureur ne sera pas engagé à moins selon l'article 1998 alinéa 2 du Code civil, que l'acte litigieux n'ait été ratifié ou qu'il n'y ait eu un contrat apparent pouvant légitimement laissé croire à l'assuré que l'agent agissait dans le cadre de sa mission.

<sup>908</sup> « Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion ».

<sup>909</sup> « Pour cette activité d'intermédiation, l'employeur ou mandant est civilement responsable, dans les termes de l'article 1384 du Code civil, du dommage causé par la faute, l'imprudence ou la négligence de ses employés ou mandataires agissant en cette qualité, lesquels sont considérés ... comme des préposés, nonobstant toute convention contraire ... ».

<sup>910</sup> « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

<sup>911</sup> Article L 312-9 du Code de la consommation.

<sup>912</sup> « Pour les contrats d'assurance de groupe... le souscripteur est tant pour les adhésions au contrat que pour l'exécution de celui-ci, réputé agir, à l'égard de l'adhérent, de l'assuré et du bénéficiaire, en tant que mandataire de l'entreprise d'assurance auprès de laquelle le contrat à été souscrit ».

l'assureur refuse une adhésion<sup>913</sup>. Il sera possible d'engager la responsabilité personnelle du souscripteur si les manquements résulte de son inattention, s'il oublierait de ne pas informer un adhérent de la nécessité de déclarer le sinistre à l'assureur dans les délais impartis, à fortiori si c'est une personne handicapée<sup>914</sup>. Cela recouvre en principe toutes les situations dans lesquelles les souscripteurs ont dispensés de mauvais conseils<sup>915</sup>, ou qu'ils ont maintenus certains faits secrets envers l'adhérent au cours de l'exécution du contrat.

### 3 - La responsabilité du courtier en assurance

**635.** Le courtier étant un commerçant exerçant à titre indépendant, est lié à l'assuré par un contrat de mandat. Il lui appartient de veiller à la protection des intérêts de l'assuré et ce pendant toute la durée de son mandat, sa mission ne se termine pas avec la résiliation du contrat d'assurance<sup>916</sup>. S'il commettait une faute en n'informant pas ou mal son client, il engagerait sa responsabilité contractuelle sur le fondement du contrat de mandat qui le lie à son mandant<sup>917</sup>.

Si les fautes relevées excédaient les limites de sa mission, tous les manquements constatés entraîneraient sa responsabilité personnelle. S'agissant d'une obligation de moyens<sup>918</sup>, il appartient au courtier de démontrer qu'il a mis tout en œuvre pour prodiguer son obligation de renseignement de la manière la plus complète et la plus précise possible. Si ses manquements sont à l'origine du dommage subi par son mandant, il devra les réparer intégralement. Ce n'est que s'il révèle tous les secrets sur les principaux aspects du contrat, en informant suffisamment son client, et en lui transmettant tous les documents, que la responsabilité du courtier ne pourra être engagée<sup>919</sup>.

Une fois identifié le responsable du manquement, il reste à trouver la sanction adéquate, car les secrets opposés à l'assuré seront sanctionnés en application de fondements juridiques distincts s'ils leur ont porté préjudice.

### C - Les différentes sanctions attachées au secret

---

<sup>913</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 juin 2005, n° 04-14.630.

<sup>914</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 janvier 1997, RCA 1997, n° 110.

<sup>915</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 novembre 1996, n° 94-16.863.

<sup>916</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 décembre 2000, RGDA 2001, p. 146, note D. Langé.

<sup>917</sup> Article 1992 du Code civil op. cit..

<sup>918</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 novembre 2001, RGDA 2002, p. 478, note J. Roussel.

<sup>919</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 30 juin 2004, n° 03-14.614.

**636.** La particularité de l'obligation renforcée d'information et de conseil est que l'article L. 112-2 du code des assurances ne prévoit aucune sanction spécifique<sup>920</sup> en cas de manquement<sup>921</sup>. C'est donc en application du droit commun des contrats que devra être recherché le fondement de la sanction devant trouver à s'appliquer (1) mais aussi en application de certaines dispositions spécifiques du droit des assurances (2).

#### 1 - La sanction du secret en application du régime de droit commun des contrats

**637.** Tout manquement à l'obligation de renseignement a pour conséquences de dissimuler à l'assuré les conditions de son engagement contractuel. C'est un secret de nature à vicier son consentement (a), mais est également susceptible de lui faire perdre une chance de bénéficier d'une garantie appropriée (b).

##### *a - Le vice de consentement*

**638.** C'est au cours de l'exécution du contrat d'assurance que se révèlent les secrets les plus décisifs. Ainsi après avoir bénéficié d'un contrat d'assurance durant de nombreuses années, et avoir payé régulièrement les primes prévues au contrat, ce sera généralement au moment du sinistre que l'assuré sera en mesure de '*découvrir*' qu'il ne bénéficiera pas de la garantie escomptée. La spécificité du contrat d'assurance est qu'il s'inscrit dans le temps, étant à exécution successive, ce n'est pas au moment de la conclusion du contrat que l'on est en mesure de savoir si des secrets nous ont échappés, mais au moment de la survenance du risque réalisé, et donc au moment de la prestation due par l'assureur.

**639.** L'assuré qui découvre que l'assureur lui avait opposé des secrets qui ne lui ont pas permis de contracter en toute connaissance de cause, pourra agir sur le fondement du droit commun des contrats. Maintenir des secrets sur les éléments essentiels du contrat est de nature à vicier le consentement du cocontractant, et le manquement de l'assureur sera caractérisé par un défaut, ou une insuffisance d'information.

L'assuré sera en mesure d'agir dès qu'il aura pris conscience qu'il s'était bercé d'illusion sur l'étendue de la garantie escomptée, ou que les obligations mises à sa charge lui avaient été maintenues secrètes. La jurisprudence ne manque pas de sanctionner l'assureur s'il n'a pas

---

<sup>920</sup> La nullité du contrat initialement envisagée par le Sénat, n'ayant en définitive, pas été retenue pour sanctionner les manquements à l'obligation de renseignement JO, Sénat Q, 11 octobre 1989, p. 2491, mentionné dans le JCN *Responsabilité civile et assurances*, Fascicule 505 - 10, n° 58.

<sup>921</sup> Seuls les manquements de l'assuré sont envisagés aux articles L. 113-8 et L. 113-9 du Code des assurances.

attiré l'attention de l'assuré sur la signification d'une clause d'exclusion de risques<sup>922</sup> ou sur les formalités à accomplir en cas de survenance de sinistre<sup>923</sup>.

**640.** Si l'assuré pouvait légitimement croire qu'il pouvait bénéficier de la garantie, il pourra engager la responsabilité contractuelle de l'assureur, qui sera tenu d'exécuter la prestation qu'il avait initialement refusée. L'assureur voit sa responsabilité engagée en cas de tout manquement constaté lors de l'exécution de l'obligation d'information et de conseil. Peu importe si elle devait être dispensée par ses employés et ses mandataires<sup>924</sup> selon l'article L.511-1 du Code des assurances. Et ce, même si le préjudice n'était hypothétique.

#### *b - La perte d'une chance*

**641.** Le manquement à l'obligation légale d'information et de conseil, présente la particularité d'être également sanctionnée sur le fondement de la perte d'une chance. Il ne s'agit plus de contraindre l'assureur de verser la garantie prévue<sup>925</sup>, mais de réparer le préjudice subi des suites du refus du versement de l'indemnité escomptée<sup>926</sup>. Les juges ont retenu qu'en ne disposant pas de toutes les informations utiles sur les limites de la garantie prévue au contrat, le préjudice devait s'analyser en une perte de chance<sup>927</sup>. Ce fondement sera également retenu si l'assuré ne s'est pas vu proposer la couverture la mieux adaptée à son risque. Alors que s'il avait été correctement informé il aurait choisi de manière incontestable une autre assurance. Il sera en mesure de percevoir des dommages et intérêts pour ne pas avoir eu la chance de bénéficier d'une garantie spécifiquement adaptée à son risque, mais il ne pourra pas obtenir la réparation intégrale de son préjudice<sup>928</sup>. Cependant si le contrat envisagé ne pouvait de toute évidence pas être conclu, dans le cas où, l'assureur se réservait le droit de refuser de prendre en charge le risque soumis, il sera acquis que l'assuré n'avait aucune chance de se voir accorder une garantie escomptée, et ne pourra donc prétendre au versement de dommages et intérêts.

La sanction du défaut de l'obligation d'information et de conseil à laquelle l'assuré est en droit d'espérer, trouve également à s'appliquer en fonction de dispositions propres au droit des assurances.

---

<sup>922</sup> En l'espèce, les juges ont retenu l'existence d'un « piège indécidable », voir note de L. Mayaux sous arrêt Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 janvier 1994, RGAT 1994, p. 480.

<sup>923</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 février 1991, RCA 1992, comm. n° 151.

<sup>924</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 juin 1996, n° 94-13.290, RGDA 1996, p. 626 note R. Maurice. En l'espèce il s'agit de la défaillance d'un agent général.

<sup>925</sup> CA Paris 15<sup>e</sup> ch. B, 29 janvier 2009, n°03/15464.

<sup>926</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 novembre 1996, n°94-16.863, RGDA 1997, 215 note J. Maury.

<sup>927</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 avril 1998, RGDA 1998, 823, note L. Mayaux.

<sup>928</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 février 1987, RGAT 1988, 98, note R. Bout.

## 2 - la sanction du secret en application des dispositions spécifiques du droit des assurances

**642.** Le droit des assurances bénéficie de deux sanctions distinctes adaptées aux manquements liés à l'obligation de renseignement constatés en cours d'exécution du contrat. En réalité si la prolongation du délai de renonciation ne fait aucun doute (b), nous envisagerons également la possibilité d'appliquer le principe de l'inopposabilité, même si à priori, cette sanction ne semble pas la plus appropriée (a).

### *a - L'inopposabilité de l'information tenue secrète*

**643.** L'inopposabilité est une sanction particulière en droit des assurances<sup>929</sup> par laquelle une clause sera déclarée inopposable à l'assuré et donc, réputé non écrite. En principe l'inopposabilité n'est envisagée que pour écarter des clauses litigieuses, mais pas pour sanctionner les manquements au devoir général de l'obligation de renseignement. Néanmoins, un auteur relève que la sanction attachée aux manquements liés à l'obligation d'information et de conseil d'origine légale, devrait être l'inopposabilité des renseignements ainsi dissimulés au souscripteur<sup>930</sup>.

**644.** Ainsi l'assuré qui par manque d'information n'a pas été en mesure de s'opposer, ou de préserver ses intérêts, sera protégé à la faveur du mécanisme de l'inopposabilité contre toutes les dispositions maintenues secrètes à son égard. Il conviendra de se placer rétroactivement à la date où l'information devait lui être transmise, afin d'apprécier les droits qu'il aurait été en mesure d'exercer s'il avait été loyalement informé au moment opportun.

**645.** Cependant il nous semble que les manquements à l'obligation de renseignements portant sur le contenu du contrat reviennent à s'engager sans connaissance de cause, dès lors peu importe que les informations maintenues secrètes soient inopposables à l'assuré dans la mesure où il nous semble que c'est son consentement initial qui a été vicié. Maintenir le secret sur des dispositions légales ne devrait pas permettre le maintien des relations contractuelles. Certes cela permet à l'assuré de bénéficier d'une garantie. Mais la difficulté qui à notre sens est insurmontable, est qu'il ne pourra accéder au versement de l'indemnité qu'à la faveur d'une sanction frappant les manquements de l'assureur.

**646.** Il nous semble qu'une telle omission, favorisant les secrets les plus importants du contrat, est une erreur substantielle permettant que la nullité du contrat soit prononcée si l'assureur s'il ne transmettait pas les informations imposées par le législateur à l'assuré. Nous

---

<sup>929</sup> « Est inopposable tout acte, droit ou jugement dont les effets peuvent être écarté par des tiers, lesquels sont fondés à en ignorer l'existence », J. Landel « *lexique des termes d'assurance* » op. cit. V° *inopposabilité*.

<sup>930</sup> H. Groutel, *L'information de l'assuré : de nouvelles avancées*, RCA 2005, étude n°11.

comprenons tous les intérêts inhérents à l'application du principe de l'inopposabilité aux manquements de l'assureur en ce qu'il favorise le maintien des relations contractuelles. Ce que ne permet pas le vice de consentement, dont la sanction est la nullité du contrat, une situation dommageable en ce qu'elle anéanti le contrat d'assurance. Mais ce qui nous semble inopportun, est qu'en application de l'inopposabilité, les secrets de l'assureur pourtant très graves, puisqu'ils portent sur l'obligation de renseignement, seraient sanctionnés bien moins sévèrement que les secrets gardés par l'assuré, qui lui, encourt systématiquement la nullité.

Le droit des assurances encadre les manquements à l'obligation de renseignement sous l'angle du facteur temps, en accordant à l'assuré une prolongation du délai de renonciation, ce qui est une sanction particulièrement adaptée au secret.

#### *b - La prolongation du délai de renonciation*

**647.** La prolongation du délai de renonciation<sup>931</sup> est une sanction spécifique prévue à l'article L.132-5-2, 2° du Code des assurances<sup>932</sup> qui encadre tout manquement lié au défaut de communication des documents informatifs, ou à l'absence des mentions légales. Dans ce cas, l'assuré bénéficie d'une sanction particulièrement adaptée, consistant au bénéfice d'un délai de renonciation prolongé jusqu'à ce que les documents complets et les mentions devant y figurer lui soient parvenus. Selon l'article L. 132-5-2, du Code des assurances, à partir du jour où la communication conforme aux dispositions légale à eu lieu, l'assuré dispose d'un nouveau délai de trente jours pour renoncer à s'engager dans la relation d'assurance<sup>933</sup>.

**648.** Cette sanction est décrite par un auteur comme « une aubaine pour certains souscripteurs, généralement bien informés, qui peuvent ainsi exercer leur droit de renonciation et éviter de subir d'éventuelles pertes sur leurs contrats d'unité de compte »<sup>934</sup>. Cependant, si l'on tient compte du fait que ce droit de renonciation, n'est envisageable que dans l'éventualité où l'assureur a omis de dispenser les documents légaux nécessaires à la compréhension du contenu du contrat. Il apparaît que cette « aubaine » ne sera possible qu'à la seule faveur des négligences de l'assureur. Même en tenant compte d'un niveau de compréhension et de connaissance très élevée chez l'assuré, si les prescriptions légales requises ne sont pas

<sup>931</sup> « Faculté donnée au contractant d'une assurance vie de ne pas donner suite à sa demande de souscription. Synonyme de dénonciation ou de rétractation... », J. Landel « *lexique des termes d'assurance* » op. cit. V° *renonciation de l'assuré*.

<sup>932</sup> « Le défaut de remise des documents et informations prévus... entraîne de plein droit la prorogation du délai de renonciation... ».

<sup>933</sup> La loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005, (JO 16 décembre 2005), modifie le formalisme du dispositif des modalités de renonciation et prévoit qu'il peut être suppléé à la note d'information (réglementée à l'article L. 132-5-2 du Code des assurances) si un encadré dont le contenu est imposé par un arrêté en date du 8 mars 2006 et codifié à l'article A. 132-8 dudit code, figure à l'entête de la proposition d'assurance ou du projet de contrat.

<sup>934</sup> L. Mayaux, Rép. Dalloz, op. cit. n° 59.

respectées et sont maintenues secrètes, car non divulguées, c'est en toute bonne foi<sup>935</sup> que l'assuré pourra exercer son droit de renonciation, qui n'est autre qu'une sanction envisagée spécifiquement pour cette forme de secret envers l'assureur. Mais ces secrets ne seront pas systématiquement sanctionnés. En effet, l'obligation de renseignement pourra être aménagée en fonction du comportement et du profil observé chez l'assuré.

### 3 - les limites de l'obligation d'information et de conseil

**649.** Le législateur envisage le contrat d'assurance à travers un parallélisme des formes selon lequel l'obligation d'information est soumise à une réciprocité mise à la charge des deux cocontractants. Dès lors, l'obligation de renseignement du professionnel ne pourra être satisfaisante que si l'assuré a lui-même correctement satisfait à son obligation de déclaration initiale du risque faisant l'objet de la garantie.

**650.** C'est ainsi que l'agent général d'assurance n'est tenu de conseiller l'assuré qu'en fonction des déclarations qui lui ont été spontanément apportées, et donc « dans la limite des informations qui lui ont été données »<sup>936</sup>. Un auteur souligne qu'il ne peut lui être imposé de deviner les activités exercées par le déclarant<sup>937</sup>. Mais les juges sont moins indulgents si le manquement porte sur les conditions de garanties elles-mêmes et *a fortiori* quand leurs compréhensions relèvent d'un niveau de juriste<sup>938</sup>. Le courtier fait l'objet d'un régime plus sévère car exerçant en qualité de mandataire de l'assuré, il bénéficie donc d'une plus grande proximité. De ce fait, il est tenu de s'informer avant de prodiguer des conseils à son mandant, à charge pour lui de découvrir les secrets de l'assuré afin de préserver ses intérêts. Pour ce faire il est principalement tenu à une plus grande vigilance en vérifiant si le risque est conforme aux déclarations de l'assuré<sup>939</sup>.

**651.** Une autre limite tient compte des connaissances que pouvait avoir l'assuré de son propre risque<sup>940</sup>. Dès lors, s'il est loyalement informé de l'étendue exacte de sa garantie, il ne pourra engager la responsabilité de l'assureur s'il choisit le contrat en fonction du montant de la

---

<sup>935</sup> Les juges sans aller jusqu'à retenir la bonne foi estiment que la renonciation exercée à seules fins d'obtenir des avantages contractuels peut effectivement être une marque de mauvaise foi, mais qu'en la matière la mauvaise foi du souscripteur est indifférente, v. l'obs. crit. L. Mayaux, JCP G 2006, I, 135, sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 mars 2006, n° 05-12.338, 05-10.366.

<sup>936</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> février 2000, RGDA 2000, p. 609, note L. Fonlladosa.

<sup>937</sup> D. Langé, sous arrêt Cass. 1<sup>re</sup> civ. 28 mars 2000, RGDA 2000, p. 605.

<sup>938</sup> Voir note L. Mayaux op. cit., sous arrêt Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 janvier 1994.

<sup>939</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 janvier 1998, RCA 1998, comm. n°145.

<sup>940</sup> Pour un risque industriel très dont le danger était connu de l'assuré, voir note H. Groutel sous arrêt Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 mai 1987, D. 1988. 155.



prime la moins élevée<sup>941</sup>, à seules fins de faire des économies<sup>942</sup>, ou en succombant à la passivité en s'abstenant de lire les documents informatifs<sup>943</sup>, ou s'il ne procède pas au réajustement de son contrat en l'adaptant à l'évolution de son risque, alors qu'il ne pouvait ignorer qu'il s'était aggravé<sup>944</sup>. De même que cette connaissance du risque doit être appréciée au regard de l'antériorité des rapports contractuels existants<sup>945</sup>, un assuré ayant déjà subi un sinistre connaissait l'utilité que pouvait présenter la souscription d'une garantie spécifiquement adaptée à son risque<sup>946</sup>. De manière générale, l'obligation d'information est soumise à une obligation de résultat, alors que le conseil est une obligation de moyens, pour laquelle il suffira à l'assureur ou à ses intermédiaires de démontrer qu'ils ont valablement procédé à la divulgation de l'information nécessaire pour que leur responsabilité ne soit pas engagée<sup>947</sup>. L'exécution de l'obligation de renseignement mise à la charge de l'assureur, sera appréciée en fonction du degré de loyauté de l'assuré, et donc au regard des secrets que ce dernier aurait opposé à son cocontractant.

**652. Conclusion section 2 :** Lorsqu'il porte sur le contrat, le secret est indécélable, car c'est en cours de son exécution que tous ses effets défavorables se révèlent. Le secret correspond à une soustraction de renseignement qui ne peut être levée qu'en imposant une obligation d'information renforcée bien avant la conclusion du contrat.

**653. Conclusion chapitre 2 :** Le législateur encadre et dirige les différentes phases du processus contractuel en imposant à l'assureur de soumettre des documents informatifs, qui permettront à l'assuré de prendre la mesure de l'étendue de son engagement. La particularité du secret inséré au contrat est qu'il est principalement observé du côté de l'assureur. Il est le maître du secret en ce qu'il rédige le contrat type qu'il va soumettre à tous ses assurés, par le biais de ses intermédiaires qui se chargent de distribuer le contrat d'assurance, et sur qui pèse l'obligation de lever le voile sur les modalités d'exécution du contrat. En assurance, le secret dissimulé au sein du contrat est neutralisé par un écrit.

**654. Conclusion Titre 2 :** Les cocontractants ne peuvent avoir aucun secret l'un pour l'autre, car c'est sur les deux parties que pèse une obligation de renseignements réciproques. Cependant si le secret est envisagé du point de vue de l'assuré lors de la déclaration du risque initial, c'est l'assureur qui sera soupçonné de détenir un secret sur le contenu du contrat.

---

<sup>941</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 février 1991, RCA 1991. comm. n° 191.

<sup>942</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 novembre 2008, n° 06-15.967.

<sup>943</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> décembre 1998, RGDA 1999, p. 335, note J. Kullmann.

<sup>944</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 juillet 1996, RGDA 1997, p. 910, note J. Bigot.

<sup>945</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 avril 2008, n° 07-11.071.

<sup>946</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 décembre 1999, RGDA 2000, p. 157.

<sup>947</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 mars 1989, RGAT 1989, p. 649, note Pauffin de saint Morel.

Mais si le secret est sanctionné, le législateur loin d'envisager systématiquement la nullité du contrat comme en matière de risque, préfère rééquilibrer les parties au contrat en effaçant les effets néfastes du secret opposé à l'assuré, ce qui est une position moins sévère que celle observée vis-à-vis de l'assuré qui opposerait des secrets.

**655. Conclusion livre 1<sup>er</sup> :** Nous avons tenté de relever toutes les hypothèses de secret immiscées dans la relation contractuelle de l'assurance, et force nous est d'admettre que les différents aspects sous lesquels il se présente, ne ménagent ni l'imagination de certains assurés, ni les armes que tente de leur opposer l'assureur. Le secret procède de la nature humaine il est imprévisible, tandis que paradoxalement le contrat d'assurance est fondé sur la prévisibilité. Un antagonisme que le polymorphisme du secret ne permet pas de résoudre.

Si l'on envisage leur relation insérée dans une 'bulle contractuelle' toute circonstance secrète rend impossible le maintien des relations contractuelles. Le contrat d'assurance est un contrat d'extrême bonne foi, cela signifie que les cocontractants doivent échanger loyalement toutes les informations qu'ils ont en leur possession. À travers le risque, le secret est le fait de l'assuré ce qui caractérise sa mauvaise foi, tandis que sous l'angle du contrat, le secret est caractérisé par un manquement à l'obligation de renseignement mise à la charge de l'assureur. Dans tous les cas, le secret porte directement sur la bonne foi contractuelle, ce qui nous incite à penser que c'est le secret qui crée ce phénomène d'asymétrie propre au contrat d'assurance. Peu importe que le secret soit le fait de l'assureur ou de l'assuré, la relation est viciée. Il est donc naturel que le régime du secret procède du principe de la loyauté et de la bonne foi contractuelle quand il est observé sous l'angle du risque et du contrat. Mais le secret en assurance ne se limite pas aux rapports entretenus entre les cocontractants, il transcende la sphère contractuelle par le biais des tiers au contrat d'assurance qui seront en mesure soit de favoriser, soit d'empêcher la circulation du secret.

Il est donc nécessaire de déterminer si le régime du secret procède des mêmes principes directeurs lorsqu'il est amené à circuler parmi des tiers parties ou absolus à la relation contractuelle.

# Livre II - La circulation du secret

**656.** Le secret est souvent abordé sous un angle unique envisageant soit sa protection, soit sa révélation. L'intérêt d'observer la circulation du secret en assurance, est qu'elle nous permet d'appréhender concomitamment, tel les deux côtés d'une même pièce, ces deux aspects qui fondent l'antinomie du secret. Pour unifier notre sujet, chaque forme de secret sera observé en fonction de la source ayant donné lieu à l'obligation de sa protection, afin de définir une hiérarchie distinguant les secrets les mieux protégés, et donc insusceptibles de circuler librement, de ceux qui pourraient être révélés à l'assureur.

**657.** Cela nous permettra d'observer comment s'articulent les droits et obligations des différents acteurs de la relation d'assurance, au regard de secrets totalement distincts, tant dans leurs fondements, leurs régimes que leurs conséquences.

Le secret n'est pas figé, la protection d'une information transmise sous le sceau du secret ne signifie pas qu'elle ne doive plus être divulguée par la suite, mais que cette transmission est strictement encadrée, chaque intervenant étant soumis à l'obligation première de protection des secrets. Cette approche du secret nous permet d'appréhender sa circulation au sein de la relation d'assurance envisagée dans son ensemble.

**658.** C'est ainsi, que l'assureur pourrait accéder aux secrets de ses assurés auprès de tiers reliés ou des tiers absolus au contrat d'assurance, qui pourraient dans une certaine mesure favoriser la circulation du secret (**Titre I**). Néanmoins, lorsque le secret s'inscrit dans un mécanisme de protection légale, il ne pourra plus ignorer la volonté de l'assuré. Lui seul peut renoncer à son secret, et permettre que ses confidents privilégiés puissent transmettre certaines informations le concernant directement. Excepté si la préservation d'intérêts supérieurs à ceux des cocontractants les rendent inaccessibles (**Titre II**).

## Titre I - La divulgation du secret

**659.** Il faut un mouvement pour qu'il y ait une circulation, et donc, une divulgation volontaire ou involontaire, des secrets. Ce mouvement est imprimé au secret par la multiplicité des tiers impliqués dans la relation d'assurance, qui en connaissent l'existence. Pour comprendre le mouvement d'ensemble de la circulation du secret, il est nécessaire d'observer les différentes

sphères contractuelles privilégiées gravitant au sein et autour, de la relation d'assurance. À cet effet, il nous faut déterminer un point de repère fixe, autour duquel se déplace le secret. Cette place centrale est selon nous, occupée par l'assureur qui situé au centre de ce mouvement d'ensemble tente d'accéder au secret de l'assuré par le biais de tiers, ou de mécanismes juridiques autorisant leur divulgation<sup>948</sup>.

**660.** C'est donc au sein de la sphère contractuelle, avec les tiers parties qu'il nous faut dans un premier temps étudier les différentes facettes du secret qui auront vocation à influencer sur la relation d'assurance. Il peut s'agir d'un secret portant sur un tiers, dont l'existence aura des incidences sur l'exécution du contrat, ou d'un secret recueilli par des tiers qui ne sera pas divulgué aux cocontractants (**Chapitre I**).

À la périphérie de cette sphère se trouvent des tiers absolus à la relation d'assurance qui pourront marquer leur volonté d'accéder aux secrets de l'assuré par le biais de l'assureur. Il s'agit alors d'observer dans quelles conditions l'assureur sera en mesure de favoriser la circulation du secret, hors de la sphère de la relation contractuelle (**Chapitre 2**).

De même que l'assureur pourra marquer la volonté d'accéder à des secrets circulant hors de la sphère de l'assurance. À cet effet, il sollicitera des tiers absolus qui auront recueilli le secret dans le cadre de l'exercice de leur profession, mais qui s'ils étaient astreints au secret professionnel, rendrait une telle divulgation plus hasardeuse (**Chapitre 3**).

## **Chapitre 1 - Le secret et les tiers reliés au contrat**

**661.** C'est au sein de la sphère contractuelle, à travers la multiplication des tiers intégrés au contrat d'assurance<sup>949</sup> que la divulgation du secret prend son envol. D'une part, contrairement à l'effet relatif des contrats, certains tiers pourront être liés à la relation contractuelle et se voir reconnaître, soit la qualité d'assuré, soit la qualité de bénéficiaire d'un contrat d'assurance. D'autre part, et c'est la particularité du contrat d'assurance « *la bulle contractuelle* » dans laquelle évolue les parties au contrat<sup>950</sup>, ne peut être envisagée que de manière abstraite. En

<sup>948</sup> Selon la définition de V. Peltier « La révélation n'est pas synonyme de divulgation... Révéler signifie faire connaître (ce qui était inconnu ou secret) tandis que divulguer est rendre public (ce qui n'était pas connu) ». V. JCN *Le secret professionnel*. Cependant au sein de notre étude tout en ayant conscience des distinctions devant être opérée entre les termes « révélation » et « divulgation », nous pourrions indistinctement utiliser ces deux termes.

<sup>949</sup> A. Astegiano-La Rizza « *L'assurance et les tiers. Variations sur le thème de la complexité des relations contractuelles* » préface de L. Mayaux, Defrésnois, collection des thèses, t. 6, 2004.

<sup>950</sup> Nous reprendrons la définition de parties au contrat proposée par J. Ghestin et selon laquelle « Sont parties toutes les personnes qui ayant conclu elles mêmes ou par l'effet d'une représentation conventionnelle ou légale le contrat, y ayant adhéré lorsque la loi le permet, ou ayant été substituées aux parties contractantes par la transmission de leur situation contractuelle, autorisée ou imposée par la loi, sont liées activement et passivement,

effet, l'assuré personne physique, contracte avec une personne morale, qui exerce son activité par le biais d'intermédiaires qui occupent une place privilégiée pour prendre connaissance des secrets. C'est cette diversité des tiers qui permet l'éclosion d'une multitude de secrets imposés aux cocontractants.

Dans la relation contractuelle le secret peut s'immiscer par le biais des tiers parties qui sont liés d'une manière ou une autre au contrat, et ce, que leur intégration à la sphère contractuelle, se soit faite de manière légale (**Section 1**) ou occulte (**Section 2**).

## Section 1 - Le secret et les tiers parties au contrat d'assurance

**662.** La qualité de partie au contrat doit être envisagée de manière très étendue dans la relation d'assurance<sup>951</sup>, en ce qu'elle permet d'intégrer à la relation contractuelle des tiers qui n'auront ni participé directement à la conclusion du contrat, ni donné leur accord à la convention formée entre le souscripteur et l'assureur. Néanmoins, le contrat conclu leur permettra de bénéficier de la prestation prévue au contrat d'assurance et même leur reconnaître la qualité d'assuré, sans avoir été présenté à l'assureur. Dans ces conditions, c'est le tiers qui fait l'objet du secret. Leur identité, dissimulée à l'égard de l'assureur, est un secret dont il convient de préciser les limites et les conséquences sur l'exécution du contrat d'assurance (**Sous section 1**).

D'autres tiers parties au contrat d'assurance bénéficient également d'une situation privilégiée au regard du secret. Il s'agit des intermédiaires en assurances, qui accéderont au cours de l'exercice de leur fonction, à des secrets qu'ils dissimuleront à leurs mandants. Cela nous incite à nous demander sous quelles formes se présentent de telles appropriation des secrets, et les conséquences que cela emporte sur la relation contractuelle (**Sous section 2**).

### Sous section 1 - Les tiers parties objet du secret opposé à l'assureur

---

par ses effets obligatoires et qui disposent de prérogatives caractéristiques de cette qualification, à savoir le pouvoir de modifier ou d'anéantir le contrat par la procédure contractuelle c'est à dire un accord de volontés ». J.Ghestin, C.Jamin, M.Billiau, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », 3<sup>e</sup> éd. LGDJ 2001, n° 714.

<sup>951</sup> Selon J. Ghestin, certains tiers « peuvent se prévaloir des effets obligatoires du contrat ou les subir par exception au principe de l'effet relatif. Ils ne doivent cependant pas être qualifiés de parties puisqu'ils ne sont que partiellement dans une situation semblable à celle des parties contractantes et ne disposent pas des prérogatives caractéristiques de cette qualité à savoir le pouvoir d'anéantir ou de modifier le contrat selon la procédure contractuelle un accord de volontés. ».V. J. Ghestin, C. Jamin, M.Billiau, « *Traité de droit civil, Les effets du contrat* », 3<sup>e</sup> éd. LGDJ 2001, n° 722.

**663.** Les tiers occupent une place particulière au sein de la relation d'assurance. Ce qui nous préoccupe concerne en premier lieu le secret que détient l'assuré sur les tiers qu'il intègre au contrat. L'assuré est en mesure d'imposer un tiers sans avoir à soumettre son choix à l'approbation de l'assureur. Il s'agit donc de déterminer si l'assuré peut valablement dissimuler à l'assureur l'identité des tiers qui seront liés au contrat d'assurance, soit à titre d'assuré par le biais d'une assurance pour compte (§1) soit au titre de bénéficiaire de la prestation d'assurance, par le biais d'une assurance vie (§2).

### *§1 : Le secret et l'assuré pour compte*

**664.** Il est possible d'intégrer un tiers absolu au contrat d'assurance par le biais du mécanisme de la stipulation pour autrui, sur lequel repose l'assurance dite « pour le compte de qui il appartiendra » (A). La spécificité de ce tiers est qu'il est assimilé à l'assuré, sans que son identité n'ait été révélée à l'assureur (B).

#### A - Le secret favorisé par la stipulation pour autrui

**665.** Certains tiers seront assurés sans avoir contracté avec l'assureur. Ce dernier peut parfois tout ignorer de la situation et de l'identité de ce tiers envers lequel, il s'est engagé à garantir le risque. C'est ce que favorise le mécanisme de la stipulation pour autrui qui permet non seulement d'intégrer un tiers à la relation contractuelle (1), mais aussi de lui accorder la qualité d'assuré à part entière (2).

#### 1 - Le mode d'intégration d'un tiers au contrat d'assurance pour compte

**666.** En principe, du seul fait de l'effet relatif du contrat, un tiers ne peut être concerné par une convention à laquelle il n'est pas partie. Selon l'article 1165 du Code civil « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ... ». La seule exception à ce principe, n'est envisageable que si les conventions sont susceptibles de profiter au tiers « ... dans les cas prévu par l'article 1121 » du Code civil qui prévoit la possibilité d'intégrer

valablement un tiers à la relation d'assurance<sup>952</sup> par le biais de la stipulation pour autrui<sup>953</sup>, envisagée comme « une exception au principe de l'effet relatif des contrats »<sup>954</sup>.

**667.** C'est la raison pour laquelle, la stipulation pour autrui trouve en droit des assurances, son « terrain de prédilection »<sup>955</sup>. Cette institution originale et autonome<sup>956</sup> va révéler tout son intérêt à travers l'assurance « pour le compte de qui il appartiendra », dont le mécanisme encadré à l'article L. 112-1 alinéa 1 et 2 du Code des assurances<sup>957</sup>, reprend les principes de la stipulation pour autrui auquel il se réfère de manière expresse.

## 2 - Le secret sur l'identité d'un assuré pour compte

---

<sup>952</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 janvier 1999, n° 96-20.580.

<sup>953</sup> L'article 1119 du Code civil prévoit « On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son nom propre, que pour soi-même ». Et Selon l'article 1121 du Code civil « On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre... ». La stipulation pour autrui est définie comme un mécanisme juridique selon lequel une personne, le stipulant, obtient de son cocontractant, le promettant, un engagement au profit d'un tiers bénéficiaire. En fonction de ce schéma, le stipulant qui est le souscripteur initial du contrat d'assurance, et le promettant qui est l'assureur, décident contractuellement de conférer à un tiers, le bénéficiaire d'un droit direct et personnel en vertu d'un contrat qu'il n'a pas conclu, mais dont l'exécution favorise la préservation de ses intérêts. Voir, J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, « Traité de droit civil, Les effets du contrat », 3<sup>e</sup> éd. LGDJ 2001. n° 601 ; Ph. Mallaurie et L. Aynès, P. Stoffel - Munck « *Les obligations* », 4<sup>ème</sup> éd. Defrénois 2009, n° 689 ; J. Flour et J.L. Aubert, « Les obligations t.1, L'acte juridique », éd. Sirey Dalloz 2008, n° 475.

<sup>954</sup> C. Larroumet « *Les obligations, le contrat 1<sup>re</sup> partie* », éd. Economica 2007, n° 799.

<sup>955</sup> M. Planiol et G. Ripert op. cit. n° 355.

<sup>956</sup> La doctrine a tenté de rattacher cette forme de stipulation à des schémas de droits fondamentaux déjà existants, telle que la gestion d'affaire, selon laquelle, le stipulant est réputé gérer les affaires du tiers, mais sans réellement y parvenir. Selon certains auteurs, la stipulation pour autrui trouve son fondement dans un mécanisme de double contrat selon lequel, l'acceptation du tiers forme un nouveau contrat entre le tiers et le promettant distinct du contrat conclu entre le promettant et le stipulant (B. Starck, H. Roland, L. Boyer, « *Droit civil, Les obligations 2, Le contrat* », éd. Litec, n°1311) ; ou dans un engagement unilatéral du promettant envers le tiers (B. Starck, H. Roland, L. Boyer, « *Les obligations, Contrat* » 1993, n°1326), ce que réfute la doctrine dominante du fait que l'on ne peut ignorer que l'origine de l'obligation mise à la charge du promettant prend naissance dans le contrat conclu avec le stipulant (J. Ghestin, C. Jamin, et M. Billiau, « *Droit civil, Les effets du contrat* » op. cit. n° 646) ; de même que la stipulation pour autrui est souvent assimilée à la représentation (à tort car le stipulant ne représente pas le bénéficiaire) ou à la délégation, un mécanisme auquel la jurisprudence a autrefois fait référence (Cass. civ., 12 juillet 1881, S.1883, 1. 409) mais abandonnée du fait que la validité de la représentation nécessitait l'accord exprès des trois parties ce que ne requiert pas la stipulation pour autrui, voir sur ce point C. Larroumet « *Les obligations, le contrat* », n° 799. En effet, la ratification ultérieure de cette gestion, implique que le tiers reconnaît rétroactivement l'existence d'un mandat, pour lequel il est réputé être valablement engagé dès la convention initiale. Selon la doctrine, la gestion d'affaire ne peut être simplement assimilée à la stipulation pour autrui, ne serait ce que du point de vu des conséquences de la gestion d'affaire qui accordent de la possibilité pour le gérant de réclamer le remboursement des dépenses engagées (M. Planiol et G. Ripert, « *Droit civil français* » T.VI, 1952, par P. Esmein n°354 ; voir également Le Bray, « *Des rapports de la stipulation pour autrui avec la gestion d'affaires* », Thèse Paris, 1899.). Dès lors, en droit des assurances « aucun de ces systèmes ne permet d'expliquer de façon satisfaisante le mécanisme de la stipulation pour autrui... (qui doit être analysée)... comme une institution autonome qui apparaît être comme une exception véritable de l'effet relatif des contrats »V. détails JCN civil, fasc. *Contrats et obligations*, n° 6.

<sup>957</sup> « L'assurance peut aussi être contractée pour le compte de qui il appartiendra. La clause vaut, tant comme assurance au profit du souscripteur du contrat que comme stipulation pour autrui au profit du bénéficiaire connu ou éventuel de ladite clause ».

**668.** Cette forme d'assurance permet au stipulant, qui est le souscripteur d'une assurance, de contracter pour lui-même, mais aussi pour le compte d'un tiers<sup>958</sup>. L'article L. 112 - 1 alinéa 3 du Code des assurances prévoit que seul le souscripteur est tenu du paiement des primes. L'intérêt de l'assurance pour compte, est qu'elle est susceptible de s'appliquer « dans tous les cas où l'assurance couvre la valeur d'un bien susceptible de changer de main »<sup>959</sup>. La spécificité de l'assuré pour compte est que son identité pourra être maintenue secrète, c'est un choix laissé à la libre appréciation du souscripteur. Son anonymat peut de ce fait être un critère déterminant qu'il convient de distinguer de certains mécanismes tels que les assurances de groupe.

**669.** Les assurances de groupe ont été reconnues très tôt comme représentant la formule type des assurances pour le compte. Mais un auteur a démontré la nécessité de distinguer la stipulation pour autrui et « la conclusion d'un contrat pour autrui »<sup>960</sup>. Le mécanisme de l'assurance pour « le compte » permet d'intégrer au contrat d'assurance un parfait inconnu sur lequel pèse le risque garanti, et qui en qualité d'assuré bénéficiera de la prestation due par l'assureur<sup>961</sup>. Alors qu'en assurance de groupe l'adhérent est connu de l'assureur puisque ce dernier est en mesure de consentir à son adhésion<sup>962</sup>.

**670.** Le secret sur l'identité du tiers assuré est à l'origine de la principale distinction pouvant être faite avec une assurance de groupe. En effet, chaque adhérent devra remplir un bulletin

---

<sup>958</sup> Cass. soc., 14 mars 1947, D. 1947.393, note A. Breton.

<sup>959</sup> B. Beignier op. cit.

<sup>960</sup> V. Nicolas met en évidence la nécessité de faire une distinction au sein des assurances pour compte, car certaines assurances de groupe ont une structure différente de la stipulation pour autrui. C'est ainsi que certaines assurance pour le compte révèlent l'existence de deux contrats distincts même si un seul « *instrumentum* existe. La situation ne se réduit pas à ce qu'un contrat soit conclu en faveur d'un tiers ; elle suppose beaucoup plus. L'accord de volontés ne prévoit pas seulement qu'un prétendu promettant, l'assureur, soit tenu envers un tiers et redevable envers le stipulant pour le cas où il ne s'exécute pas. L'assureur a en réalité, plusieurs créanciers. Deux contrats synallagmatiques sont juxtaposés. ». « *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance* », Thèse LGDJ. n °470. V. « *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance* », Thèse LGDJ. n °470.

<sup>961</sup> Selon M. Beignier, il est possible de distinguer une « assurance pour compte dès lors que le contrat a un intérêt d'assurance distinct de celui du souscripteur. Celui qui aurait un intérêt à l'assurance ne serait pas le souscripteur mais le bénéficiaire final », v. « *Droit du contrat d'assurance* » op. cit. n° 183. Cette définition revêt sous l'angle du secret une grande importance, car elle nous permet de faire la distinction entre les différentes assurances 'pour compte' existantes et d'en analyser les effets tout en les différenciant des assurances de groupe, Cass.1<sup>re</sup> civ., 5 décembre 1978, D. 1979.401, note C. Berr et H. Groutel. L'assurance de groupe contractée par un chef d'entreprise et à laquelle vont adhérer les salariés dans l'intérêt d'un bénéficiaire qu'ils désignent, doit être distinguée de l'assurance contractée par un prêteur de deniers auprès d'un assureur, pour garantir le risque de décès et invalidité de ses emprunteurs. Il est de fait que le bénéficiaire n'est pas le tiers adhérent, mais le souscripteur qui est remboursé en cas de défaillance de l'emprunteur.

<sup>962</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 22 mai 2008, n°05-21.822, cet arrêt rendu à l'occasion de l'opposabilité des clauses abusives, relève pour nous un intérêt certain en ce qu'il définit les rapports entre les cocontractants et selon lequel « L'adhésion au contrat d'assurance de groupe, bien que conséquence d'une stipulation pour autrui, n'en crée pas moins entre l'assureur et l'adhérent un lien contractuel direct de nature synallagmatique ».



d'adhésion, qui n'est autre qu'un questionnaire de risque soumis à l'appréciation de l'assureur<sup>963</sup>. Tandis qu'il sera envisageable de ne pas présenter l'assuré pour compte à l'assureur, ni d'obtenir son consentement pour la convention à laquelle il est intégré. Ce qui se rapporte à notre propos est directement lié à ce 'bénéficiaire final' sur lequel va porter le secret le plus important de l'assurance pour compte : son identité.

B - Les incidences du secret sur l'identité d'un assuré pour compte

**671.** À la fois tiers et partie, l'assuré pour compte occupe une situation tout à fait exceptionnelle, Il ne peut se départir de sa qualité de tiers, puisque son identité peut être soustraite à l'assureur qui ne sera en mesure d'accéder à ce secret qu'au moment de l'exécution de sa prestation (1). De même qu'il ne pourra échapper à la qualité de partie, et se verra opposer toutes les exceptions tirées du contrat qu'il n'a pas conclu (2).

1 - Le secret sur l'identité du tiers assuré imposé à l'assureur

**672.** Le secret porte sur l'identité de l'assuré pour compte, qui est un « ... bénéficiaire connu ou éventuel... »<sup>964</sup>, dont le législateur admet qu'il ne soit pas désigné de manière nominative dans le contrat. L'assureur est de ce fait, engagé envers un tiers dont il pourrait ne connaître ni le profil, ni les prédispositions qu'il représenterait vis-à-vis du risque garanti.

Une telle possibilité est étonnante au regard de la phase précontractuelle de déclaration de risque élaborée pour déterminer le profil du souscripteur-bénéficiaire d'une assurance, en ce qu'elle présente un grand intérêt dans l'évaluation du risque garanti. Tandis qu'en assurance pour compte, l'identité de ce tiers qui bénéficie de la qualité d'assuré pourra être un secret que le souscripteur n'aura pas à révéler.

**673.** Pourtant, il nous semble que cette information secrète est de toute première importance. En effet, si le locataire est un pyromane multirécidiviste, ou un conducteur, plusieurs fois condamné pour ivresse au volant, ces données seront dans une certaine mesure soustraites de la connaissance de l'assureur, alors qu'elles représentent un intérêt réel sur le risque devant être garanti. De même que, nous pourrions envisager la situation de l'assuré qui sait pertinemment qu'il ne sera pas en mesure d'obtenir une garantie dans des conditions satisfaisantes. Pour contourner la procédure de déclaration de risque, il pourra faire souscrire

---

<sup>963</sup> De plus un échange des consentements de l'assureur et de l'adhérent est requis pour que le contrat soit valablement conclu. L'article 11 de la loi du 31 décembre 1989 précise, qu'« aucun salarié employé dans une entreprise... (*ne peut*)... , à la suite d'une décision unilatérale de l'employeur, d'un système de garanties collectives contre le risque décès, les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, ou les risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, ne peut être contraint à cotiser contre son gré à ce système... ». Dès lors, « l'adhérent tout en étant partie au contrat quant aux effets, ne l'est pas quant à la négociation » B. Beignier op. cit.

<sup>964</sup> Article L. 112-1 alinéa 2 du Code des assurances.

l'assurance par un tiers, qui le désignera comme assuré pour compte. Le souscripteur ne serait qu'un '*homme de paille*' qui permettra à ce tiers de rester dans l'ombre et de garantir ses biens, tout en se maintenant à une distance respectable de l'assureur.

Du seul point de vu de l'aléa, le profil de ce tiers inconnu est une information qui n'aurait pas pu être tenue secrète, s'il s'était assuré lui même. Ce procédé de dissimulation de l'identité du bénéficiaire permet d'intégrer à la relation d'assurance des personnes, ou des risques pour lesquels nous pouvons supposer que l'assureur n'aurait pas donné son accord en temps normal.

**674.** En réalité, c'est un secret qui trouve sa justification dans la relation contractuelle existante entre l'assuré-souscripteur et le tiers assuré. En effet, si le profil du tiers peut présenter un risque en vertu des critères d'évaluation du risque de l'assureur, seul importe l'opinion du souscripteur, qui est en relation directe avec le tiers. L'intérêt de l'assureur ne peut influencer sur le choix du tiers assuré, ce choix fait partie de la liberté contractuelle de l'assuré-souscripteur, et ne peut être remis en cause en vertu de critères propre à l'assureur. Un propriétaire choisit son locataire selon des critères qui lui sont propre, de même qu'un chef d'entreprise choisira ses salariés en fonction de compétences et de qualifications qui seront utiles à son activité. Ce sont des choix faits indépendamment du contrat d'assurance, dont les caractéristiques ne recourent pas ceux mis en place par l'assureur.

**675.** De plus, le risque pèse sur le bien en tant que tel, et ce, en quelque main qu'il se trouve. La garantie est attachée au bien, ou à une situation précise, et pas au tiers qui en a la garde au moment du sinistre. C'est la raison pour laquelle, le tiers même s'il n'avait pas été choisi par l'assureur, pourra lui être imposé<sup>965</sup>. L'identification du tiers assuré n'est envisageable qu'en cas de survenance du sinistre, et se fera de manière assez naturelle, lors de la mise en jeu de la garantie.

## 2 - L'opposabilité des secrets portant sur le contrat

**676.** En tant que tiers intégré au contrat, et possédant la qualité personnelle d'assuré, l'assuré pour compte bénéficie des mêmes droits que le souscripteur. Par symétrie, les dispositions contractuelles lui seront opposables. L'article L. 112-1 alinéa 3 du Code des assurances accorde expressément à l'assureur le droit d'opposer au tiers assuré pour compte toutes les

---

<sup>965</sup> Les juges retiennent facilement que lorsque des locaux ont été détruits, l'assurance souscrite par le locataire assurance tendait à se préserver des dommages tant pour son compte personnel, que pour garantir le bien du propriétaire, dont l'identité n'avait pas à figurer nommément dans la police, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juillet 1995, note M.A Peano , RCA 1995. comm. n°50.

exceptions prévues au contrat<sup>966</sup>. Il pourra s'agir de la déchéance<sup>967</sup> prévue pour une déclaration de sinistre tardive<sup>968</sup>, de la prescription biennale<sup>969</sup>, mais aussi de toutes les exclusions conventionnelles ou légales<sup>970</sup>.

**677.** Le secret dans l'assurance pour compte est de ce fait à l'image de la double relation intégrée au contrat. Il y a d'une part la relation nouée entre l'assuré-souscripteur et l'assureur, et d'autre part la relation 'imposée' entre l'assureur et l'assuré pour compte. Le secret inséré au sein du mécanisme de l'assurance pour compte est à 'deux visages', l'assureur ne connaît pas l'identité de l'assuré pour compte, et l'assuré pour compte peut être maintenu dans l'ignorance des manquements de l'assuré. Cela signifie qu'il pourrait ne pas bénéficier de la garantie, si le souscripteur avait volontairement opposé des secrets sur le risque envers l'assureur. Seul l'assuré souscripteur en tant que maître des secrets possède la maîtrise de toute la relation d'assurance pour compte. Il sait non seulement quel est le profil et la qualité du tiers qu'il est en mesure d'imposer à son cocontractant, mais aussi, si la garantie sera susceptible de lui être effectivement versée. Une position dominante à laquelle seul le secret permet d'accéder. Le mécanisme de stipulation pour autrui sert aussi de fondement à l'assurance sur la vie, à la seule différence que le tiers n'a pas la qualité d'assuré, mais de bénéficiaire du contrat. Une qualification qui favorisera l'émergence de secrets qui pourront être imposés à l'assureur.

## *§2 : Le secret et le bénéficiaire d'une assurance vie*

**678.** À partir de la moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, la stipulation pour autrui envisagée « avec une hardiesse remarquable »<sup>971</sup> a permis l'essor des assurances vie<sup>972</sup>. Le mécanisme de la stipulation pour autrui permet au souscripteur d'engager le promettant, qui est l'assureur, à exécuter une prestation au profit d'un tiers qui en sera le seul bénéficiaire. L'identité de ce

---

<sup>966</sup> Cette disposition est renforcée par le législateur qui prévoit à l'article L. 112-6 du Code des assurances que « l'assureur peut opposer au porteur de la police ou au tiers qui en invoque le bénéfice les exceptions opposables au souscripteur originaire ». v. Cass. 1<sup>re</sup> civ. 7 mars 1989, et Cass. 1<sup>re</sup> civ. 10 juin 1997, RCA 1997, comm. n° 283, voir également RGDA 1997, p. 1003, note Chardin.

<sup>967</sup> Pour une exagération frauduleuse du sinistre voir, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juin 1996, RGDA 1996, p. 578, note L. Mayaux.

<sup>968</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 10 juin 1997, op. cit.

<sup>969</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 17 juillet 1985, n°84-13.324, D. 1987. 38 obs. H. Groutel.

<sup>970</sup> Pour une faute intentionnelle, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 décembre 1998, D. 1999. 223 note H. Groutel.

<sup>971</sup> M. Picard et A. Besson, « *Le contrat d'assurance* » T I, 1982, n°449.

<sup>972</sup> Mais, selon un schéma appliqué de manière quelque peu modifié, au regard de l'assurance « pour le compte de qui il appartient », et constamment aménagé par la jurisprudence, v. C. Larroumet et D. Mondoloni, *La stipulation pour autrui*, Rép. Dalloz.

bénéficiaire pourra être maintenue secrète vis-à-vis de l'assureur (A). Ce qui entraînera des effets forts regrettables au moment du versement de la garantie prévue au contrat (B).

A - Le secret sur l'identité du bénéficiaire imposé par le souscripteur

**679.** Le souscripteur également dénommé le stipulant de l'assurance vie, est en mesure de ne pas révéler l'identité du bénéficiaire de la prestation due par l'assureur (1) mais il est nécessaire que son identité reste déterminable (2).

1 - Le secret et les conditions de la désignation du bénéficiaire

**680.** Le stipulant se voit reconnaître le droit de maintenir l'identité du bénéficiaire secrète (a), sans que cela ne nuise aux intérêts du bénéficiaire qui est protégé dans ses droits par le législateur afin que rien ne s'oppose au versement de la prestation due par l'assureur (b).

*a - Le droit de garder le secret sur l'identité du bénéficiaire*

**681.** L'assurance vie<sup>973</sup> permet au souscripteur de désigner en cas de décès, un tiers qui sera bénéficiaire de la prestation prévue au contrat. Aucune disposition légale n'impose au souscripteur de désigner précisément ce bénéficiaire. Il peut au choix, soit garder le secret sur l'identité du bénéficiaire de l'assurance vie qu'il a souscrit et le modifier à sa guise, soit le désigner de manière expresse. Le bénéficiaire, désigné de manière expresse, reste libre d'accepter, ou de refuser le bénéfice des indemnités prévues au contrat d'assurance vie<sup>974</sup>. Auparavant, cette acceptation lui permettait d'accéder à un droit propre qui ne pouvait plus être remis en cause par le stipulant<sup>975</sup>. Désormais, le stipulant est mieux protégé<sup>976</sup>, mais le système de l'acceptation peut en principe se faire par tous moyens<sup>977</sup>, l'expression tacite de la volonté du bénéficiaire pourra être déduite de certains actes, tels que le paiement de primes en

---

<sup>973</sup> Selon la définition de Mme Lambert Faivre « l'assurance sur la vie est le contrat par lequel l'assureur s'engage envers le souscripteur, moyennant une prime, à verser une somme déterminée au bénéficiaire désigné, l'exécution de son obligation dépendant de la durée de vie de l'assuré ». V. Y. Lambert Faivre et L. Leveneur, « Droit des assurances » précis Dalloz, 12<sup>ème</sup> édition 2005, n°888, p. 751.

<sup>974</sup> L'article L. 132-9 du code des assurances, selon lequel « la stipulation en vertu de laquelle le bénéfice de l'assurance est attribuée à un bénéficiaire déterminé devient irrévocable par l'acceptation expresse ou tacite du bénéficiaire ».

<sup>975</sup> En effet, selon l'article L. 132-8 du Code des assurances « l'acceptation du bénéficiaire fait obstacle à toute révocation de la désignation ».

<sup>976</sup> Loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007, permettant la recherche des bénéficiaires des contrats d'assurance sur la vie non réclamés et garantissant les droits des assurés, commentée par L. Mayaux, JCP, G, 2008.I.106.

<sup>977</sup> L'acceptation peut être formalisée par la signature du bénéficiaire sur les documents contractuels tel que la police d'assurance, ou par lettre directement adressée à l'assureur.

lieu et place de l'assuré, afin de maintenir le contrat valide au cours de son exécution. De même que l'acceptation peut valablement survenir postérieurement au décès de l'assuré<sup>978</sup>.

**682.** L'assurance vie est fondée sur l'interaction de deux secrets, au secret du stipulant sur l'identité du bénéficiaire, répond le secret du bénéficiaire sur l'acceptation de la stipulation. Tant qu'elle n'a pas été acceptée, le souscripteur serait en droit de modifier la désignation du bénéficiaire en la révoquant purement et simplement, et ce, jusqu'au jour de son décès. Si la personne désignée initialement n'a pas acceptée le bénéfice du contrat avant la révocation de sa désignation, elle s'expose au risque de lui voir substituer un autre bénéficiaire. Mais elle sera protégée si la stipulation lui avait été maintenue secrète.

*b - La protection du consentement du bénéficiaire ignorant  
l'existence de la stipulation*

**683.** Il est également envisageable que la stipulation ait été gardée secrète et qu'après le décès du stipulant, le bénéficiaire ait ignoré l'existence du contrat souscrit à son profit. Dans ce cas, le législateur bloque le droit de révocation pouvant appartenir aux héritiers, de par leur qualité de continuateur de la personne du défunt<sup>979</sup>. Cela permet de protéger les droits du bénéficiaire maintenu dans l'ignorance de la stipulation.

**684.** Une difficulté réelle peut survenir dans l'hypothèse où le bénéficiaire ignorant la désignation faite à son profit décède avant le stipulant, sans avoir été en mesure d'accepter le bénéfice du capital décès. En effet, si aucune personne n'a été désignée à titre subsidiaire, deux lignées successorales auront vocation à bénéficier du droit au capital du souscripteur sur des fondements juridiques distincts. Selon le mécanisme de la stipulation pour autrui, qui crée un droit propre et personnel<sup>980</sup>, le droit du bénéficiaire qui accepte la désignation, devrait passer dans son patrimoine successoral, et par là-même être transmis à ses héritiers.

**685.** Cependant, en cas de décès du bénéficiaire, les juges semblent ne pas appliquer les principes inhérents à la stipulation pour autrui, et lui préfèrent l'analyse juridique fondée sur le principe de la donation indirecte<sup>981</sup>. Le capital de l'assurance vie étant une donation à titre

---

<sup>978</sup> L'article L. 132-12 du Code des assurances prévoit en cas d'acceptation postérieure au décès de l'assuré, que le bénéficiaire « est réputé y avoir eu seul droit à partir du jour du contrat, même si son acceptation est postérieure à la mort de l'assuré ». Cela suppose que l'identité du bénéficiaire de l'indemnité de l'assurance vie sera un secret, même pour le souscripteur. Il s'agit de l'hypothèse selon laquelle, la personne désignée n'a pas levé l'option avant le décès du souscripteur, notamment en cas d'hésitation du bénéficiaire qui tarderait à donner son acceptation.

<sup>979</sup> L'article L. 132-9 alinéa 3 du Code des assurances prévoit que le droit de révocation « ne peut être exercé après la mort du stipulant, par ses héritiers ... au plus tôt trois mois après que le bénéficiaire de l'assurance a été mis en demeure par acte extrajudiciaire, d'avoir à déclarer s'il accepte ».

<sup>980</sup> J. L. Aubert, D. 1992.493 ; J. Mestre, RTD Civ. 1994. 99.

<sup>981</sup> JCN, *Responsabilité civile et assurances*, fascicule 512-2.

gratuit, faite dans une intention libérale, son acceptation est un droit personnel et non transmissible. Le principe retenu est que « si le bénéficiaire à titre gratuit d'un contrat prévoyant le versement d'une prestation au décès de l'assuré décède avant d'avoir accepté, la prestation garantie revient non à ses héritiers, mais aux personnes désignées à titre subsidiaires »<sup>982</sup>. Cette transmission passera également aux personnes qui ont été désignées à titre subsidiaire, lorsque le bénéficiaire initial renonce en toute connaissance de cause au capital de l'assurance décès.

**686.** Une telle dérogation peut s'expliquer par le simple fait que 'stipulation pour autrui' ne signifie pas 'stipulation pour *n'importe qui*'. Le choix s'est porté sur un bénéficiaire en particulier, même si le secret est gardé sur son identité, cette identification ne faisait aucun doute dans l'esprit du stipulant. En transmettant le droit d'acceptation dans la lignée du bénéficiaire initial, ce serait valoriser le patrimoine de personnes, dont le stipulant n'avait pas connaissance, ou qu'il ne voulait pas gratifier. Le choix du bénéficiaire est fondé sur une préférence pour une personne précise, qui n'a pas à être étendue à ses proches, justifiant de ce seul fait que l'acceptation échappe aux règles de droit commun applicables en matière de dévolutions successorales.

**687.** Cependant, le souscripteur qui maintient le secret sur l'existence d'une désignation faite au profit du bénéficiaire qu'il a désigné, rend le droit de ce dernier très incertain. Seul, le bénéficiaire est en mesure d'accepter la donation qui est un droit personnel. S'il est maintenu dans l'ignorance de ses droits, il ne pourra pas confirmer la désignation. De même que le bénéficiaire informé peut garder le secret sur ses intentions quant à l'acceptation ou la renonciation au capital avant son décès. Le secret peut être un obstacle réel à la gratification. Nous pourrions envisager qu'il marque l'existence d'une hésitation présente tant dans l'esprit du souscripteur que du bénéficiaire, et dont la conséquence serait de perdre la gratification, en cas de décès de l'un ou l'autre. La prestation passera au bénéficiaire suivant, dans l'ordre de la liste établie par le stipulant.

En réalité ce n'est pas un secret inaccessible, car à défaut de toute précision sur l'identité du bénéficiaire ce dernier doit tout de même être identifiable dès sa désignation.

## 2 - L'identité déterminable du bénéficiaire

**688.** Obéissant aux règles de la stipulation pour autrui dont le mécanisme « ne peut recevoir application que lorsque la disposition est faite au profit d'une personne déterminée »<sup>983</sup>, le

---

<sup>982</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juin 1992, D. 1992.493, note J. L. Aubert.

<sup>983</sup> Article 1121 du Code civil précité.

bénéficiaire d'une assurance vie ne peut être une personne indéterminée. Son identité ne doit ni être devinée, ni prêter à confusion. De même que le souscripteur ne peut se contenter de la décrire dans des termes vagues et imprécis<sup>984</sup>. L'identité du bénéficiaire doit être déterminable, c'est un principe que retient très tôt la jurisprudence<sup>985</sup>.

**689.** Cependant, le législateur<sup>986</sup> rejoignant l'opinion dominante de la doctrine<sup>987</sup>, et de la jurisprudence<sup>988</sup>, admet la possibilité pour le stipulant, sans nommer précisément le bénéficiaire désigné, de donner des renseignements précis qui permettront de l'identifier de manière certaine, au moment opportun, c'est-à-dire au jour du décès du souscripteur. Selon ce principe, le stipulant peut garder le secret sur l'identité exacte du bénéficiaire, mais il doit laisser filtrer quelques indices précis et concordant, en levant quelque peu le voile sur ses secrets, afin de pouvoir déterminer son identité sans risque de confusion.

**690.** En définitive le secret portant sur l'identité du bénéficiaire est très limité dans la mesure où, seule une catégorie de personne très réduite pourra prétendre à la qualification de personne déterminable. L'article L. 132-8 dudit code définit dans un deuxième alinéa, les personnes dont on peut dire qu'elles sont suffisamment désignées, telles que « les enfants nés ou à naître du contractant, de l'assuré ou de toute autre personnes désignées ... le conjoint qui a cette qualité au moment de l'exigibilité... ». Selon un auteur « cette liste n'est pas limitative, et ne donne que des exemples que l'on peut multiplier : 'neveux', 'filleuls'... »<sup>989</sup>. L'identité du bénéficiaire sera d'autant plus déterminable qu'il se trouve dans l'entourage proche du stipulant<sup>990</sup>.

---

<sup>984</sup> J. Curtovici « *la stipulation pour autrui au profit de personnes indéterminées et de personnes futures* » Thèse Paris 1910.

<sup>985</sup> Cass. civ. 15 décembre 1873, S. 1874, 1, p. 99 ; voir également note J. E. Labbé sous arrêt Cass. civ. 7 février 1877, S. 1877,1, p. 393.

<sup>986</sup> Le critère de l'identité déterminable du bénéficiaire est posé par le législateur de 1930 (article 63 de la loi du 13 juillet 1930), et désormais codifié à l'article L. 132-8 du Code des assurances, pour lequel doit être « considéré comme faite au profit de bénéficiaires déterminés la stipulation par laquelle le bénéfice de l'assurance est attribué à une ou plusieurs personnes qui, sans être nommément désignées, sont suffisamment définies dans cette stipulation pour pouvoir être identifiées au moment de l'exigibilité du capital ou de la rente garantis ». V. J. Bigot, *la loi du 7 janvier 1981 et l'assurance vie*, JCP G 1981, I, 3047 ; article qui commente les modifications apportés à l'article L. 132-8 du Code des assurances par la loi du 7 janvier 1981.

<sup>987</sup> Ph. Malaurie et L. Aynès op. cit. n° 676 ; J. Flour et J.L. Aubert op. cit. n° 481.

<sup>988</sup> La Cour de cassation relève « que lorsque la loi permet de stipuler utilement en faveur d'un tiers, il faut qu'il s'agisse d'un tiers dont il soit possible de déterminer l'individualité au jour où la condition doit recevoir effet, sans qu'il soit nécessaire de le désigner nominativement », Cass. civ. 28 décembre 1927, DH 1928, p. 135.

<sup>989</sup> Y. Lambert Faivre et L. Leveneur op. cit. n° 954 p. 821.

<sup>990</sup> Voir cependant l'article de J. Ghestin *L'incidence du décès du conjoint de l'assuré sur l'assurance vie*, JCP, qui relève les difficultés soulevées par les effets de l'assurance vie lorsque le décès du conjoint met fin à la communauté conjugale.

C'est donc un secret qui se limiterait à un *secret de famille*, mais encore faut-il pouvoir identifier quel membre de la famille a été gratifié<sup>991</sup>. Parfois, le bénéficiaire sans être nommé, peut aussi être déterminé en fonction de qualités particulières supposées permettre de l'identifier au moment du décès du stipulant<sup>992</sup>. Mais sans aucune précision, la stipulation ne sera pas valable. C'est ainsi qu'un secret trop bien protégé pourrait s'avérer être fort préjudiciable, et remettre en cause tout l'intérêt de l'assurance vie.

## B - L'influence du secret sur l'exécution de la prestation due par l'assureur

**691.** Nous pourrions nous demander pourquoi le stipulant qui décide de manière volontaire et unilatérale de faire une donation pour autrui, maintiendrait dans le même temps cette gratification secrète tant envers l'assureur, qu'envers le bénéficiaire. En réalité de son vivant, ce secret sert ses intérêts (1), mais nous verront qu'après le décès du stipulant, ce même secret pourra être un obstacle au respect de ses dernières volontés (2).

### 1 - L'intérêt de garder la stipulation secrète

**692.** En maintenant l'identité du bénéficiaire secrète, le stipulant retarde le moment de l'acceptation qui rendra la stipulation irrévocable (a). Le secret permet au stipulant de ne pas perdre la maîtrise du contrat qu'il a conclu (b).

#### a - Les effets de l'acceptation de la stipulation

**693.** Le secret gardé sur l'identité du bénéficiaire présente un avantage certain, cela permet au stipulant de revenir sur sa désignation initiale, et de changer de bénéficiaire autant de fois qu'il le souhaite jusqu'à la survenance de son décès.

---

<sup>991</sup> Néanmoins, dans un cercle familial, il faudra tenir compte du régime matrimonial du stipulant qui a gratifié son conjoint survivant. Contrairement au droit acquis par tout autre bénéficiaire, la libéralité faite au profit du conjoint peut être révoquée à tout moment même après acceptation. Mais une distinction doit être faite, car suivant l'opinion de la doctrine qui distingue l'intention libérale et l'action de prévoyance, la Cour de cassation a récemment opérée un revirement de jurisprudence selon que le capital doit être assimilé à une donation indirecte constituant un bien propre du conjoint gratifié, auquel cas le contrat constituant une libéralité pourra être révoqué comme le prévoit l'article 1096 du Code civil ; cependant si le contrat est qualifié en contrat de prévoyance l'acceptation rend la donation irrévocable. Le fondement de la décision reste sujet à caution dans la mesure où les juges semblent assimiler l'opération du contrat de prévoyance à l'exécution d'un devoir alimentaire entre époux. Et ce, en vertu des nouvelles dispositions législatives Loi n° 2004 - 439 du 26 mai 2004, portant réforme du divorce, (JO 27 mai 2004). Voir arrêt. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mai 1998, Petites affiches 1998.118, p. 21 obs. Lucet ; également commenté dans le Defresnois 1998, n° 36848, note P. Sargos. A. Depondt, H. Marck « *L'assurance vie et la modification de l'article 1096 du Code civil* » Droit et Pat. 2006, n° 150 p. 40 ; et S. Chaîne, M. Iwanesco *Le bénéfice du contrat d'assurance*, JCP N, VIII, 2000, p. 377.

<sup>992</sup> M. Robineau « *Volonté du souscripteur et acceptation du bénéficiaire : un subtil pas de deux* » D. 2005. 2928.



Après l'acceptation, le stipulant ne sera plus en mesure de modifier le nom du bénéficiaire de l'assurance<sup>993</sup>, de même, qu'il ne pourra plus effectuer ni rachat ni retrait sur le contrat, sans l'accord exprès du bénéficiaire ayant accepté la stipulation.

**694.** L'acceptation entraîne pour le stipulant la perte de toute la maîtrise du contrat, il est exclu des droits qui y sont attachés, tout en étant tenu au paiement de la prime. Il ne sera plus en mesure de s'opposer à ce que l'assureur paie le montant du capital assuré au bénéficiaire qui en fait la demande, ni de contester le retrait et le versement du capital, présent et à venir, au profit du seul bénéficiaire<sup>994</sup>.

Le souscripteur est dans la position du *Roi Lear*, il se dépossède de ses biens de son vivant, et se place en situation de dépendance vis-à-vis de tiers, même très proches, qui pourront exercer leurs nouvelles prérogatives à ses dépens<sup>995</sup>. Dès que le bénéficiaire accepte la stipulation faite à son profit, et qu'il s'oppose toute modification, elle devient irrévocable et le stipulant perd tout droit de disposition sur le capital<sup>996</sup>. Sauf s'il garde délibérément le secret sur l'identité du bénéficiaire.

#### *b - La maîtrise du contrat d'assurance vie*

**695.** Les conséquences irrémédiables de l'acceptation par le bénéficiaire, justifient le secret maintenu jusqu'au dernier moment sur l'identité du bénéficiaire. Afin de préserver cette liberté d'action et de choix, il est d'usage de conseiller au stipulant de préciser le nom du bénéficiaire dans son testament. D'autant que l'acceptation du bénéficiaire peut valablement intervenir après le décès du souscripteur.

---

<sup>993</sup> Une telle modification ne peut intervenir qu'avec l'accord exprès du bénéficiaire qui reste libre de renoncer à la stipulation même après l'avoir acceptée.

<sup>994</sup> Dans une espèce, un stipulant n'a pu s'opposer au versement des sommes prévues au contrat d'assurance vie, à la demande du bénéficiaire, et ce, tout de suite après l'acceptation, sous la forme d'avances, puis sous la forme d'un remboursement de la totalité des sommes figurant sur le compte d'épargne retraite du stipulant, assorti des versements futurs portés sur le compte, En l'espèce les juges retiennent que le seul recours du stipulant est d'engager la responsabilité de l'assureur pour défaut d'information. TGI Belfort 23 mars 1999, RGDA 1999.2, note M. Bizot.

<sup>995</sup> « Vieillard imbécile, qui voudrait encore exercer l'autorité dont il s'est dépouillé ! » Shakespeare « *Le roi Lear* » Acte premier, scène III, éd. Librio 2000, p.21

<sup>996</sup> Le seul moyen pour le stipulant de ne pas perdre de son vivant tout le capital d'une assurance vie épargnée, serait d'exercer un droit de rachat, mais cette possibilité n'est envisageable qu'à la condition que le bénéficiaire (qui n'est pas révoqué) donne son accord par écrit, comme le prévoit la nouvelle législation Loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005 (JO 1<sup>er</sup> décembre 2005, p. 19348), portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire modifiant notamment les conséquences de la désignation d'un bénéficiaire, et les contrats en déshérence. V. Cass. Ch. mixte 22 février 2008, n° 06-11.934, H. Fulchiron « *Assurance vie : faculté de rachat et acceptation du bénéficiaire* » Droit et patrimoine 2008, n°170 p. 84 ; N. Petroni-Maudière « *Assurance vie mixte : acceptation du contrat et droit de rachat* » Rép. Defresnois, 2008, n°12, p.1332 ; N. Martial-Braz « *Fausse note dans la symphonie de l'assurance vie : quand la cour de cassation joue le désaccord à l'égard du législateur sur les conséquences de l'acceptation du bénéficiaire* » Les Pet. Aff. 2008, n° 98, p.13 ; L. Lefebvre « *Contrats d'assurance vie mixtes : racheter n'est pas révoquer* » Lamy Dr. Civ. 2008, n° 49, p. 53.

**696.** À défaut d'acceptation, ou en cas de renonciation du bénéficiaire, le stipulant peut modifier le choix du bénéficiaire par le biais de son testament, qui est un document inaccessible à l'assureur. Ce dernier pourrait donc ne pas être informé des changements intervenus depuis la désignation initiale telle qu'elle figure dans le contrat. Dans ces conditions, nous pouvons alors nous demander comment l'assureur pourrait remplir son obligation de versement auprès de la *'bonne personne'* si le stipulant change d'avis au dernier moment. Il a été jugé que le stipulant n'avait aucune obligation d'informer son assureur concernant les changements apportés sur le nom du bénéficiaire de la prestation d'assurance, c'est un secret qu'il peut garder jusqu'à la survenance de son décès<sup>997</sup>. Mais, à qui verser la garantie si les renseignements portés sur la police sont obsolètes ?

**697.** Le versement du capital garanti entre les mains d'un bénéficiaire révoqué, par l'assureur qui ignorait tout du changement de bénéficiaire, est non seulement valable, mais ne permet pas d'engager sa responsabilité. L'assureur ne fait qu'exécuter sa prestation en fonction des seuls renseignements en sa possession<sup>998</sup>. Le stipulant qui n'aurait pas partagé le secret sur ses dernières volontés avec son assureur, prend le risque de favoriser le versement de la garantie entre les mains d'une personne qu'il avait révoqué de son vivant<sup>999</sup>. Ce secret est inopposable à l'assureur. Pour que la gratification soit versée au bénéficiaire désigné en dernier lieu, il appartiendra à ce dernier d'exercer une action récursoire à l'encontre du bénéficiaire révoqué. En partageant ses derniers secrets avec son assureur, le stipulant aurait pu épargner une action en justice, et plusieurs années de procédure au bénéficiaire qu'il voulait gratifier. Le secret peut aussi placer l'assureur dans l'impossibilité d'exécuter sa part du contrat.

## 2 - Le secret : un obstacle à l'exécution du contrat

**698.** Le secret maintenu sur l'identité du bénéficiaire représente un réel problème pour l'assureur tenu de procéder au versement du capital décès. L'article L.132-8 du Code des assurances prévoit que l'assureur informé du décès du souscripteur est tenu d'en aviser le bénéficiaire. Mais il peut arriver que l'assureur ne puisse déterminer en quelle main il sera

---

<sup>997</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 13 mai 1980, RGAT 1980, p. 527 ; JCP G 1980, II, 19438.

<sup>998</sup> C'est une solution consacrée par le droit commun des contrats qui en application de l'article 1240 du Code civil prévoit que « Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de créance, est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé ».

<sup>999</sup> C'est un cas prévu à l'article L. 132-25 du Code des assurances, selon lequel « l'assureur n'a pas eu connaissance de la désignation d'un bénéficiaire par testament ou autrement, ou de l'acceptation d'un autre bénéficiaire ou de la révocation d'une désignation, le paiement du capital ou de la rente garantis fait à celui qui, sans cette désignation, cette acceptation ou cette révocation, y aurait eu droit, est libératoire pour l'assureur de bonne foi ».

tenu d'effectuer sa prestation. Le versement du capital pourrait ne pas être versé conformément aux souhaits du stipulant.

Très souvent, la prestation ne sera pas versée du seul fait que le bénéficiaire est totalement inconnu. Le contrat n'étant pas réclamé est en déshérence<sup>1000</sup>. Plusieurs hypothèses sont envisageables, soit le bénéficiaire n'est pas informé de la stipulation faite à son profit, soit, il est informé de la stipulation, mais reste dans l'ignorance de la survenance du décès du stipulant, soit ayant accepté, il reste injoignable notamment en cas d'un changement d'adresse. De même que l'on pourrait se demander comment les bénéficiaires pourraient faire valoir leur droit s'ils ne sont pas en possession du contrat d'assurance après le décès du souscripteur.

**699.** Toutes ces situations correspondent à l'interaction de plusieurs secrets. Il y a ceux du stipulant qui ne dévoile, ni à l'assureur le nom du bénéficiaire, ni à ce dernier l'existence du contrat faite à son profit. Mais aussi les secrets liés à l'impossibilité de joindre le bénéficiaire, du fait des aléas de la vie courante, tel qu'un déménagement, qui sont autant de situations inconnues qui ne permettent pas à l'assureur d'exécuter le contrat.

En fait rien n'oblige l'assureur à retrouver le bénéficiaire. Il n'a pas à contacter, comme le fait le notaire, un généalogiste pour être en mesure d'exécuter sa prestation. Des auteurs ont soulevé « la nécessité de créer un fichier, analogue au fichier central des dispositions de dernières volontés »<sup>1001</sup>, mais les parlementaires se sont opposés à cette mesure du fait des « risques d'atteintes à la confidentialité d'informations nominatives, qui relèvent de la vie privée des intéressés »<sup>1002</sup>.

**700.** Si le législateur ne semble pas favorable à la création d'un fichier national recensant tous les bénéficiaires d'assurance vie, il a cependant pris conscience de l'ampleur des assurances vie en « déshérence »<sup>1003</sup>. La loi du 17 décembre 2007<sup>1004</sup>, met en place un dispositif codifié aux articles L.132-9-1<sup>1005</sup> et L. 132-9-2 du Code des assurances selon lequel, toute personne

---

<sup>1000</sup> S. Rétif « Proposition de loi sur la recherche de bénéficiaires de contrats non réclamés » RCA 2007.chr n°3 L'auteur présente un historique de la législation sur les contrats non réclamés.

<sup>1001</sup> S. Chainé et M. Iwanenko « *Le bénéfice du contrat d'assurance vie* » op. cit. Réfute les arguments des parlementaires et soutient que « le problème de la confidentialité peut être résolu. L'existence du fichier central des dispositions de dernières volontés crée par le conseil supérieur du notariat en est la preuve. ».

<sup>1002</sup> Rép. Min. 15073, JOAN Q, 15 juin 1998 p. 3267.

<sup>1003</sup> En cas d'absence de bénéficiaire désigné, déterminé ou déterminable, et au cas où le stipulant décède sans héritiers c'est l'Etat qui appréhende la succession et par la même le produit de la prestation d'assurance vie.

<sup>1004</sup> Loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007, commentée par L. Mayaux, JCP, G, 2008.I.106.

<sup>1005</sup> Nouvel article L. 132- 9- 1 du Code des assurances, issu de l'article 1er de l'arrêté du 9 février 2006 (JO 21 fév. 2006).

morale ou physique, peut contacter par courrier un organisme professionnel<sup>1006</sup>, représentatif des entreprises d'assurance<sup>1007</sup>, afin de savoir si elle est le bénéficiaire d'une assurance vie<sup>1008</sup>. Ces informations resteront secrètes et seront inaccessibles au demandeur, si le stipulant est encore en vie au moment de la demande, cela signifie que le contrat est en cours d'exécution.

**701.** Néanmoins face à un assureur qui ne répondrait pas dans les délais, aucune sanction n'a été envisagée. Le demandeur devra s'adresser au juge civil pour faire reconnaître la faute de l'assureur s'il ne respectait pas les dispositions légales, en faisant valoir si besoin était, le préjudice de cette non divulgation après le décès du stipulant. Le secret sur l'identité du bénéficiaire qui ne serait pas levé, permet selon l'article L. 132-11 du Code des assurances de considérer que « le capital ou la rente garantis font partie du patrimoine ou de la succession du contractant »<sup>1009</sup>. Si pour une raison quelconque, aucun bénéficiaire ne peut être désigné, la prestation de l'assureur aura vocation à suivre les règles de la dévolution successorales de droit commun, et intégrer le patrimoine du stipulant.

Le secret opposé par le stipulant à l'assureur pourra aller à l'encontre de ses propres intérêts. Cependant cela reste un risque pris délibérément et donc, plus acceptable que si ce sont des tiers parties au contrat, tels que des intermédiaires, qui opposent délibérément des secrets à leurs mandants.

## Sous section 2 : Le secret appréhendé par les intermédiaires de l'assurance

---

<sup>1006</sup> La délibération n° 2008-579 du 18 décembre 2008 de la Commission nationale de l'informatique et des libertés « autorisant l'Association pour la gestion des informations sur le risque en assurance (AGIRA) à traiter les données à caractère personnel relatives aux décès transmises par l'INSEE et portant autorisation unique des traitements automatisés des entreprises d'assurances...aux fins de recherche des assurés et des bénéficiaires de contrats d'assurances sur la vie décédés» (JO 7 fév. 2009), désigne l'association AGIRA pour centraliser toutes les demandes faites sur le plan national. Il suffit à toute personne, de présenter par tous moyens, la preuve du décès du stipulant, et l'assureur est tenu dans le mois suivant la demande de confirmer, ou d'infirmer au demandeur s'il est le bénéficiaire d'une assurance vie.

<sup>1007</sup> Ces organismes professionnels représentatifs sont désignés par arrêté émanant du ministère de l'économie et sont actuellement constitués de la Fédération française des sociétés d'assurance, du Groupement des entreprises mutuelles d'assurances et du Centre technique des institutions de prévoyance. Voir J. Kullmann, Rép. Dalloz op. cit. n° 219.

<sup>1008</sup> M. Leroy « Principaux apports de la loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007 relative à la recherche des bénéficiaires des contrats non réclamés » Lamy assur. 2008 n° 149, p. 1.

<sup>1009</sup> Ce que confirme l'article 1122 du Code civil selon lequel « on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause...».

**702.** Les intermédiaires<sup>1010</sup> sont les interlocuteurs directs des assurés<sup>1011</sup>, ils sont en mesure de recueillir leurs confidences, et d'accéder à des secrets spontanément dévoilés par l'assuré et soustraits à l'assureur, de la propre initiative de l'intermédiaire, qui occupe de ce seul fait une position stratégique face au secret. Bien évidemment dans l'absolu, l'intermédiaire idéal est celui qui 's'efface', cantonné à un rôle passif, et envisagé tel Hermès, simple messenger relayant l'information entre les dieux de l'Olympe, qui sont les compagnies d'assurances, et le monde des humains, qui sont les assurés. Mais la pratique nous démontre que cette neutralité extrême est difficilement envisageable.

**703.** Le secret est envisagé sous l'angle des mandataires qui empêchent l'information susceptible de vicier le contrat de circuler jusqu'à leur mandants (§1). Mais au-delà de la dissimulation volontaire des secrets de l'assuré, il nous faut également observer les pratiques tendant à l'utilisation frauduleuse des secrets qui parviennent à la connaissance des intermédiaires, qui opèrent un détournement du secret exercé au préjudice des cocontractants (§2).

### *§1 - La circulation des secrets entre les mandataires de l'assurance*

**704.** Les intermédiaires occupent une place privilégiée en ce qu'ils sont en mesure d'avoir connaissance des secrets de leurs mandants, qu'il s'agisse de l'assureur dont le mandataire naturel est l'agent général (Sous paragraphe 1), ou de l'assuré dont le mandataire attribué est le courtier (Sous paragraphe 2). Mais tous ces intermédiaires seront également en position de partager les secrets dont ils ont connaissance, sans en faire part à leurs mandants respectifs (Sous paragraphe 3).

#### **Sous paragraphe 1 - Le mandataire de l'assureur détenteur d'un secret**

**705.** Plusieurs intermédiaires occupent la fonction de mandataire pour le compte de l'assureur. Cela concerne en premier lieu l'agent général, mais aussi le courtier qui peut exercer des activités dans l'intérêt de l'assureur, telle que la perception de primes, ou le règlement de sinistres. De même que certains préposés de l'agent général pourront aussi se voir reconnaître une telle qualité. À l'occasion de l'exercice de leurs activités, ces

---

<sup>1010</sup> Pour étude complète des missions et des obligations pesant sur les différents intermédiaires de la relation d'assurances, v. supra n° 574 et suivant.

<sup>1011</sup> Le secret qu'il convient d'étudier n'est pas celui maintenu par les mandataires envers l'assuré, une situation déjà abordée sous l'angle de l'obligation de conseil et d'information V. supra n°582. Mais les secrets opposés à l'assureur par les mandataires.

intermédiaires seront en mesure d'accéder à des secrets divulgués par l'assuré sans les révéler à l'assureur (A), dès lors il convient de se demander ce que l'assureur est en mesure de faire lorsqu'il est confronté à des secrets opposés par ses mandataires (B), notamment au regard de sa responsabilité en qualité de mandant si les secrets partagés étaient inopposables à l'assuré (C).

#### A - La rétention des secrets des assurés

**706.** L'assureur et l'intermédiaire, sont engagés dans une relation basée sur la confiance<sup>1012</sup>. Si un assuré lui confie certains secrets, telle que la révélation de fausses déclarations concernant la réalité du risque garanti, sa situation ou ses antécédents, l'intermédiaire est en principe dispensé d'attirer son attention sur la nécessité d'être de bonne foi. Mais s'il a connaissance des secrets susceptibles de fausser la relation d'assurance, par loyauté et dans l'intérêt de leur association, il est tenu d'en informer l'assureur, auquel cas, il deviendrait le confident de l'assuré, au préjudice de l'assureur.

**707.** C'est ainsi qu'un assuré pourra, de crainte de se voir refuser une garantie, lui confier l'existence d'antécédents de sinistres ou de conduite en état d'ivresse ayant eu lieu plusieurs années auparavant. Cette preuve de loyauté teintée d'honnêteté de la part d'un assuré en situation de faiblesse face à un assureur '*omnipotent*', sera de nature à créer une relation privilégiée, car la confiance crée des liens certes invisibles, mais sincères et durables. L'intermédiaire pourrait ne pas être insensible aux inquiétudes de l'assuré, et se sentir investi d'une mission fort louable mais contraire à ses obligations en amoindrissant la portée du secret, ou en ne le divulguant pas.

**708.** Parfois, ce sera le professionnel qui conseillera de garder certains faits secrets à l'assureur pour éviter un refus de garantie, un tel comportement excédant de très loin l'obligation d'information et de conseil qui leur est imposée. En effet, en écoutant parler le souscripteur et en observant ses réactions, l'intermédiaire est en mesure de déceler certaines hésitations, voire des appréhensions qui seront autant de signes permettant de suspecter la présence d'un secret. De même qu'il sera possible à l'intermédiaire de constater chez l'assuré un handicap physique qui ne pourrait être maintenu secret lors de la déclaration de risque, et sur lequel pourtant il gardera le silence, préférant partager ce secret avec l'assuré et modifier l'opinion que l'assureur pouvait se faire du risque. Mais de tels secrets confiés entre l'assuré et le mandataire seront ils opposables à l'assureur ?

---

<sup>1012</sup> Et ce que leur relation trouve son origine dans un contrat de travail ou un contrat de mandat.

## B - L'opposabilité du secret recueilli par l'intermédiaire a l'assureur

**709.** Avec le mécanisme de la représentation, la connaissance du risque vicié par le secret sera opposable à l'assureur, entraînant par la même la validité de son engagement. C'est le décret-loi du 14 juin 1938<sup>1013</sup>, qui prévoit de retenir la responsabilité de l'assureur pour tous les manquements constatés du fait de ses mandataires et de ses préposés<sup>1014</sup>. Dès lors, il pourra être tenu de respecter ses engagements même si les secrets les plus graves ne lui avaient pas été révélés par ses intermédiaires. Ce principe réglementant l'engagement de l'assureur du fait de ses intermédiaires, et actuellement codifié à l'article L. 511-1 du Code des assurances, est fondé sur une présomption selon laquelle l'assureur est supposé avoir pris connaissance de tous les secrets que ses mandataires ont partagés avec les assurés<sup>1015</sup>.

**710.** Si l'application de ce texte ne fait aucun doute concernant l'agent général<sup>1016</sup>. Nous pouvons nous demander si les secrets de l'assuré connus d'un préposé de l'agent général peuvent engager valablement l'assureur. En principe, les préposés d'un intermédiaire, tels que les salariés d'un agent général, ne sont pas pris en compte par l'article L. 511-1-III du Code des assurances.

Néanmoins, certaines fautes pourront être mises à la charge de l'assureur, notamment lorsque le secret révélé au salarié de l'agent général, porte sur la réalité du risque garanti. C'est ainsi, qu'en cas de contrat souscrit par le salarié d'un intermédiaire, tel qu'un agent commercial, qui avait personnellement connaissance de faits maintenus secret sur l'existence de sinistres

---

<sup>1013</sup> Article 31 bis de la loi du 14 juin 1938.

<sup>1014</sup> Ce texte directement inspiré de l'article 1384 du Code civil, selon lequel « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre... » ce qui pose le principe de l'engagement de l'assureur, toutes les fois qu'il est représenté dans la relation d'assurance. Certains auteurs, soulignent que ce texte conçoit de manière très étendue la responsabilité du fait d'autrui envisagé à l'article 1384 du code civil, il est de fait que le fondement légal de ce qu'il convient de qualifier de « responsabilité contractuelle du fait d'autrui » déroge en son principe de l'article 1384 du Code civil, fondé sur le principe de la responsabilité délictuelle. V. G. Viney, « *La responsabilité, conditions* », L.G.D.J. 1988, n° 814 et s.

<sup>1015</sup> Y. Le Caë « *Le concert frauduleux entre un assuré et un agent général doit-il engager automatiquement la responsabilité de l'assureur* » Gaz. Pal. 1996, p. 177.

<sup>1016</sup> Les statuts IARD et Vie définissent le statut de l'agent général comme la personne qui « ... en qualité principale de mandataire rémunéré ... met à la disposition du public sa compétence technique en vue de la recherche et de la souscription de contrats d'assurances pour le compte de la ou des sociétés qu'il représente. ». Cette définition est souvent reprise par la Cour de cassation à l'appui de ses motivations. Voir dans ce sens, Pauffin De saint Morel, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 novembre 1979, (dit arrêt 'Ancelet ') JCP G, II. 19511. En l'espèce l'agent général avait contribué à la fausse déclaration de l'assuré qui avait déclaré une superficie de son bien (un château) erronée. V. dans ce sens, C. Berr et H. Groutel, D. 1975. 665 ; Drancey, *Le pouvoir d'engagement de l'agent général*, RGAT 1977.597 ; J.F. Lusseau « *circonstances et modalités de l'engagement de la société par l'intermédiaire de son agent général* » RGAT 1979.132.

antérieurs<sup>1017</sup>, la jurisprudence estime que seul l'assureur a commis la faute qui a favorisé cette dissimulation, engageant de ce fait sa responsabilité<sup>1018</sup>.

**711.** La seule limite admise par la jurisprudence à cette extension, concerne les secrétaires de l'agent général qui ont connaissance des secrets de l'assuré, une telle faute ne peut être couverte par l'assureur<sup>1019</sup>. Il appartient dans ce cas à l'agent général de répondre des manquements du personnel attaché à son secrétariat.

Cette présomption de partage de secrets avec ses mandataires est lourde de conséquences pour l'assureur qui ne sera plus en mesure de soulever la mauvaise foi de ses assurés. La qualité des intermédiaires influe de manière notable sur le régime des secrets qui leurs ont été confiés, en effet, exerçant par le biais de la représentation, ils engagent valablement l'assureur rendant les secrets ainsi partagés inopposables envers l'assuré.

### C - L'inopposabilité du secret confié au mandataire envers l'assuré

**712.** Le secret confié au mandataire de l'assureur ne peut être opposé à l'assuré. L'assureur est considéré comme seul responsable des manquements de ses mandataires (1) ce qui entraîne pour lui l'obligation de verser la garantie prévue au contrat (2).

#### 1 - la responsabilité de l'assureur

**713.** L'assureur peut se voir opposer les déclarations inexactes faites par l'assuré contenues dans le questionnaire initial de risque, toutes les fois que ses mandataires en avaient connaissance<sup>1020</sup>. La jurisprudence ne retient pas la mauvaise foi de l'assuré, et n'accorde ni la nullité du contrat, ni la réduction proportionnelle qui sont les sanctions d'usage en cas de fausses déclarations du risque initial<sup>1021</sup>. De ce fait elle étend le domaine d'application de l'article L. 511-1-III du Code des assurances aux mandataires des intermédiaires, et interprète les secrets dont ces derniers avaient connaissance comme ayant été régulièrement déclarés par l'assuré à l'assureur, qui ne pourra plus évoquer l'existence d'une déclaration mensongère.

**714.** Cette interprétation de l'article L.511-1 du Code des assurances, est d'autant plus étendue qu'elle trouvera à s'appliquer, même s'il était avéré que l'assuré et l'intermédiaire se sont entendus lors de l'élaboration des fausses déclarations. La jurisprudence retient que ces

---

<sup>1017</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 mars 1981, D. 1982. 97, note C. Berr et H. Groutel.

<sup>1018</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 novembre 1996, n° 94-17.074, RGDA 1997.602.

<sup>1019</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 octobre 1980, JCP 1981 G, IV, 19.

<sup>1020</sup> V. pour la responsabilité des entreprises d'assurance et la responsabilité des intermédiaires d'assurance, J. Bigot, D. Langé et J.L. Respaud « *Traité de droit des assurances* », L'intermédiation d'assurance, 2<sup>ème</sup> éd. L.G.D.J. 2009.

<sup>1021</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 6 janvier 1994, n° 90-15.444, RGAT 1994, p. 903 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 avril 1995, n° 92-20. 112, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 novembre 1996, n° 94-17.074, RGAT 1997, p. 602 ; Cass.1<sup>re</sup> civ., 23 novembre 1999, n° 97-15.319.



manœuvres sont le fait des négligences de l'assureur. C'est ainsi qu'en cas de collusion frauduleuse entre le mandataire et l'assuré, ce dernier sera en mesure d'obtenir le versement de la garantie prévue au contrat alors que sa mauvaise foi ne faisait aucun doute<sup>1022</sup>.

**715.** La doctrine est très critique envers cette jurisprudence pourtant bien établie<sup>1023</sup>, qui « se justifie au regard de l'idée de représentation juridique liée au contrat de mandat : puisque le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant, sa connaissance de la fausse déclaration vaut connaissance par l'assureur lui-même »<sup>1024</sup>. L'assureur sera donc contraint d'exécuter le contrat toutes les fois que les secrets auront été partagés avec ses mandataires. La représentation envisagée de manière très extensive permet de créer une chaîne formée par la connaissance du secret. Si le premier maillon de la relation d'assurance partage le secret avec l'assuré, cela suffit à créer une présomption de révélation mise à la charge de tous les chaînons suivants. Cette chaîne du secret, forme un ensemble très homogène dont l'assureur pourra très difficilement se départir.

## *2 - L'étendue de l'engagement de l'assureur*

**716.** L'assureur qui se verrait engagé du fait des manquements de son mandataire pourrait invoquer un abus de fonction, ou un abus de mandat, afin de se soustraire à son obligation de règlement. Les critères permettant au juge de constater de tels abus sont ceux applicables en matière de responsabilité du fait des préposés. L'arrêt de référence étant une décision rendue par l'assemblée plénière selon laquelle « le commettant ne s'exonère de sa responsabilité que si son préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions »<sup>1025</sup>.

**717.** Mais en tenant compte de ces critères directeurs, il s'avère que le secret partagé entre le mandataire et l'assuré ne recouvre pas la situation d'un abus de fonction. En effet, le mandataire a connaissance des secrets dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, et avec les moyens mis à sa disposition, puisque ce sont les formulaires et les documents élaborés, ou requis par l'assureur qui contiennent la fausse déclaration de risque ou de sinistre. L'assureur aura d'autant plus de difficultés à se soustraire de son obligation, qu'il est la seule victime des secrets dont avait connaissance son mandataire, une personne dont il doit répondre et qui n'a pu agir qu'à la faveur de la négligence ou de l'imprudence de son mandant.

---

<sup>1022</sup> Cass. civ., 7 octobre 1992, n° 90-16.111, RGAT 1993, p. 384.

<sup>1023</sup> Voir également J. Bigot, J. Landel, « *Traité de droit des assurances* » T. 2, La distribution d'assurance, éd. L.G.D.J. 1999, n° 252 et suiv.

<sup>1024</sup> C. Pardessus, I. Monin-Lafin, J. Landel, S. Coutin « *L'intermédiation en assurance* », éd. l'Argus 2007. 184.

<sup>1025</sup> Cass. Ass. Plén. 19 mai 1988, n° 87-82.654.

**718.** Pour engager la garantie de l'assureur, le secret doit être confié au cours des entretiens avec l'assuré lors de l'étude de son dossier<sup>1026</sup>. Il est cependant nécessaire que le mandataire ait non seulement connaissance des secrets de l'assuré, mais aussi conscience qu'ils ont été dissimulés à l'assureur. Si l'assuré garde le secret sur la réalité de son risque, sans partager cette confiance avec l'intermédiaire, ce sera une fausse déclaration de risque et aucune faute ne pourra être retenue à l'encontre du mandataire<sup>1027</sup>.

La non divulgation des secrets de l'assuré entre l'intermédiaire et son mandant, met l'assuré à l'abri de toutes ses fausses déclarations, et lui permet de bénéficier d'une garantie certes indue, mais irrévocable<sup>1028</sup>. Certains auteurs<sup>1029</sup> ne manquent pas de soulever les incohérences inhérentes à l'existence d'un concert frauduleux dont bénéficient l'assuré de mauvaise foi et le mandataire complice. Leurs agissements ne seront pas sanctionnés, d'autant qu'il n'est fait aucune distinction entre le secret favorisant la fraude, et le secret dû à une simple négligence ou imprudence du mandataire. À notre sens, il est de fait que seule cette dernière hypothèse devrait être soumise aux dispositions de l'article L. 511 du Code des assurances. Face au secret de l'assuré connu de son mandataire, l'assureur aura des difficultés à se soustraire à son obligation de paiement en invoquant un abus de fonction ou de mandat. Il convient de rechercher si la solution avait été différente si le secret était dissimulé par le mandataire de l'assuré.

Sous paragraphe 2 - Le mandataire de l'assuré détenteur d'un secret

**719.** De prime abord, le mandataire '*naturel*' de l'assuré serait le courtier dont l'objet du contrat de mandat est de conseiller et de veiller aux intérêts de son mandant. Cependant l'agent général pourra également dans certains cas, être le mandataire de l'assuré. Cette qualification pourra notamment être retenue, s'il est chargé « de la presque totalité des intérêts d'assurance de l'assuré »<sup>1030</sup>. C'est ainsi qu'en cas de refus de garantie, l'agent général peut se

---

<sup>1026</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 octobre 1983, n° 82-12.357, en l'espèce l'assuré avait dévoilé être l'auteur d'un accident non mentionné dans la déclaration de risque.

<sup>1027</sup> D'autant que ce dernier n'est pas tenu de vérifier l'exactitude des déclarations de l'assuré, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 septembre 1997, RGDA 1997. 1072, note A. Favre Rochex.

<sup>1028</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 octobre 1992, Resp. civ. et assur. 1994, comm. 159 ; voir D. Langé pour une note critique RGAT 1993. 384.

<sup>1029</sup> M. A Peano, *Fraus omnia non corrumpit*, Resp. civ. et assur. 1993. 22.

<sup>1030</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 mai 1989, RCA 1989. 210. Voir également Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 mars 1983, 82-11.775, en l'espèce client auquel l'assureur avait opposé une limitation de garantie avait demandé à l'agent général de rechercher auprès d'un autre assureur une garantie complémentaire, n'ayant pu en trouver une, il laissa croire à l'assuré qu'il bénéficiait d'une couverture de garantie totale. L'assuré ayant découvert qu'il n'était pas couvert lors de la survenance a intenté une action envers l'assureur afin qu'il couvre les manquements de son préposé, ce qui a été refusé par les juges qui ont estimé que ce dernier agissait en tant que mandataire de l'assuré au moment où les manquements ont pu être constatés.

voir confier par l'assuré la charge de rechercher un autre assureur susceptible de couvrir son risque<sup>1031</sup>, de gérer la survenance du sinistre<sup>1032</sup>, ou de résilier le contrat<sup>1033</sup>. Quand il agit dans l'intérêt de l'assuré, il est réputé en être le mandataire.

Le secret envisagé est celui que partagent l'assuré et son mandataire, en transmettant sciemment de fausses informations à l'assureur (A). Mais un tel usage du secret pourrait engager la responsabilité contractuelle du mandataire (B).

A - Le secret opposé par le mandataire de l'assuré à l'assureur

**720.** Au cours de cette relation de confiance fondée sur le mandat, peut naître une '*intimité*' au cours de laquelle l'assuré sera plus enclin à dévoiler des secrets susceptibles de peser sur l'obtention d'une garantie. Ces faits ne seront pas divulgués à l'assureur, et n'apparaîtront pas sur les documents contractuels.

Il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école, d'un point de vue commercial, l'intérêt des mandataires de l'assuré est de présenter le dossier sous son meilleur jour. Un assuré sans secrets encombrants est plus facile à assurer, ce qui facilite grandement la gestion administrative des dossiers d'assurance. De plus, la pratique des assurances, permet aux professionnels de l'intermédiation de repérer très aisément les points faibles d'un dossier, et de faire en sorte qu'ils disparaissent<sup>1034</sup>.

**721.** La non divulgation des secrets de l'assuré à l'assureur peut se traduire par un manquement aux obligations de déclarations de risque. Le secret confié au mandataire peut porter sur toutes les déclarations faites avant, ou au cours de l'exécution du contrat. Il n'est pas nécessaire de rechercher si le mandataire s'est associé volontairement à la fraude<sup>1035</sup>, s'il a dissuadé l'assuré de ne pas dissimuler d'informations<sup>1036</sup>, ou s'il a eu une attitude passive. Seul le résultat envers l'assureur est pris en compte. C'est la raison pour laquelle il importe peu que ce soit l'assuré ou son mandataire qui soit à l'origine de la fausse déclaration, seule la non divulgation du secret est prise en considération.

---

<sup>1031</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 mars 1989, RCA 1989, comm. n°210, note H. Groutel.

<sup>1032</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 12 décembre 1995, RGDA 1996, p. 498, note D. Langé.

<sup>1033</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> mars 1998, RGAT. 1998, p. 283, note M. Pauffin De saint Morel.

<sup>1034</sup> Dans une espèce, l'assuré avait régulièrement informé son courtier qu'il était un jeune conducteur, cependant son mandataire à jugé préférable de déclarer la police d'assurance au nom de son père, CA Versailles, 24 mai 1991, juris data n°1991-045377. De même que c'est de sa propre initiative, qu'un courtier avait déclaré à l'assureur l'existence d'un dispositif de protection contre le vol, alors que son mandant lui avait déclaré ne pas avoir mis en place ce type d'installation, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juillet 1986, RGAT 1986, p. 623, note M. Pauffin de saint Morel.

<sup>1035</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 décembre 1986, RGAT 1987, p. 162, note M. Pauffin de saint Morel.

<sup>1036</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 novembre 1985, n° 84-11.673.

**722.** D'autant que la spécificité de l'activité du courtier, réside dans le fait qu'il lui est fait obligation de vérifier lui-même les déclarations faites par ses mandants, notamment s'ils cumulent plusieurs contrats d'assurance<sup>1037</sup>. Il pèse sur lui une obligation de vérification des déclarations, à laquelle il pourra cependant raisonnablement se soustraire, car il ne lui est pas demandé de procéder à une minutieuse enquête de police. Sa responsabilité ne sera pas engagée si la fausse déclaration porte sur un nombre de pièces erroné du local garantie<sup>1038</sup>, ou si l'omission porte sur les données comptables de l'assuré<sup>1039</sup>. Cependant, s'il est avéré que le mandataire a volontairement participé à la dissimulation du secret affectant la réalité du risque déclaré, sa responsabilité pourra être engagée.

#### B - La responsabilité du mandataire de l'assuré

**723.** La responsabilité du mandataire pourra être engagée sur le fondement de l'obligation d'information et de conseil, c'est donc envers l'assuré qu'il commet une faute en le laissant opposer des secrets à l'assureur. Le rôle du mandataire de l'assuré est assez inconfortable. Il ne peut divulguer les secrets de son mandant à l'assureur, mais il doit cependant tout mettre en œuvre afin de dissuader l'assuré de faire une déclaration mensongère, sa responsabilité sera partagée avec l'assuré, s'il ne parvient pas à le dissuader de mettre à exécution la fraude envisagée.

**724.** L'assureur étant étranger aux manquements du mandataire de l'assuré, sera en mesure d'obtenir la nullité du contrat pour fausse déclaration intentionnelle et ce, même si l'assuré avait déclaré la réalité de son risque à son mandataire. Si le courtier oppose de son propre chef un secret susceptible de vicier la déclaration de risque, il sera tenu responsable du préjudice subi par l'annulation du contrat<sup>1040</sup>, et engagera sa responsabilité pour tous les secrets assimilés à de fausses déclarations intentionnelles, envers son mandant<sup>1041</sup>. Seule l'ignorance totale des secrets opposés par l'assuré lui permettra de bénéficier de la bonne foi afin d'échapper à sa responsabilité. En cas d'annulation la garantie il ne pourra être tenu de réparer le préjudice subi par l'assuré.

Sous l'angle des intermédiaires, une autre forme de secret doit retenir notre attention, c'est celui qu'ils partagent entre eux, au détriment de leurs mandants respectifs.

---

<sup>1037</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 décembre 1991, RGAT 1992, p.188.

<sup>1038</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 décembre 2004, n° 03-18572.

<sup>1039</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 novembre 2001, RGDA 2002, p. 478 note J. Roussel.

<sup>1040</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 octobre 2008, n°07-11.331, en l'espèce la faute du mandataire est retenue suite au refus d'assurance.

<sup>1041</sup> Étant une profession réglementée, il bénéficie désormais d'une assurance de responsabilité professionnelle imposée pour couvrir les préjudices subis par son mandant par la loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005.

### Sous paragraphe 3- La divulgation du secret entre les mandataires de l'assuré et de l'assureur

**725.** Il est nécessaire d'évoquer le cas particulier du secret partagé entre les mandataires de l'assuré et de l'assureur, qui n'étant pas révélé à leurs mandants, aura vocation à circuler dans la seule sphère des intermédiaires (A), cette confiance entre professionnels de l'assurance, circule de manière très confidentielle, dès lors, on peut se demander quelles répercussions de tels secrets auront sur la relation d'assurance (B).

#### A - Le régime du secret circulant entre mandataires

**726.** Le secret confié entre mandataires recouvre l'hypothèse selon laquelle le mandataire de l'assuré, en l'occurrence le courtier, a connaissance d'une fausse déclaration de risque dont il va faire part de manière très confidentielle, à l'agent général ou à un salarié de l'assureur, lors de la transmission du dossier. La situation ne nous paraît pas improbable du fait de l'existence de relations d'affaires régulières entre les mandataires qui constituent un lien entre les cocontractants. Ils auront de ce fait tout intérêt à maintenir de bonnes relations, tant avec leur mandant en préservant leurs secrets, qu'avec l'assureur en lui divulguant les secrets des assurés en toute discrétion.

**727.** Mais le secret ainsi confié peut-il exonérer le courtier de sa responsabilité, et faire peser les conséquences du secret sur les épaules de l'agent général qui rappelons-le, s'il connaît l'existence du secret engage la responsabilité de l'assureur ? De même que nous pouvons nous demander, si cette divulgation permettra d'annuler le contrat d'assurance aussitôt que l'assureur en aura connaissance ? Il nous faut donc déterminer si ce secret procède du régime de l'intermédiaire de l'assureur, auquel cas la garantie sera due, ou du régime de l'intermédiaire de l'assuré auquel cas, seul le courtier sera déclaré responsable en cas de nullité du contrat.

**728.** La réponse semble incertaine, mais une étude des décisions jurisprudentielles, qui se sont prononcées sur les effets d'une divulgation des secrets d'un assuré entre intermédiaires, nous permet de dégager certaines orientations<sup>1042</sup>.

En matière de secret, le point de référence est le questionnaire de la déclaration de risque comportant la fausse déclaration. C'est ainsi, que seule sera retenue la responsabilité de la personne qui a rempli et signé le questionnaire de risque. Si c'est le courtier qui s'en est chargé, seule sa responsabilité pourra être engagée, sans que le partage de la connaissance du

---

<sup>1042</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 octobre 1974, RGAT 1975. 364 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> mars 1978, JCP G 1978, IV, 140 ; CA Lyon, 8 avril 1973, RGAT 1976. 350.

secret avec le mandataire de l'assureur ne puisse influencer sur les motifs de la décision<sup>1043</sup>. Selon le même raisonnement, le mandataire de l'assureur engage la responsabilité de son mandant toutes les fois qu'il prend en charge la rédaction des documents contractuels dont il sait de source certaine, qu'ils contiennent un secret<sup>1044</sup>.

**729.** Nous pouvons en déduire d'une part, que le secret partagé entre les mandataires de l'assuré et de l'assureur, ne sera pris en compte que si son existence est matérialisé sur un document contractuel, et ce, peu importe s'il se révèle sous la forme d'une fausse déclaration ou d'une omission volontaire. Et d'autre part que seul le mandataire prenant en charge la rédaction du questionnaire engagera sa responsabilité, ou celle de son mandant<sup>1045</sup>.

#### B - L'infifférence du secret confié entre mandataires

**730.** Si l'existence du secret n'est pas formalisé dans un écrit, il sera réputé inexistant. Le secret révélé dans un couloir, au téléphone, ou dans une note interne, ne sera pas pris en compte, et n'aura aucune incidence sur la relation contractuelle, car elle ne neutralise pas le secret.

Le secret est figé par la rédaction des documents contractuels, il pourra s'agir d'une déclaration de risque ou de sinistre. Si le mandataire de l'assuré s'étant chargé de la rédaction erronée de la déclaration, informe le mandataire de l'assureur que son contenu est faux, cela ne sera d'aucune influence sur le contrat. De même qu'il ne pourra ni s'exonérer ni atténuer sa responsabilité sous prétexte qu'il avait informé le représentant de l'assureur d'une telle irrégularité.

**731.** La révélation confidentielle du secret ne peut être exploitée. L'assureur informé de l'existence d'un secret à la faveur d'une indiscrétion des mandataires, ne sera pas en mesure d'utiliser ce renseignement ayant circulé par des voies '*occultes*' pour fonder une action en nullité du contrat. En effet, l'assuré bénéficiant d'une présomption de bonne foi, l'assureur est dans l'obligation de prouver la fausse déclaration pour mettre en œuvre les sanctions prévues<sup>1046</sup>, et la simple connaissance du secret ne peut être constitutive d'un élément de preuve suffisant.

**732.** Le secret de l'assuré ayant circulé en vase clos n'a aucune incidence sur l'existence ou l'exécution du contrat. Il nous semble que le seul effet tangible du partage du secret entre les mandataires de l'assuré et de l'assureur, sera de renforcer la surveillance du dossier afin de

<sup>1043</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 février 1988, RGAT 1988. 473, note J. Bigot ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 avril 1990, RGAT 1990.543, note H. Margeat et J. Landel ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 mai 1990, RGAT 1991.48, note J. Bigot.

<sup>1044</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 et 26 mars 1969, RGAT 1969. 500 ; D. 1969. 85.

<sup>1045</sup> Pour le cas où l'assuré avait dissimulé la réalité de sa situation de risque à son mandataire.

<sup>1046</sup> Les sanctions sont prévues aux articles L. 113-8 et L.113-9 du Code des assurances, et seront distinctes selon que l'assuré est réputé être de bonne ou de mauvaise foi, voir supra n°389 et suivant.

prendre l'assuré en défaut pour fausse déclaration au moment opportun. Mais les secrets pourront également faire l'objet d'une utilisation frauduleuse par les mandataires, et ce, à l'insu et au détriment des cocontractants.

## *§2 - Le détournement des secrets des cocontractants par leurs intermédiaires*

**733.** La possibilité de détourner les secrets des cocontractants n'est envisageable qu'au regard de la place centrale qu'occupent les intermédiaires. C'est au cours de leurs activités qu'ils s'approprient les informations confidentielles dont ils ont connaissance (A), mais de tels agissements seront sanctionnés de manière distincte, selon la fonction exercée par l'intermédiaire au sein de la relation d'assurance (B).

### A - L'appropriation frauduleuse du secret

**734.** Les secrets pourront être détournés, tant au détriment de l'assureur qui met à disposition des intermédiaires les moyens matériels leur permettant d'exercer leur activité (1) que de l'assuré en s'appropriant le contenu de leurs dossiers et donc de leurs secrets à leur insu (2).

#### 1 - L'utilisation des fichiers de l'assureur

**735.** Les intermédiaires de la relation d'assurance sont nombreux, et susceptibles d'accéder très facilement aux dossiers des assurés, et donc aux informations divulguées sous le sceau de la confidentialité. Ce sont ces secrets qu'ils pourront utiliser à dessein, en favorisant leurs intérêts personnels. Il ne s'agit pas ici de divulguer ces informations à des tiers extérieurs à l'entreprise<sup>1047</sup>, mais de les utiliser afin d'en tirer à titre personnel, de substantiels profits. Une telle soustraction, ne peut être envisageable que si elle s'exécute dans un cadre interne à l'entreprise d'assurance.

**736.** La fraude est favorisée en utilisant les moyens techniques et informatiques mis en place par l'assureur pour faciliter le travail effectué par ses mandataires et leurs subordonnés<sup>1048</sup>. Un système de gestion inaccessible à tout tiers extérieurs à l'entreprise. C'est ainsi qu'un employé d'assurance a pu modifier le nom du bénéficiaire d'une assurance vie, par une simple manipulation informatique, pour que le montant du capital soit versé à un tiers complice<sup>1049</sup>. Un tel détournement n'est possible que si l'employé, a non seulement accès au

---

<sup>1047</sup> Cette situation sera étudiée infra n° 801 et suivant.

<sup>1048</sup> C'est ainsi qu'après une simple manœuvre informatique, l'employée d'un agent général, a pu déclarer à son profit un total de cent vingt sept sinistres, en moins de deux ans. La particularité de cette utilisation frauduleuse des secrets de gestion propre à l'entreprise, est qu'elle a permis l'indemnisation de prothèses dentaires versées sur le compte personnel de la salariée, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 juin 2003, n° 00-22.626.

<sup>1049</sup> CA Paris, 13 février 1990.

dossier du souscripteur, mais aussi à l'information déterminante et confidentielle de la survenance du décès de l'assuré. Si au surplus, la modification informatique peut être faite manuellement, aucune barrière ne peut s'élever contre une telle utilisation frauduleuse des secrets des assurés, dont la simplicité nous semble déconcertante.

**737.** Mais il est possible de relever des manœuvres encore plus graves lorsque plusieurs mandataires, exerçant des fonctions différentes au sein d'une même entreprise, s'accordent en secret au détriment de leurs mandants, les compagnies d'assurances. Leurs connaissances cumulées du fonctionnement interne de l'entreprise et des secrets des assurés, leur permettront de les détourner et de dissimuler leurs manœuvres sous les apparences d'une irrégularité de gestion qui recouvre en réalité une escroquerie organisée<sup>1050</sup>.

Les mandataires sont en mesure de s'approprier les secrets librement consentis dans l'intérêt d'une relation contractuelle saine, pour vicier toute la relation d'assurance.

## 2 - Le détournement des secrets de l'assuré

**738.** En tant que lien entre l'assureur et l'assuré, certains intermédiaires sauront habilement tirer parti de leur situation privilégiée en maintenant certains faits secrets envers chacune des deux parties. La manœuvre consiste à laisser croire à l'assuré qu'un contrat résilié est toujours valide, ce qui permet au mandataire de percevoir des primes qui ne correspondent plus à la contrepartie contractuelle escomptée, et à donner du crédit à ce détournement en délivrant de fausses attestations d'assurances<sup>1051</sup>.

**739.** Le courtier n'est pas exempt de telles manœuvres, en effet, il peut également se voir confié par l'assureur la mission de percevoir les primes afférentes aux contrats qu'il place. Il est alors le mandataire de l'assureur, et cette position privilégiée lui permettra d'encaisser des primes alors que le contrat était suspendu ou résilié. En pratique il se substituera de manière officieuse à l'assureur, en indemnisant aux 'assurés' des petits sinistres pour maintenir l'illusion d'une garantie. C'est seulement lorsque les sinistres sont trop importants, si

---

<sup>1050</sup> Dans une espèce, des agents et des experts ont pu, dans le cadre de leurs activités, créer des dossiers de sinistres partiellement fictifs. Les contrats étaient régulièrement souscrits et les assurés avaient réellement subi un sinistre, mais par un système de majorations fictives, l'assureur a versé des sommes très supérieures au montant réel du dommage. Le surplus du montant effectivement versé à l'assuré, a bénéficié aux seuls mandataires qui du fait de leurs positions, ont pu accéder aux secrets des dossiers des assurés concernant la survenance du sinistre, et aux modalités de paiement de l'assureur. Voir TGI Sens 4 octobre 1990 cité dans les éditions législatives numériques 2007, « *la fraude en assurances* ».

<sup>1051</sup> Les agissements les plus fréquents, concernent le détournement des versements effectués par les assurés qui ne parviendront jamais à l'assureur. C'est ainsi qu'un inspecteur départemental, salarié d'une société d'assurance, avait ouvert un compte en banque à son nom auquel était associé le nom de la compagnie d'assurance. Il lui a suffi d'encaisser les chèques des assurés, pour lesquels, il ne faisait aucun doute que les sommes allaient être versées à leur assureur, CA Lyon 24 mars 1987, RGAT 1987, p. 292 ; et plus récemment, Cass. crim., 22 janvier 2003, n° 02-83.082.



plusieurs 'assurés' actionnent la garantie en même temps, ou si le montant des dommages est trop élevé, que le secret sur ses agissements aura vocation à être révélé.

Ces différentes formes de détournement et d'utilisation des secrets, se font au détriment des mandants, et pourront être sanctionnées à ce titre.

## B - La sanction du détournement des secrets par les mandataires

**740.** Plusieurs sanctions sont envisageables sur le plan pénal pour escroquerie<sup>1052</sup> ou abus de confiance<sup>1053</sup>, mais c'est au fondement civil que nous allons nous attacher, en observant les moyens permettant de retenir la responsabilité de l'assureur pour le fait de ses salariés (1), et les faits justificatifs dont il pourra se prévaloir (2).

### 1 - La recherche du fondement de la responsabilité de l'assureur

**741.** Il ne fait aucun doute que les formes de détournement de secret sont en priorité du fait des mandataires de l'assureur, victime d'une fraude d'origine interne. Ces utilisations frauduleuses des secrets sont rendues possibles par l'assureur qui met à disposition les moyens d'accès aux dossiers personnels des assurés. Il nous faut nous attacher aux fautes des intermédiaires qui passeront des actes à l'insu de leur employeur pouvant constituer des fautes détachables de leurs fonctions<sup>1054</sup>.

**742.** Il s'agit de déterminer si l'assureur peut engager sa responsabilité du fait des manquements des personnes dont il doit répondre. Lorsque les fautes sont commises par les salariés lors de l'exercice de leur fonction « Il est normal que la compagnie réponde dans les conditions de la responsabilité de l'employeur du fait de ses préposés, dans l'exercice de leurs fonctions »<sup>1055</sup>. Mais il reste à déterminer dans quelles conditions la responsabilité de l'assureur peut être engagée.

**743.** La difficulté est de savoir s'il est possible d'engager la responsabilité de l'assureur du fait de ses commettants, pour des actes détachables de leurs fonctions. Dans une espèce déjà

---

<sup>1052</sup> Article 313-1 du Code pénal « L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique, ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs, ou un bien quelconque... » V. pour un inspecteur d'assurance à l'encontre duquel était retenu un abus de qualité vraie permettant de caractériser l'escroquerie Cass. Crim., 9 avril 1857, S.1857.1.610.

<sup>1053</sup> Article 314-1 du Code pénal « L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé... ». C'est le fondement retenu pour les détournements opérés par des manipulations informatiques, TGI Paris 12 octobre 1988, JCP 1989, II, 21253, note Devèze.

<sup>1054</sup> Nous avons déjà envisagé les conditions de mises en œuvre de la responsabilité de l'assureur pour les fautes commises par les intermédiaires agissant en tant que mandataires, lors de l'étude de la responsabilité soulevée en cas de manquement à l'obligation de renseignement. V. infra n° 632.

<sup>1055</sup> « La distribution du contrat d'assurance », op. cit. n° 250.

évoquée<sup>1056</sup>, le détournement portait sur les paiements effectués par les assurés à un mandataire qui versait ces sommes sur son compte personnel, alors qu'il avait été, depuis les faits, révoqué pour des faits distincts de ces malversations. La jurisprudence s'est montrée très indécise sur ce point, la divergence étant très nette entre les chambres civiles et la chambre criminelle de la Cour de cassation qui ne retient pas la responsabilité de l'assureur<sup>1057</sup>.

Mais cette position présente le désavantage de faire peser le préjudice du détournement sur les épaules de l'assuré, alors qu'il pouvait légitimement croire que le mandataire représentait l'assureur, ne serait ce qu'en application de la théorie de l'apparence. Le secret était opposé aux contractants, mais seul l'assuré devait en subir les conséquences. Ce qui à terme pouvait détruire la confiance nécessaire devant être accordée à tous les intermédiaires de l'assureur, et donc nuire à toute la relation d'assurance.

**744.** Il appartenait à l'assemblée plénière de dégager le principe applicable en matière de responsabilité du fait des fautes du mandataire, certes détachables de leurs fonctions, mais qui n'ont été possibles que parce qu'ils agissaient au nom et pour le compte de l'assureur. Ce dernier ne pouvait donc être purement et simplement écarté des débats. C'est ce que retiendront les juges en posant le principe selon lequel, l'assureur ne pourra s'exonérer de sa responsabilité « que si son préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions ». Le détournement de fonds dont s'est rendu coupable l'intermédiaire concernant des versements remis « dans l'exercice de ses fonctions (...) la compagnie d'assurance ne s'exonérait pas de sa responsabilité civile »<sup>1058</sup>.

Dès lors, tout dépend des conditions dans lesquelles les actes frauduleux ont été passés, s'ils sont commis à l'insu de l'assureur, mais avec les moyens mis à la disposition du salarié pour exercer sa fonction, alors même qu'il ne l'exerçait plus, la responsabilité de son employeur sera retenue<sup>1059</sup>.

Mais ce n'est pas un principe de responsabilité général, et l'assureur pourra sous certaines conditions être exonéré de toute responsabilité.

---

<sup>1056</sup> CA Lyon 24 mars 1987, RGAT 1987, p. 292 op. cit.

<sup>1057</sup> La Cour d'appel n'avait retenu qu'une responsabilité partielle de la compagnie d'assurance, ne tenant compte que des premiers versements, c'est-à-dire ceux perçus alors qu'il était encore employé de la compagnie. Lors du pourvoi, la chambre criminelle ne retient pas la responsabilité de l'assureur, au motif que le préposé avait agi sans autorisation et à des fins étrangères à ses fonctions. Ce qui ressort de la stricte application de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre (...) les commettants, du dommage causé par leurs préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés... ». V. Cass. crim., 15 mai 1986, RGAT 1986, p. 629, note Pauffin De saint Morel.

<sup>1058</sup> Cass. Ass. Pl. 19 mai 1988, RGAT 1988, p.148.

<sup>1059</sup> Cass. crim., 31 octobre 2007, n° 07-82.035.

## 2 - Les faits exonérant l'assureur de sa responsabilité

**745.** La faute est liée au lien de subordination rattachant l'employé à l'employeur. C'est ce principe qui limite l'étendue de la responsabilité de l'assureur. En effet, il est d'usage que les agents employés par l'assureur emploient eux-mêmes des préposés. L'assureur peut être déclaré responsable des agissements frauduleux commis par ses commettants, mais ceux commis par les préposés de ses agents ne pourront lui être imputés. La solution retenue par la chambre criminelle, dispose que lorsque « les faux ont été commis par le préposé à l'occasion et pendant le temps de travail avec des moyens mis à sa disposition ... il n'a pas agi hors de ses fonctions »<sup>1060</sup>, dès lors, seule la responsabilité de l'agent de l'assureur pourra être engagée pour les faits de ses commettants.

**746.** De même que l'assuré n'est pas exempté d'une obligation de vigilance. En effet, la jurisprudence retient la responsabilité de l'assureur, en partie sur le fondement de la théorie de l'apparence<sup>1061</sup>. Dès lors, si l'assuré veut obtenir gain de cause, les circonstances de la fraude doivent démontrer qu'il a pu légitimement croire que l'employé était mandaté par l'assureur<sup>1062</sup>.

**747. Conclusion section 1 :** En présence de tiers liés au contrat, le secret est légitimé et s'imposera aux parties, et ce, dans des conditions qui n'auraient pas été acceptables dans le cadre des relations nouées entre les deux cocontractants. De manière générale, toutes les manœuvres des intermédiaires faisant un usage du secret de nature à créer un préjudice à l'un des cocontractants sera imputé à leur mandant. Ce dernier répond des détournements frauduleux des secrets qui lui ont été confiés, même indirectement. De même que le secret partagé avec des tiers parties au contrat tempèrent les effets '*dévastateurs*' du secret immiscé dans le contrat, en ce que l'assuré qui aura partagé ses secrets n'encourra pas systématiquement la nullité du contrat. Plus le secret circule, plus il sera réputé avoir été régulièrement déclaré.

## Section 2 - Le secret et les tiers occultes bénéficiaires d'une prestation d'assurance

**748.** C'est à dessein que nous utilisons le terme '*occulte*' dans le sens de caché ou d'inconnu, tel qu'il est utilisé dans le champ sémantique du secret. La catégorie des tiers que nous

---

<sup>1060</sup> Cass. crim., 23 juin 1988, RGAT 1988, p. 148.

<sup>1061</sup> H. Groutel « *La distribution d'assurance* » op. cit. n° 251.

<sup>1062</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 octobre 2007, n° 06-16.520.

envisageons correspond à un tiers absolu à la relation d'assurance et dont la présence peut être envisagée sous deux aspects. Il y a les tiers occultes qui pourront bénéficier de la manière la plus légitime qui soit à une indemnité d'assurance, c'est le tiers victime (**Sous section 1**). Et le tiers occulte seulement connu de l'assuré, dont les agissements influenceront sur le versement de la garantie en toute illégalité (**Sous section 2**).

## Sous section 1 - Le tiers victime bénéficiaire légitime d'une indemnité d'assurance

**749.** En assurance de responsabilité, « l'assuré est celui sur la tête duquel pèse le risque de responsabilité, et la victime n'est qu'un tiers, au surplus inconnu au moment de la souscription du contrat »<sup>1063</sup>. Ce n'est que lors de la survenance du sinistre que ce tiers s'imposera dans la relation d'assurance, en vue de l'obtention du dédommagement qui lui est dû, et suscitera l'émergence de secrets au sein de la relation contractuelle. À cet effet, il est nécessaire de préciser que la relation d'assurance emporte l'exigence d'une cohésion entre les cocontractants, fondée sur une communauté d'intérêt quand survient le dommage. L'assuré doit pouvoir se fier à son assureur pour défendre ses intérêts, et l'assureur doit être en mesure de se fier à la collaboration étroite de l'assuré quand au règlement du litige inhérent à la survenance du sinistre.

Face à cette nécessaire cohésion, le tiers victime doit être protégé des secrets qui pourraient mettre en péril son droit d'indemnisation (§1). Mais ce tiers peut aussi être à l'initiative du secret qu'il pourrait partager tant avec l'assureur que l'assuré, en vue de favoriser un accord confidentiel conclu au détriment de leur cocontractant (§2).

### *§1 - Le tiers victime et le secret partagé entre les cocontractants*

**750.** Le tiers victime est protégée de tous les secrets susceptibles de l'exclure de la garantie (A). Mais il se verra opposer toutes les clauses contractuelles de nature à influencer sur le versement de la garantie, même s'il pouvait légitimement les ignorer (B).

#### A - Le tiers victime protégé dans son droit à réparation

**751.** Le tiers victime ne peut donc être évincé par les cocontractants qui lui opposeraient le secret sur les modalités du versement de la garantie (1). Afin de préserver ses intérêts, il peut agir directement contre l'assureur pour obtenir la réparation de son dommage (2).

---

<sup>1063</sup> Y. Lambert Faivre et L. Leveneur « Droit des assurances » op. cit. n° 206.

## 1 - le tiers victime protégé du secret pesant sur le versement de la garantie

**752.** La victime n'est pas partie au contrat. Elle est bénéficiaire de la prestation d'assurance à hauteur du montant de la réparation intégrale de ses préjudices, et ce, de part la seule volonté du législateur. L'article L. 124-3 du Code des assurances prévoit expressément que « l'assureur ne peut payer à un autre que le tiers lésé tout ou partie de la somme due par lui, tant que ce tiers n'a pas été désintéressé, jusqu'à concurrence de ladite somme, des conséquences pécuniaires du fait dommageable ayant entraîné la responsabilité de l'assuré ».

L'assureur qui verserait en secret le montant de l'indemnité directement à l'assuré qui a causé le dommage, verrait sa responsabilité engagée vis-à-vis du tiers victime. Ces derniers bénéficient de dispositions légales leur permettant d'accéder au dédommagement de tous leurs préjudices nés de la faute de l'assuré, au besoin en exerçant une action directe contre l'assureur.

## 2 - le tiers victime protégé par l'exercice d'une action directe à l'encontre de l'assureur

**753.** Le droit de la réparation à laquelle peut prétendre la victime, est fondé sur une créance qu'il détient à l'encontre de l'auteur du dommage qui est l'assuré. Très longtemps, la créance n'était reconnue que si la responsabilité de l'assuré était retenue, en application des principes de la responsabilité civile. C'est ainsi qu'avant tout préalable, le tiers lésé devait exercer une action contre l'auteur de son préjudice. Ce n'était que si sa responsabilité était retenue que le tiers pouvait exercer au choix<sup>1064</sup>, une action indirecte envers l'assuré qui appelait son assureur en garantie, ou une action directe exercée contre l'assureur de l'auteur du dommage, pour obtenir la réparation de son préjudice. Le tiers victime était donc contraint s'il voulait obtenir réparation, d'exercer au minimum deux actions en justice.

**754.** La jurisprudence a validée la recevabilité de l'action directe exercée contre l'assureur<sup>1065</sup> bien avant qu'elle ne soit consacrée par le législateur<sup>1066</sup>. Cela permet au tiers

---

<sup>1064</sup> Cependant en assurance automobile obligatoire, et en vertu de l'application de l'article R. 421-7 du Code des assurances, la victime n'a pas ce choix, il est tenu de cumuler l'exercice de ces deux actions, directe et indirecte, en prévision de l'intervention ultérieure du fonds de garantie.

<sup>1065</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 novembre 2000, n° 97-22. 582.

<sup>1066</sup> L'article L.124-3 du Code des assurances prévoit que « le tiers lésé dispose d'un droit d'action directe à l'encontre de l'assureur garantissant la responsabilité civile de la personne responsable ». Cet article est issu de la loi n° 2007-1774 du 17 décembre 2007 (JO 18 déc. P. 20354) qui transpose la cinquième directive n°2005/14/CE relative à l'assurance automobile.

victime d'actionner directement l'assureur sans avoir à mettre en cause l'assuré. Une décision dont l'approbation unanime<sup>1067</sup> démontrait la nécessité de faciliter le versement de l'indemnisation, tout en favorisant une relation directe entre la victime et l'assureur qui devra la dédommager. Avec l'action directe, l'assureur ne peut plus ignorer le tiers victime, ni verser en secret la garantie prévue directement à l'assuré. Mais la protection du tiers victime est rendue plus fragile quand elle se voit opposer des dispositions contractuelles influant sur le versement de la garantie, et qui à son égard, sont des secrets, puisqu'elle n'en a jamais eu connaissance.

#### B - L'opposabilité des clauses influant sur l'obtention de la garantie

**755.** Le contrat nous l'avons vu, comporte des clauses spécifiques permettant de limiter la garantie. L'assuré qui a pris connaissance du contrat, est en mesure de savoir si les circonstances de la réalisation du risque sont conformes aux conditions prévues pour l'obtention de la garantie, et si son comportement est de nature à compromettre le versement de la garantie. Pourtant, le tiers victime n'a pas connaissance de ces conditions de garanties, ni des mesures préventives mises à la charge de l'assuré<sup>1068</sup> qui lui a causé son préjudice. Cela signifie que les clauses limitatives de garantie, d'exclusions de risques ou de déchéances pouvant mettre en péril le versement de la garantie pourront valablement remettre en cause l'indemnisation de leur préjudice, même si ces faits étaient légitimement ignorés de la victime.

**756.** L'opposabilité des clauses contractuelles aggravant, limitant, voire excluant les conditions de garantie, envers les tiers victimes<sup>1069</sup> permet à l'assureur de ne pas indemniser le préjudice du tiers lésé, toutes les fois que l'assuré auteur du dommage n'avait pas respecté une obligation contractuelle mise à sa charge. Une solution qui permet certes à l'assuré de prendre la mesure de sa responsabilité et de l'étendue de son acte, en ce qui lui incombe l'obligation d'indemniser les préjudices causés. Mais qui présente aussi le désavantage de laisser le tiers victime supporter les défaillances de l'auteur du dommage si l'assuré était insolvable.

**757.** En définitive, le comportement de l'assuré sanctionné par des clauses spécifiquement prévues à cet effet dans un contrat, pourra nuire à toute les victimes potentielles qui n'en connaissent ni l'existence ni le contenu, conformément à l'effet relatif des contrats. Le secret

---

<sup>1067</sup> V. le rapport de la Cour de cassation 2000, p. 409 et le commentaire de J. Kullmann, RGDA 2000, p. 1108.

<sup>1068</sup> V. supra n°301 et suivant.

<sup>1069</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 novembre 1978, D. 1979.194, 2<sup>ème</sup> espèce, obs. C. J. Berr et H. Groutel.

liant l'assureur et son assuré est opposable au tiers victime, et lui ôte toute chance d'accéder à une réparation légitime si l'assuré était insolvable.

**758.** La jurisprudence n'assouplit les effets du secret dissimulant les conditions de l'obtention de la garantie que dans le cas très spécifique des clauses dites de « claim's made »<sup>1070</sup>. Cette solution pose le principe de l'inopposabilité des clauses litigieuses du contrat d'assurance<sup>1071</sup>, qui n'emporteront aucun effet sur la prise en charge de l'indemnisation du tiers victime par l'assureur<sup>1072</sup>. Cette position présente l'avantage de rendre inopposable tous les secrets pouvant exister entre l'assureur et l'assuré, mais aussi de faire peser le risque de l'insolvabilité de l'assuré sur les seules compagnies d'assurances qui auront le temps et les moyens d'obtenir la réparation de leur préjudice<sup>1073</sup>. Mais cela reste une exception.

**759.** Le principe est que le secret survenu pendant, ou au terme de l'exécution du contrat, est opposable au tiers qui peut voir sa réparation limitée ou exclue du fait des manquements contractuels de l'assuré. Le tiers victime n'est que partiellement protégé des secrets entretenus par les cocontractants, mais qu'en est-il de la protection des cocontractants vis-à-vis des secrets pouvant exister entre le tiers victime et l'une des parties du contrat d'assurance ?

## *§2 - les cocontractants protégés du secret partagé avec le tiers victime*

**760.** Il est envisageable que l'un des cocontractants se rapproche du tiers victime afin de négocier avec lui un accord sur les modalités de la réparation pouvant lui être versée. Et ce, au détriment de l'autre partie au contrat. C'est pour éviter tout risque de collusion, que les

---

<sup>1070</sup> Cette décision est intervenue dans le cadre de la validité des clauses limitatives de la garantie dans le temps, En l'espèce, l'assureur refusait la garantie au motif que la déclaration de sinistre n'avait pas été faite dans les délais prévus au contrat, qui par ailleurs était venu à expiration. Les juges ont alors admis que la réclamation de la victime pouvait intervenir après l'expiration de la police, si le dommage avait eu lieu en cours de validité du contrat, la garantie était due, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 avril 1984, JCP G 1985, II, 20509, note G. Durry (1<sup>ère</sup> espèce). Voir à ce propos, H. Groutel *Propos divers au sujet de la garantie dans le temps*, RCA 1994 chr. n°18 ; Y. Lambert Faivre, *Le sinistre en assurance de responsabilité et de garantie de l'indemnisation des victimes*, RGAT 1987, p.193.

<sup>1071</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 décembre 1990, n° 88-12.863 (9 arrêts rendus le même jour avec la même motivation retenue) « la stipulation de la police selon laquelle le dommage n'est garanti que si la réclamation de la victime... a été formulée au cours de la validité du contrat, aboutie à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable...cette stipulation doit en conséquence être réputée non écrite ». voir sur ce point, chron. H. Groutel *L'extermination des clauses limitatives dans le temps de la garantie des assurances de responsabilité*, RCA 1991 op. cit.

<sup>1072</sup> H. Groutel *La présence de la victime à l'instance en nullité du contrat d'assurance*, RCA 1993chr. n°2.

<sup>1073</sup> Voir l'article de M. A. Peano *Un souci de cohérence dans la jurisprudence relative à l'étendue de la garantie dans le temps*, Resp. civ. et assur. 1996.3. et la chron. de Y. Lambert Faivre, *La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité : fondement et portée de la nullité des clauses « réclamation de la victime »* D. 1992.13

négociations engagées avec les tiers ayant subi des préjudices par la faute de l'assuré, sont strictement encadrées par le législateur.

Il serait faux de penser que l'entente secrète ne peut être envisagée qu'entre l'assuré auteur d'un dommage et du tiers victime (B). L'assureur est également en mesure d'opérer un rapprochement tendant à la préservation de ses intérêts dont pourrait être exclus l'assuré (A).

A - La prévention d'une entente secrète entre le tiers lésé et  
l'assureur

**761.** L'assureur mis en mesure de traiter directement avec la victime à laquelle il doit verser la garantie, peut mener des négociations qui favoriseront sa position au détriment de celle de l'assuré (1) une possibilité qui pourra s'avérer préjudiciable si l'assureur avait gardé secrète son intention de lui opposer la déchéance de la garantie (2).

1 - Le droit de négocier directement avec la victime

**762.** Lors de l'indemnisation du tiers victime, l'assureur intervient pour préserver ses intérêts et ceux de son assuré. Il lui appartient de négocier directement avec la victime et de déterminer le montant de sa garantie (a) ce qui laisse supposer qu'il est également en mesure d'entretenir un secret sur l'étendue de la garantie qu'il entend verser (b).

a - *L'existence d'une communauté d'intérêts entre l'assuré et  
l'assureur*

**763.** Le tiers victime n'a vocation à intervenir en assurance de responsabilité, que lors de la survenance d'un sinistre. C'est une situation de '*crise*' que maîtrise parfaitement l'assureur, qui loin de céder à un mouvement de panique, aura une conscience aiguë des intérêts de son assuré, surtout quand ils rejoignent les siens. En effet, d'un point de vu pécuniaire, c'est à lui qu'il incombera de dédommager la victime. Cette communauté d'intérêts emporte la nécessité pour l'assuré de faire confiance à son assureur en lui laissant le soin de gérer ses intérêts face au tiers victime, et de mener les négociations.

**764.** Il est d'usage que l'assureur prenne l'initiative de transiger avec le tiers victime, c'est un cas de figure spécialement prévu par des clauses contractuelles<sup>1074</sup>, qui lui permettent d'agir sans la présence de l'assuré<sup>1075</sup>. Le secret ne porte pas ici sur l'existence d'une transaction mais sur son contenu. Il nous faut ici envisager l'hypothèse selon laquelle, l'assureur va conclure un accord tendant à engager l'assuré au-delà de la garantie, mais sans l'en informer.

---

<sup>1074</sup> Ces clauses accordant à l'assureur les moyens de transiger, sont couramment utilisées et appelées soit clause de 'défense-recours', de clause 'recours' ou de clause 'défense'.

<sup>1075</sup> Si de telles clauses ne figurent pas au contrat la transaction est inopposable à l'assuré qui devra être présent lors de toutes discussions avec le tiers victime.



## *b - Le droit d'engager l'assuré au-delà de la garantie*

**765.** Le secret envisagé serait l'effet de surprise auquel devra faire face l'assuré, au moment où il prendrait connaissance de l'obligation qui lui est faite de dédommager personnellement le tiers victime. Cela est possible si l'assureur donne son accord pour une indemnisation d'un montant supérieur au plafond de garantie fixé par la police, le surplus étant laissé à la seule charge de l'assuré. Après quelques hésitations<sup>1076</sup>, les juges ont admis la validité d'une telle transaction sur le fondement du mécanisme de la représentation<sup>1077</sup>. En effet, la transaction prévue par une clause spécifique, permet à l'assureur de représenter l'assuré et donc de l'engager valablement, même au-delà du plafond de garantie initialement prévu dans la police.

**766.** Le secret des négociations menées par l'assureur directement avec la victime, emporte des conséquences dont la gravité ne pourra être limitée, que si une faute grave peut être relevée à son encontre. En application des principes directeurs du contrat de mandat<sup>1078</sup>, ce n'est que si le mandataire commet une faute lors de l'exécution du mandat, que l'assuré-mandant pourra exercer une action en réparation.

**767.** Cependant il sera très difficile de faire valoir une faute permettant à l'assuré de se soustraire de son obligation d'indemnisation. La jurisprudence, n'envisage la faute que de manière très restrictive, et ne considère pas le fait d'engager l'assuré au-delà du montant de garantie, comme étant une faute permettant d'engager la responsabilité personnelle de l'assureur<sup>1079</sup>. Le secret étant couvert par le mécanisme de la représentation, l'assuré sera tenu d'assumer les obligations souscrites, pour son compte et en son nom, au cours de transaction à laquelle il n'a pas pris part. Une autre forme de secret bien plus préjudiciable à l'assuré peut survenir si l'assureur entend opposer une exclusion de garantie à l'assuré après avoir mené les négociations à leurs termes.

## **2 - Le secret sur le paiement effectif de la garantie**

**768.** Le secret le plus insidieux car détenu seulement par l'assureur est l'hypothèse selon laquelle il mènerait une transaction tout en ayant l'intention d'opposer à l'assuré une exclusion de garantie. Si l'assureur décidait par avance de laisser l'assuré assumer seul la

---

<sup>1076</sup> Les juges ont dans un premier temps retenu que si le montant arrêté au cours des transactions était supérieur au montant prévu dans la police, l'assureur était engagé par les termes de l'accord qu'il a conclu et devait prendre en charge les sommes convenues, voir CA Nancy, 8 janvier 1951, RGAT 1951, p.179, note A.B.

<sup>1077</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 décembre 1979, RGAT 1980, p. 401, obs. note AB.

<sup>1078</sup> Article 1984 et suivant du Code civil.

<sup>1079</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 19 décembre 1979, op. cit. En l'espèce il était avéré que le montant accordé par l'assureur au cours de la transaction avec la victime correspondait au montant du préjudice réel.

réparation de la victime, cela briserait toute communauté d'intérêts entre eux. La gravité d'un tel secret permet que l'assureur soit dans ce cas précis évincé des négociations.

**769.** Nul doute que si l'assuré avait été en mesure de savoir que la transaction menée en son nom et pour son compte, impliquait à son égard l'obligation de supporter seul le versement des indemnités fixées, il aurait préféré participé à des négociations dont il avait été tenu à l'écart. Une telle situation exacerbe les côtés obscurs du secret, en revêtant cette transaction d'une méfiance dont l'assureur pourra difficilement se départir.

**770.** C'est une contradiction préjudiciable à l'assuré que certains auteurs ont relevé très tôt<sup>1080</sup>. À cet effet, l'assureur qui prend l'initiative de formaliser un accord avec le tiers victime est supposé renoncer aux clauses d'exclusions de garantie prévues au contrat. Le secret maintenu sur les intentions réelles de l'assureur est neutralisé par le mécanisme de la renonciation tacite.

**771.** Dès lors, soit l'assureur transige avec la victime et il sera supposé avoir renoncé aux exceptions de garanties prévues au contrat, ce qui l'engagera à hauteur du plafond de la garantie. Soit l'assureur indique dès la survenance du sinistre son intention de soulever une exception de garantie et il perd de ce fait tout droit de mener toute transaction avec la victime<sup>1081</sup>. Cela suppose que l'assuré transige seul avec elle<sup>1082</sup>. Mais l'assureur ne peut dissimuler au cours de la négociation son intention de ne pas procéder à l'indemnisation de la victime. L'assuré est également susceptible d'opérer un rapprochement avec le tiers, afin de favoriser sa situation contractuelle au préjudice de l'assureur.

## B - Les effets d'une négociation secrète entre le tiers victime et l'assuré

**772.** Il nous faut envisager le cas d'une entente possible entre le tiers<sup>1083</sup> et l'assuré qui, conscient d'avoir causé un dommage, peut ressentir les prémisses d'une culpabilité, pouvant l'inciter à reconnaître des torts, ou à proposer une indemnisation allant au-delà du préjudice réel, et ce, au mépris des intérêts de l'assureur (1). L'entente secrète n'est pas nécessairement

---

<sup>1080</sup> C. J. Berr et H. Groutel, *Une coexistence difficile : clause de transaction et clause de déchéance dans l'assurance de responsabilité*, D.1971. 121.

<sup>1081</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 Juin 1976, RGAT 1977, p. 205.

<sup>1082</sup> Cependant certaines décisions semblent ne pas relever cette contrariété d'intérêt et permettent à l'assureur qui invoque une déchéance de mener des transactions pour le compte de l'assuré sur le fondement de la gestion d'un mandat s'il n'engage le géré d'affaire que dans des limites raisonnables et utiles pour l'assuré ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 décembre 1954, Bull. civ. I, n° 363.

<sup>1083</sup> Si l'on considère les tiers absolus au contrat, il nous faut distinguer la situation du tiers victime qui elle, est une 'vraie' victime, de la situation du tiers victime qui n'a subi aucun dommage. Nous évoquerons supra n° 780 la situation d'une collusion frauduleuse entre le tiers absolu et l'assuré qui se connaissent et dont les manœuvres s'exécuteront au préjudice de l'assureur.

frauduleuse et peut partir d'un bon sentiment de la part de l'assuré soucieux de réparer ses torts. Mais la conclusion d'une transaction exécutée sans la présence de l'assureur, aura toutes les apparences d'une négociation secrète qui de ce seul fait, ne liera que l'assuré (2).

#### 1 - L'inopposabilité d'une transaction secrète nouée entre l'assuré et le tiers victime

**773.** L'entente secrète pouvant se créer entre le tiers victime et l'assuré tend principalement pour ce dernier à reconnaître sa culpabilité, ou à négocier un arrangement direct avec la victime, ce qui ne permettrait plus à l'assureur de défendre ses intérêts en justice. De ce fait, ces ententes secrètes ont été strictement encadrées (a) avant d'être sanctionnées très sévèrement (b).

##### *a - Les enjeux d'une reconnaissance de culpabilité secrète*

**774.** La reconnaissance de culpabilité est un aveu qui liera nécessairement l'assureur aux dires de l'assuré. Il lui sera de ce fait difficile de faire valoir un partage de fautes, ou de mettre à la charge du tiers une faute exclusive du dommage, seules conditions permettant à l'assureur de verser une indemnité bien moindre, compte tenu de la répartition des torts. En avouant être l'auteur du dommage, le versement de la garantie intégrale est inéluctable. Très tôt<sup>1084</sup> les assureurs ont tenté d'encadrer, sous peine de déchéance, ces élans d'aveu volontaire, par le biais de clauses contractuelles. Ces clauses ont été dans un premier temps déclarées nulles, comme entravant la manifestation de la vérité et donc, contraire à l'ordre public<sup>1085</sup>, avant d'être déclarées valides au nom de la liberté contractuelle<sup>1086</sup>.

**775.** C'est à l'issue d'un compromis, comme seule la jurisprudence sait le faire, qu'est reconnue la validité de telles clauses, mais seulement si elles interdisent une reconnaissance de responsabilité mensongère<sup>1087</sup>. L'assureur ne pouvait empêcher l'assuré de reconnaître sa responsabilité, mais, seulement l'empêcher de mentir sur les conditions réelles de la survenance du sinistre. Cependant cette solution ne fait que confirmer le droit déjà existant, puisque l'assureur peut faire annuler le contrat pour fausse déclaration de sinistre<sup>1088</sup>. La clause ne permet donc pas d'atteindre l'objectif réellement recherché.

---

<sup>1084</sup> Voir P. Veaux-Fournerie, « Règles particulières à l'assurance de responsabilité - Communauté d'intérêts entre assureur et assuré » JCN Responsabilité civile et assurance, fascicule 511-5, n° 5.

<sup>1085</sup> CA Paris, 8 novembre 1929, S. 1930, 2, deuxième espèce, p. 82.

<sup>1086</sup> CA Besançon, 2 juillet 1928 ; S. 1930, 2, première espèce, p. 82.

<sup>1087</sup> Cass. req. 12 juillet 1932, Gaz. Pal. 1932, 2, p.636.

<sup>1088</sup> Voir supra n°399.

Il était impératif que soit reconnue la validité des clauses d'interdiction de reconnaissance de culpabilité, seul moyen permettant à l'assureur de se ménager une liberté d'action au sein du prétoire, en remettant en cause la responsabilité pouvant être retenue à l'encontre de son assuré.

*b - L'impossibilité pour l'assuré de traiter directement avec le tiers victime*

776. C'est l'intervention du législateur de 1930, qui consacre et encadre le principe des clauses interdisant toutes transactions directement menées entre l'assuré et le tiers victime, ou toute reconnaissance de la responsabilité par l'assuré<sup>1089</sup>. Le législateur approuve la démarche de l'assureur qui, par le biais d'une clause explicite, limiterait les possibilités d'une concertation secrète entre l'assuré et le tiers victime. Pour cela, le mécanisme est assez simple, l'assureur doit être présent lors de toute transaction<sup>1090</sup>. Toute reconnaissance de responsabilité ou d'entente, même tacite, sans la présence de l'assureur lui seraient inopposables<sup>1091</sup>.

777. Néanmoins, certains '*comportement équivoque*' de l'assuré, seront assimilés à une reconnaissance tacite de responsabilité. Tel que prendre en charge de la victime sur les lieux de l'accident, ou de la visiter à l'hôpital<sup>1092</sup>. De même que l'assuré pourrait être trompé par un tiers victime qui saisissant l'opportunité de la survenance du sinistre, aurait la présence d'esprit de convaincre l'assuré de l'importance de sa responsabilité, soit en se déclarant grièvement blessé, soit en lui imputant un sinistre antérieur. La survenance du sinistre

---

<sup>1089</sup> Selon l'article L. 124-2 du Code des assurances « l'assureur peut stipuler qu'aucune reconnaissance de responsabilité, aucune transaction intervenues en dehors de lui, ne lui sont opposables ». La volonté du législateur n'est pas d'imposer de telles clauses aux parties contractantes mais de reconnaître leurs validités et de limiter leurs effets si elles sont prévues au contrat. Bien entendu, nous pourrions envisager le cas où ces clauses de reconnaissance de responsabilité ne seraient pas prévues dans la police, auquel cas il ne pèserait aucune obligation sur l'assuré.

<sup>1090</sup> La jurisprudence fait une distinction très nette entre les notions de reconnaissance de responsabilité et de transaction qui « implique des concessions réciproques » (selon un arrêt de Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 janvier 1961, Bull. civ., I, n° 43) ; Cependant pour les besoins de notre étude (mais sans pour autant assimiler ces deux notions), il semblait plus plausible que le secret portant sur une reconnaissance de responsabilité ait lieu au cours d'une transaction, elle même maintenue secrète vis-à-vis de l'assureur. C'est à cet effet que les deux notions nous paraissant de ce fait liées sont abordées ici dans le même temps.

<sup>1091</sup> À l'exception toutefois d'une reconnaissance volontaire recueillie dans le cadre d'une procédure juridique au cours d'un interrogatoire, de même que s'il ne serait pas fait appel d'un jugement statuant sur la responsabilité de l'assuré, ou le condamnant au versement de dommages et intérêts. Voir sur ce point A. Picard et A. Besson « *Le contrat d'assurance* » op. cit. n° 367 ; De même que si une décision de justice ne faisait qu'entériner l'aveu de l'assuré auquel il y a lieu de donner acte, l'assureur serait en droit de former une tierce opposition afin de contourner l'autorité de la chose jugée dont serait revêtue la décision, voir sur ce point P. Veaux-Fournerie, JCN op. cit. Fasc. 511-5, n° 15.

<sup>1092</sup> CA Lyon, 8 novembre 1948, voir RGAT 1949, p. 152, note A. B.

exacerbe les émotions telles que la culpabilité ou la crainte, qui permettent de conditionner l'assuré en lui faisant reconnaître des faits qu'il n'a pas commis.

**778.** Si elle a lieu dans de telles conditions, c'est-à-dire sous le coup d'une émotion suite au sinistre, cette entente qui n'aura rien de '*cordiale*' sera inopposable à l'assureur<sup>1093</sup> et sera écartée des débats, ce qui lui permettra d'agir sur le plan juridique<sup>1094</sup>. Il pourra obtenir un partage de responsabilité, afin de diminuer les prétentions de la victime concernant le montant des dommages. Si aucun élément de preuve, autre que l'aveu ne peut être apporté, la responsabilité de l'assuré ne pourra être retenue, et l'assureur n'aura pas à verser d'indemnités. Mais les termes de la négociation secrète emporteront des effets totalement inverses vis-à-vis de l'assuré. Une fois établie, la transaction ne peut plus être neutralisée<sup>1095</sup> et l'assuré qui aura conclu une '*dangereuse alliance*' avec sa victime devra l'indemniser.

## 2 - Les conditions de validité de la transaction secrète vis-à-vis de l'assuré

**779.** L'aveu d'une reconnaissance de responsabilité et les termes d'une transaction secrète lieront l'assuré à la victime. Même si sa responsabilité n'avait pu être retenue juridiquement, il sera tenu de respecter les termes de l'accord qu'il a conclu, sans considération de son état de faiblesse<sup>1096</sup> au moment de la reconnaissance. Il devra selon les dispositions prévues, prendre en charge l'indemnisation totale de la victime<sup>1097</sup>. Mais ce principe ne vaut que pour des faits maintenus secrets envers l'assureur.

**780.** Toute reconnaissance ou transaction connue de l'assureur lui seront opposables. Si l'assureur prend part à une expertise qui servira de fondement à une transaction, il ne sera pas en mesure de se soustraire à son obligation de garantie, car il savait qu'une transaction était en cours<sup>1098</sup>. Ce n'est que si l'assureur ignorait totalement l'existence de pourparlers que l'on pourra considérer cette négociation secrète. Seul le secret maintenu sur une entente ou une déclaration de responsabilité, liera l'assuré au tiers victime. Au sein de la relation triangulaire

---

<sup>1093</sup> L'inopposabilité est une sanction prévue par l'article L.124-2 du Code des assurances qui s'applique toutes les fois qu'une entente est maintenue secrète à l'égard de l'assureur. La déchéance qui était la sanction applicable avant la loi de 1930 n'a pas été retenue exceptée selon la jurisprudence, en cas d'entente frauduleuse entre l'assuré et le tiers victime, une situation qui sera étudiée infra n° et suivant.

<sup>1094</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 février 1964, RGAT 1964, p. 502, obs. A.B.

<sup>1095</sup> Exceptée par un acte de renonciation de l'assureur qui peut décider de prendre en charge les dommages.

<sup>1096</sup> Ce terme est utilisé ici dans un sens différent que la notion d'abus de faiblesse dont fait état le Code pénal. L'état de faiblesse que nous évoquons est attribué au fait qu'en se privant d'un soutien solide en la personne de son assureur il n'a pu être suffisamment conseillé, et par l'intensité psychologique de la survenance du sinistre qui le place à la « merci » de sa victime.

<sup>1097</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 mars 1977, D. 1977. 464, note C.J Berr et H. Groutel ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 février 1989, RCA ( 2<sup>ème</sup> espèce) comm. n° 168.

<sup>1098</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 juillet 1986, RGDA 1986, p. 595, note R. Bout.

composée de l'assureur de l'assuré et du tiers, le secret peut prendre une plus grande ampleur en ce qu'il confine à la fraude lorsque la participation du tiers est non seulement occulte, mais qu'elle procède d'une entente frauduleuse, favorisant le versement indu de la garantie.

## Sous section 2 - Le secret concerté avec le tiers absolu et le versement d'une garantie indue

**781.** Bien que le secret recouvre des notions déjà abordées, il est nécessaire d'évoquer certains tiers absolus qui seront en mesure de peser considérablement sur la relation d'assurance. Sans leur collaboration secrète, les actes relevant de la fraude n'auraient pas pu être commis au préjudice de l'assureur. Le secret porte alors sur un tiers que l'assureur ne connaît pas, mais qui va soit bénéficier indirectement d'une garantie (§1), soit en provoquer le versement indu (§2).

### *§ 1 - le secret concerté et le détournement d'une garantie existante*

**782.** L'entente secrète peut être nouée entre un assuré et un tiers absolu non assuré, qui bénéficiera en apparence de la souscription d'une garantie. Le secret du souscripteur sur l'identité réel du conducteur habituel est un '*grand classique*' en matière d'assurance de véhicule automobile<sup>1099</sup>, qu'il était nécessaire d'aborder au sein d'une étude traitant du secret. Le secret est le fait de l'assuré qui va souscrire à son nom un contrat qui profitera à un tiers.

**783.** Ce sont généralement des tiers très proches de l'assuré qui auront vocation à bénéficier des apparences d'une garantie régulièrement contractée, afin de donner l'illusion qu'ils se conforment aux dispositions législatives. Ces tiers occultes sont donc les bénéficiaires indirects d'un contrat d'assurance. En matière de circulation routière, nous l'avons vu, il est impératif de circuler sur la voie publique au volant d'un véhicule assuré<sup>1100</sup>. L'attestation apposée sur le pare brise, fera preuve de la souscription d'une assurance obligatoire. Cela signifie que toutes les fois que le tiers occulte prend le volant, il donne l'apparence d'être le souscripteur réel du contrat.

**784.** Ces pratiques permettent d'éviter les primes élevées, afférentes à la catégorie des jeunes, ou des mauvais conducteurs, que ces derniers feront souscrire le contrat d'assurance par une personne présentant un profil plus rassurant selon les critères de l'assureur, car présentant un risque moindre. Avec cette garantie, tant que l'accident n'a pas eu lieu, la présentation des

---

<sup>1099</sup> H. Groutel, *Fraus omnia non corrumpit*, RCA 1993 chr. n°4.

<sup>1100</sup> V. supra n° 433.

papiers d'identité n'est pas requise. C'est une situation qui peut donc perdurer dans le temps. Elle est d'autant plus courante qu'elle est simple à mettre en place et difficile à détecter, puisque c'est en général à l'occasion d'un contrôle, ou d'une enquête de police diligentée sur les lieux d'un accident, qui permettra la mise en évidence de la fraude.

**785.** Ce secret est à la limite de la substitution de l'objet du risque et de la fausse déclaration du risque initial que nous avons abordé, mais ce qui nous intéresse ici est la façon dont un tiers absolu sera en mesure d'être intégré de manière officieuse à la relation d'assurance. Le secret intervient dès la déclaration initiale du risque, c'est donc très tôt que l'assuré souscripteur envisage de faire bénéficier à un tiers absolu toutes les apparences du contrat d'assurance. Il ne fait aucun doute que le consentement de l'assureur est vicié entraînant sans aucun doute possible la nullité du contrat d'assurance. L'assuré devra supporter seul les conséquences des dommages occasionnés par ce tiers absolu à la relation d'assurance.

## *§2 - Le secret et la collusion frauduleuse favorisant le versement de la garantie*

**786.** La collusion frauduleuse élaborée pour obtenir le versement de la garantie indue est une situation favorisant tantôt les intérêts du tiers absolu (A) tantôt ceux de l'assuré (B).

A - L'indemnisation d'un tiers absolu favorisée par l'assuré

**787.** L'intervention d'un tiers absolu est un cas d'entente secrète beaucoup plus grave, au cours de laquelle il va bénéficier du produit de la garantie en toute connaissance de cause, et de manière préméditée<sup>1101</sup>. Cela concerne principalement des tiers qui subissent un préjudice réel mais qui ne sont pas personnellement assurés. L'entente avec une personne régulièrement assurée au titre d'une assurance de responsabilité civile, leur permettra d'obtenir la réparation intégrale de leur préjudice. C'est ainsi qu'un tiers ayant cassé ses lunettes pourra se les faire rembourser si un ami, ou un membre de sa famille acceptait de déclarer à son assureur être l'auteur du dommage. Cette simple déclaration suffira pour que l'assureur prenne en charge le sinistre et effectue le versement de la garantie. Ce cas est proche de la substitution de risque<sup>1102</sup>, le tiers est le bénéficiaire d'une garantie à laquelle il n'aurait pu prétendre, à l'insu et au préjudice de l'assureur, s'il n'y avait pas eu d'entente secrète avec l'assuré.

B - L'indemnisation de l'assuré provoquée par un tiers absolu

**788.** Cette hypothèse de secret est très proche de celle d'une entente avec le tiers victime faite au préjudice de l'assureur, à la différence près que la victime n'a pas subi de dommage et

---

<sup>1101</sup> Cass., crim., 8 janvier 1990, n° 87-85.172.

<sup>1102</sup> V. supra n° 279.

qu'elle connaissait l'assuré avec lequel elle a élaboré le sinistre. Le secret envisagé, prend la forme d'une collusion frauduleuse destinée à tromper l'assureur afin d'obtenir le versement d'une prestation induue. L'assureur est alors confronté à une réelle association de malfaiteur, car sans cette entente secrète, l'assuré et les tiers complices n'auraient pas pu obtenir le résultat escompté l'un sans l'autre.

L'aide de ce tiers, pourra être apportée sous la forme d'une participation active en dissimulant l'objet de la garantie pendant un délai nécessaire, ou en établissant une fausse attestation auprès de l'assureur, ou des services de police, en corroborant des faits qui n'ont jamais eu lieu. Cela recouvre toutes les hypothèses selon lesquelles l'obtention de la garantie n'a pu être envisageable qu'à la suite d'un secret préparé et partagé frauduleusement.

**789.** C'est ainsi que le tiers pourra offrir l'alibi parfait à un assuré qui au moment du sinistre sera mis à l'abri de toutes suspicion, principalement s'il n'est pas sur les lieux du sinistre<sup>1103</sup>. La difficulté principale est que ce tiers va '*protéger*' l'assuré car sa mauvaise foi pourra difficilement être démontrée par l'assureur. Le secret met l'assuré à l'abri de toute suspicion. La preuve d'une telle collusion frauduleuse pourra difficilement être démontrée, surtout si ce tiers se présente comme une victime. Même si nous envisageons la possibilité pour l'assureur d'engager une action pénale, elle aura peu de chance d'aboutir si aucune preuve ne peut accréditer la thèse du sinistre volontaire<sup>1104</sup>. La présomption de bonne foi dont bénéficie l'assuré, ne sera renforcée que s'il entretient une entente secrète avec des tiers. Le secret partagé avec un tiers s'avère très préjudiciable à l'assureur en ce qu'il renforce une cohésion face à laquelle il sera démuni faute d'éléments probants.

**790. Conclusion Section 2 :** Le tiers absolu est en mesure de détenir des secrets très préjudiciable à l'équilibre contractuel, et ce, qu'il s'agisse d'un tiers légitime ou illégitime. Les secrets pouvant être opposés aux cocontractants sont très encadrés, et ne peuvent être de nature à nuire aux intérêts des parties, comme la collusion frauduleuse qui elle, sera réprimée systématiquement, mais seulement si elle est prouvée.

**791. Conclusion chapitre 1 :** En présence de tiers les effets du secret semblent s'atténuer tout en créant des situations qui pourront sembler paradoxales. Certains secrets portant sur le risque garanti pourront non seulement être opposables à l'assureur, mais aussi bénéficier d'une protection qui n'est à aucun moment envisagée en matière de risque. En effet,

---

<sup>1103</sup> Cass. crim., 11 mai 1992, n° 91-83.824.

<sup>1104</sup> C'est ainsi que l'incendie volontaire est un cas de sinistre frauduleux typique dans lequel peuvent intervenir des tiers absolus. Si le système de mise à feu n'est pas démontré, le sinistre devra être couvert par l'assureur. Notamment si c'est le locataire d'un local qui fait l'objet de la garantie, puisque la jurisprudence considère qu'à son égard l'incendie revêt tous les critères de la force majeure, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 janvier 2003, n° 01-10.493.



l'assureur pourrait non seulement être obligé de verser la garantie pour tous les faits qui lui ont été dissimulés par ses mandataires, mais aussi engager sa responsabilité s'il était fait un usage prohibé des secrets de l'assuré. Hormis les cas avérés de collusion frauduleuse, la présence du tiers partie ou absolu au contrat, permet sous certains égards d'atténuer les effets du secret viciant le contenu et donc, la validité du contrat.

## Chapitre 2 : La divulgation à des tiers

**792.** En définitive, en recueillant toutes les informations ayant trait à la vie privée de ses assurés, l'assureur accède au rang de confident et de dépositaire privilégié de leurs secrets. Le point qu'il convient d'observer est de savoir si l'assureur peut disposer librement des secrets consentis et donc, s'il peut les révéler à des tiers absolus à la relation contractuelle. Il ne s'agit pas d'envisager ces tiers comme tout un chacun, mais des tiers qui, de par leur relation commerciale avec l'assureur sont des tiers privilégiés et très proche de la '*sphère assurantielle*', telles que les autres compagnies d'assurances.

**793.** L'assureur pourra être partagé entre l'intérêt de la divulgation et l'obligation de la protection du secret, qui de ce seul fait, devient l'enjeu d'intérêts dépassant le cadre de la sphère contractuelle. Mais une telle transmission des secrets des assurés est-elle envisageable ? L'assureur reste dépositaire de nos secrets, il n'en devient pas le propriétaire, à ce titre il lui appartient de protéger ce qui lui a été confié. Certes, il pourra être sollicité afin de dévoiler des informations portant sur les contrats souscrits. Mais cela signifie-t-il que l'assureur doit répondre à toutes les demandes formulées ? Il faudrait pour y répondre, rechercher sur quel fondement l'assureur pourra refuser ou accepter de transmettre ces secrets. L'assureur se voit confier des secrets dans le cadre de la relation contractuelle. En contrepartie l'assuré sera en droit d'imposer une obligation de non révélation de ses secrets les plus intimes, c'est à ce titre que l'assureur pourrait être tenu à une obligation de protection des secrets recueillis (**Section 1**). Mais cette obligation ne pèsera pas sur tous les secrets, d'où la nécessité de mettre en évidence les différentes possibilités laissées à l'assureur de divulguer ce qui lui a été confié (**Section 2**).

## Section 1 : Le fondement de l'obligation de protection des secrets de l'assuré

**794.** Il nous faut dans un premier temps distinguer les mécanismes susceptibles d'imposer à l'assureur un strict respect des secrets confiés sous la forme d'une obligation de protection, ou d'une obligation de non divulgation des secrets de l'assuré <sup>1105</sup>(**Sous section 1**). Et dont l'effectivité ne peut être envisageable qu'en instaurant des mécanismes de protection au sein même de la société d'assurance (**Sous section 2**).

### Sous section 1 - Le droit à la protection du secret

**795.** En assurance, les assurés doivent confier leurs secrets sur le fondement du principe de la loyauté contractuelle dont la réciprocité impose à l'assureur de protéger les révélations qui lui ont été consenties dans le cadre d'un contrat de droit privé (§1). Cette obligation de protection sera renforcée par l'œuvre jurisprudentielle qui y voit une obligation contractuelle accessoire (§2).

#### *§1 - La protection du secret : un principe de loyauté*

**796.** Une analyse de M. Le Tourneau met en valeur l'existence de deux obligations de loyauté distinctes inhérentes au contrat<sup>1106</sup>, qui nous semble parfaitement adaptée au fondement de l'obligation de protection des secrets. En effet, l'obligation de garder un secret, ne peut se départir d'un aspect moral (A), qui trouve un écho favorable dans la loyauté contractuelle qui s'impose aux cocontractants (B).

#### A - La protection des secrets de l'assuré: un devoir moral

**797.** Toute personne qui dévoile ses secrets à la demande d'un tiers et dans un intérêt autre que le sien, s'inscrit dans une démarche de révélation volontaire qu'il semble naturel de protéger. Les confidences recueillies seront recouvertes d'un statut privilégié et protecteur suivant en cela, les préceptes les plus élémentaires de la morale.

---

<sup>1105</sup> Une distinction très nette doit être faite entre ces deux obligations qui ont l'air très proches de par leur contenu, mais qui diffèrent de par le comportement que doit adopter l'assureur. Tandis qu'une obligation de non divulgation ne requiert qu'un comportement passif de l'assureur qui pourra se contenter de garder le silence envers des tiers qui marqueront la volonté d'accéder aux secrets des assurés. Une obligation de protection signifie que l'assureur doit tout mettre en œuvre pour éviter que le secret ne s'échappe hors de la sphère contractuelle.

<sup>1106</sup> L'obligation de loyauté « ... est à la fois un lien (phénomène interpersonnel) et un bien (un phénomène réel), constituant une opération économique. Sous le premier aspect, la loyauté présente un aspect moral : c'est la loyauté du contractant. Mais le second suppose une loyauté contractuelle, une sorte de loyalisme dans son exécution ; elle constitue une norme de comportement »,v. Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit. n° 3675, p. 714.

Dans l'absolu, hormis les cas légaux<sup>1107</sup>, il n'existe pas de 'droit au secret' *stricto sensu*, confier son secret à autrui, ne suffit pas à le contraindre au silence. Le non respect de nos secrets ne pourra être considéré comme une violation pouvant être sanctionné juridiquement. En soi une telle divulgation n'est pas une faute. Le titulaire du secret n'a aucun droit sur son secret. Le secret n'est pas répertorié en droit comme une chose, accordant à son titulaire un droit réel, sur lequel pourrait être exercé un droit de suite et ce, en quelques mains qu'il se trouve. Si le maître du secret n'était pas satisfait de l'utilisation faite de ses révélations, il ne pourra que regretter de s'être confié si légèrement. C'est la raison pour laquelle, aucune appropriation juridique ne peut être envisageable sur le secret, une fois révélé il se transforme en une information quelconque, dont chacun est libre de disposer comme il l'entend<sup>1108</sup>. Aucun lien de droit n'unit le secret à son titulaire, si ce n'est une volonté interne animée par des motifs propres et personnels à chacun. Nul ne peut prétendre détenir un droit exclusif sur ses secrets.

**798.** Ainsi, il nous semble que la protection d'un secret, au sens large du terme, ne peut être dans un premier temps envisagée que sous l'angle d'un devoir moral consistant en une obligation de respecter les confidences qui nous sont faites. Et ce, non pas en vertu d'une règle de droit, mais d'un ressort archaïque et culturel que l'on pourrait traduire par l'adage « ne fait pas à autrui ce que tu n'aimerais pas que l'on te fasse ». La protection du secret s'exerce par un juste équilibre instauré par les nécessités d'une vie en société, et dont l'élaboration procède d'un état de nature : C'est un devoir moral<sup>1109</sup>.

Mais en assurance, le secret n'est ni librement, ni spontanément consenti, c'est la raison pour laquelle il doit s'inscrire dans un cadre contractuel donnant naissance à une obligation de protection des secrets.

## B - La divulgation non consentie du secret

**799.** La formation du contrat d'assurance nécessite un recueil d'informations à caractère secret ressortant de l'intimité des assurés, qu'il s'agisse de leur activité, de leur état de santé,

---

<sup>1107</sup> Le secret que nous envisageons ici est évoqué de manière générale, et ne bénéficie donc pas d'une protection légale comme le serait le secret professionnel.

<sup>1108</sup> N. Pujol, *L'appropriation de l'information : l'éternelle chimère*, D. 1997. 30.

<sup>1109</sup> C. Vuillemin Gonzalez, « *L'obligation de non divulgation* » Thèse 2000, Université de Perpignan. Le devoir moral est basé sur la confiance mutuelle qui fonde l'obligation de protéger le secret. En cela le secret représente une obligation négative, celle de ne pas le divulguer. L'interdiction de révélation est la raison d'être du secret car une fois révélé n'existerait plus, ce principe étant imposé à toutes personnes ayant eu accès au secret. Cependant cette obligation morale ne peut être assimilée à une obligation juridique en ce qu'elle n'emporte pas de sanction. Étant placée sous l'égide du devoir de conscience, d'honneur et de loyauté, aucune action en justice ne permet de protéger le secret. Certes, certaines règles morales sont prises en compte par le droit et peuvent être novées en obligation civile, mais cela n'est pas applicable au secret.

de la composition de leur patrimoine... Les secrets évoqués concernent les aspects personnels de l'assuré, et relèvent de sa vie privée. De ce fait, c'est tant le contenu, que les conditions de la révélation non consentie qui impriment la nécessité de protéger les secrets les plus intimes de l'assuré. Cette protection relève de la loyauté contractuelle, car l'obligation de ne pas divulguer les secrets de l'assuré, requiert une obligation de coopération et de confiance réciproque.

**800.** L'obligation crée dès lors un lien de droit entre deux personnes soumises respectivement à une obligation de faire, ou de ne pas faire. Le secret ne fait pas l'objet d'un droit réel, mais son titulaire bénéficiera d'un droit personnel à l'encontre de son confident privilégié. À cet égard il pourra lui imposer de garder le silence absolu sur ses confidences et empêcher toute divulgation sans son consentement.

La novation d'une obligation morale en obligation civile naît au moment où le secret est recueilli et s'adapte au cadre dans lequel il a été confié. C'est-à-dire au moment de la déclaration de risque initiale.

## *§2 - la protection du secret : une obligation contractuelle*

**801.** Le contrat d'assurance est un acte juridique de droit privé, constitué par des éléments privés qui bénéficieront d'une protection générale, par l'application des règles de la responsabilité contractuelle, si le manquement était du fait de l'assureur<sup>1110</sup>. Cette obligation fondée sur le socle de la bonne foi a permis le développement des obligations accessoires au contrat qui trouveront à s'appliquer dès la phase de pourparlers du contrat (A). Mais ce principe de protection des secrets pourra être renforcé par la jurisprudence, qui considère l'obligation de garder le secret sur les révélations de l'assuré, comme une obligation contractuelle accessoire (B).

### A - La confidentialité : une obligation de loyauté précontractuelle

**802.** Conformément au processus contractuel, il nous faudrait distinguer la phase des pourparlers qui s'applique lors de la souscription du contrat, de la phase contractuelle qui ne commence en principe qu'après l'échange de consentement signifiant la conclusion du contrat. Cependant, doit-on envisager que l'obligation de garder les secrets de l'assuré ne devienne effective qu'à partir de la conclusion du contrat, alors que tous les secrets ont déjà été révélés ?

---

<sup>1110</sup> Le contrat peut comporter des clauses de confidentialité, dont la spécificité est que le secret est assuré dès la phase précontractuelle qui s'analyse en une obligation de ne pas faire. Voir sur ce point J. Huet et F. Dupuis Toubol, *Violation de la confidentialité des négociations*, Petites affiches, 4 avril 1990, n° 41 p.4.

En effet, c'est en principe, bien avant la conclusion du contrat que les secrets doivent être révélés. Dès lors, il est admis que « la conduite de pourparlers impose une obligation de « réserve et de discrétion », visant à sécuriser la divulgation d'informations rendue nécessaire en raison de la perspective d'un contrat »<sup>1111</sup>, sans qu'il soit nécessaire de l'imposer par une clause, que le secret bénéficie d'une protection dès la phase précontractuelle. Cette obligation revêt toute son importance, car, les éléments les plus importants seront dévoilés au cours de la phase de déclaration du risque, moment auquel les questionnaires de risque permettant de recueillir tous les secrets de l'assuré serviront de base à l'élaboration finale du contrat.

**803.** De même que nous pourrions envisager que l'un des contractants change d'avis et que les pourparlers soient rompus avant la conclusion du contrat. L'assureur détient de ce fait des informations confidentielles qui n'auront pas vocation à être utilisées, mais dont la seule connaissance suffit à se les approprier et à ranger ces secrets dans un dossier. L'assuré est-il en mesure d'imposer le silence à l'assureur qui n'a plus la qualité de '*futur cocontractant*', et combien de temps cette obligation de confidentialité peut elle réellement survivre à la rupture des pourparlers ?

**804.** Un arrêt de la Chambre commerciale semble nous donner un indice sur la question liée à la durée pendant laquelle le bénéficiaire d'une information secrète est tenu au silence. Concernant un contrat de savoir faire, les juges ont estimé que seul l'accès dans « le domaine public libère le débiteur de l'obligation du secret »<sup>1112</sup>. Un point de vu que l'on retrouve dans le monde des affaires<sup>1113</sup>, et au sein duquel il est d'usage de garder le secret pour une durée indéterminée, si entretemps, le secret n'est pas dévoilé au plus grand nombre. Le secret révélé dans le cadre d'une sphère contractuelle privée, commanderait la même solution. L'utilisation ou la divulgation des secrets recueillis lors de la phase précontractuelle, serait constitutif d'une faute délictuelle.

Cependant il faut bien reconnaître que la protection des secrets serait plus effective si elle relevait d'une obligation contractuelle comme semble le suggérer la jurisprudence.

**B - Le secret : une obligation contractuelle accessoire**

**805.** En matière de protection des secrets, il faut également tenir compte des développements de l'œuvre prétorienne, notamment si les cocontractants n'ont pas prévu de dispositions

---

<sup>1111</sup> Ph. Le Tourneau, M. Poumarède, Rép. Dalloz, « *Bonne foi* » n°38.

<sup>1112</sup> Cass. com., 21 novembre 2000, n° 98-17.783 et Cass. com., 20 octobre 1998, n° 96-18.596.

<sup>1113</sup> Voir pour l'obligation de préservation du secret lors de la négociation du contrat de savoir faire, et des différentes formes contractuelles de pourparlers qui imposent l'obligation de confidentialité, F. Namour, *Les conventions de secret*, Thèse Montpellier 1992.

spécifiques encadrant la protection des secrets de l'assuré. La jurisprudence a su, au fil des années, créer des obligations mises à la charge des cocontractants afin d'instaurer une sécurité juridique au sein des relations contractuelles, tout en renforçant l'exécution de l'obligation principale<sup>1114</sup>. Si rien n'est prévu concernant l'obligation de garder le secret sur le contrat, nous pouvons envisager que l'obligation au secret puisse revêtir la forme d'une obligation contractuelle accessoire.

**806.** Cela fait partie des obligations découlant tacitement et objectivement du contrat, comme étant une « des suites de l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature (*article 1135 du Code civil*), même si les parties n'y ont pas songé. C'est ainsi qu'un élargissement notable du domaine du régime de la défaillance contractuelle est intervenu au XXe siècle »<sup>1115</sup>, dont procéderait la protection des secrets d'un cocontractant. Dès lors il ne fait aucun doute que l'obligation au secret pesant sur l'assureur découle du principe de la bonne foi qui « impose au sachant de ne pas les divulguer et même sans doute de ne pas les utiliser si le contrat n'est pas signé »<sup>1116</sup>. L'obligation de confidentialité ou de discrétion est une obligation accessoire imposée par la jurisprudence au professionnel, qui suppose de ne pas communiquer les informations recueillies, tant au moment de l'élaboration que de l'exécution du contrat<sup>1117</sup>.

**807.** Au-delà de l'obligation de bonne foi, en tenant compte de la qualité de professionnel de l'assureur nous pourrions envisager d'appliquer à l'assureur le régime pratiqué couramment en droit des affaires : la clause de confidentialité. Dès le commencement du processus des pourparlers l'assuré soucieux de préserver ses intérêts et ses secrets pourra envisager d'insérer sous la forme de conventions préalable une obligation de non divulgation à la charge de l'assureur couramment dénommé « accords de confidentialité » ou « accords de secrets »<sup>1118</sup>. Le maintien du secret sur l'existence du contrat peut être un impératif recherché par les deux

---

<sup>1114</sup> C'est ainsi que se sont développées peu à peu, l'obligation de sécurité corollaire à tout contrat de transport, l'obligation d'efficacité pour les prestataires de services matériels.

<sup>1115</sup> Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, éd. Dalloz Action 2004 2005, n° 1010 p. 270

<sup>1116</sup> Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 847 p. 232.

<sup>1117</sup> CA Riom, 30 mars 1995, JCP G 1995, IV, 2595 ; en l'espèce une agence de voyage avait dévoilé au conjoint d'un de ses clients son lieu de résidence et l'identité des personnes qui l'accompagnait, les juges ont retenu la responsabilité contractuelle de l'agence de voyage pouvait être retenue du fait de l'inexécution d'une obligation secondaire lui interdisant de communiquer de tels renseignements.

<sup>1118</sup> Une énumération de l'objet de l'obligation au secret est envisageable soit par le biais d'une définition positive qui énumère précisément tout ce qui ressort de la confidentialité, soit par l'utilisation d'une définition négative, qui ne fait que délimiter les informations qui ne sont pas considérées confidentielles, cela permet d'étendre l'obligation au secret à des informations qui semblaient anodine au moment de la conclusion de l'accord, mais qui ultérieurement pourraient s'avérer être importante et nécessiter une confidentialité absolue. V. pour plus de détails, JCN, Fasc. 4710, *Brevets, Contrats de licence de savoir faire, Formes contractuelles de pourparlers*, n° 20 et suivant.

parties<sup>1119</sup>. C'est donc d'un commun accord que pourra être incluse une clause imposant le secret, et mise à la charge des deux parties, voire même seulement à la charge de l'assureur<sup>1120</sup>.

**808.** Le bénéficiaire des informations confidentielles est tenu au secret non seulement sur l'existence du contrat, mais aussi sur tout ce qui s'y rapporte, tels que les documents produits par l'assuré et annexés au contrat. Il pourra s'agir des plans d'une usine, d'un local commercial, le détail des moyens de protection du bien et des systèmes d'alarmes utilisés. De par l'instauration de clauses contractuelles, envisagées dès le processus des pourparlers, le secret bénéficie d'une plus grande protection, même si les négociations n'aboutissent pas, et ce jusqu'à la conclusion du contrat, voire même au-delà.

Mais la protection des secrets de l'assuré ne doit pas être limitée au contenu du contrat conclu, l'assureur doit favoriser la continuité des mesures de protection des données recueillies au sein même de l'entreprise.

## Sous section 2 - La protection des secrets au sein de l'entreprise d'assurance

**809.** C'est au sein de l'entreprise d'assurance, que le secret est le plus susceptible de circuler<sup>1121</sup>. Ce qui fragilise le secret face au risque de toutes divulgations vers l'extérieur. Le secret confié dans le cadre du contrat d'assurance doit être protégé de toute divulgation, et ce dans l'intérêt de l'assuré, mais aussi de l'assureur qui dans le cadre de son activité aura tout intérêt à empêcher que toutes les informations circulant dans son entreprise ne soit exploitées à l'extérieur, par une entreprise concurrente, ou par des tiers mal intentionnés.

Sur le plan économique, nul ne peut douter de l'attrait que peut receler tous les petits secrets contenus dans un dossier d'assurance. D'un point de vue '*économie souterraine*', ces mêmes informations ne manqueront pas d'intéresser les personnes les plus mal intentionnées, qu'il s'agisse de vol ou d'escroquerie, les renseignements d'un dossier d'assurance permettent

---

<sup>1119</sup> En ce sens le secret révèle l'intérêt commun que les cocontractants attachent au contrat d'assurance. L'assuré préférera que soit privilégié le respect de sa vie privée en imposant le secret sur l'existence de son patrimoine personnel et professionnel, tandis que l'assureur veillera à ce que le risque qu'il entend garantir ne soit pas aggravé inutilement par des divulgations inopportunes. V. supra n°422.

<sup>1120</sup> L'obligation de confidentialité peut être une disposition unilatérale mise à la charge de l'assureur, ou imposée de manière réciproque, ce qui permet d'établir un certain équilibre contractuel. Les modalités de ces contrats préparatoires préalables à la convention définitive pourront être reprises intégralement, et s'imposer de manière irrémédiable durant toute la durée du contrat, et même au-delà. Le secret ayant vocation à s'imposer indépendamment de l'existence du contrat. V. Ph. Le Tourneau, Rép. Dalloz, *la bonne foi postcontractuelle*, n°112 op. cit.

<sup>1121</sup> Nous avons vu que l'utilisation frauduleuse des secrets de l'assuré ou de l'assureur permet à des intermédiaires de retirer un bénéfice substantiels de ces informations confidentielles. V. supra n°733.

d'élaborer '*clefs en mains*' le '*casse du siècle*' en toute sécurité. Il est donc impératif que cet ensemble de données personnelles figurant dans un dossier d'assurance ne puissent circuler librement à l'extérieur de l'entreprise, en imposant une obligation de confidentialité aux salariés (§1) qui pourront être astreints au silence même sur leur lieu de travail (§2).

*§1 - la protection des secrets de l'assuré imposée au personnel de l'assureur*

**810.** La protection des secrets de l'assuré va au-delà des intérêts purement contractuels. Plus les secrets se rapporteront à des détails de la vie privée, plus il s'agira de protéger la personne de l'assuré elle-même. Mais la protection des secrets de l'assuré ne sera effective que si elle est imposée en premier lieu à ceux qui recueillent et ont accès au secret, les salariés de l'entreprise. L'obligation de confidentialité peut être soit envisagée comme une obligation accessoire au contrat de travail (A), soit imposée par le biais de clauses de confidentialité (B).

A - La confidentialité : une obligation accessoire au contrat de travail

**811.** La première source d'information de l'assureur est l'assuré qui divulgue le contenu des informations liées à sa vie privée. Ces informations sont revêtues à ce titre du sceau du secret qu'il appartient à l'assureur de protéger au sein de l'entreprise. C'est donc au travers du personnel amené à gérer, et à traiter les dossiers au quotidien que doit être envisagée la non divulgation des informations dont ils prennent connaissance dans le cadre de leur activité.

La confiance nécessaire entre les cocontractants ne peut être instaurée que si l'assuré est persuadé que ses secrets seront à l'abri au sein de l'entreprise d'assurance d'un point de vue matériel, c'est-à-dire recensés et rangés à l'abri de toutes intrusions extérieures et intérieures. Cela soulève la question de la confidentialité que l'on est en droit d'attendre du personnel de l'assureur qui peut avoir un libre accès aux dossiers des assurés et donc, à leurs secrets les plus intimes. Le droit au secret *stricto sensu* n'existant pas, si le secret tombe entre des mains '*profanes*' il est désacralisé et plus rien ne s'oppose à sa circulation car la personne qui le divulgue n'avait aucune obligation envers le dépositaire du secret : La chaîne du secret est brisée.

**812.** Le secret ne peut être efficacement protégé que si la personne à laquelle il est confié a effectivement conscience qu'il pèse sur elle une obligation vis-à-vis des données personnelles auxquelles elle a accès. Les relations de travail sont fondées sur un échange réciproque et une mise à dispositions de ses connaissances. Mais le contrat de travail soumis à l'*intuitu personae* entre un employeur et son salarié procède avant tout de la loyauté du salarié envers



son employeur<sup>1122</sup>. Un impératif que reprennent certains auteurs et pour lesquels, le contrat de travail « ne peut se maintenir entre le chef d'entreprise et les salariés... que si règne entre eux de véritables rapports de confiance. Ces rapports de confiance confortent l'existence d'un devoir de coopération et de loyauté entre les parties »<sup>1123</sup>.

**813.** Ce devoir de loyauté emporte la nécessité pour le salarié de veiller à ce que les obligations pesant sur son employeur soient respectées. Dès lors, si l'assureur est tenu à une obligation de non divulgation contractuelle vis-à-vis de l'assuré, elle devra être mise en œuvre par le salarié. Ce dernier ne peut avoir un comportement susceptible de nuire à son employeur et doit observer la confidentialité des secrets recueillis lors de la souscription d'un contrat d'assurance. La protection nécessaire des secrets circulant au sein de l'entreprise ne sera envisageable que si elle est imposée aux salariés de l'assureur par le biais de clauses insérées dans le contrat de travail.

#### B - La confidentialité imposée par une clause contractuelle

**814.** Le droit d'imposer la protection des secrets au sein d'une entreprise est très fragile, il suffit qu'un maillon de la chaîne ne soit pas soumis à l'obligation de confidentialité pour que rien s'oppose à la divulgation, et donc, à la circulation du secret hors du cadre dans lequel il avait été recueilli. Le secret peut échapper tant au maître du secret, qu'à tous les dépositaires successifs travaillant au sein de l'entreprise d'assurance. Pour qu'une circulation strictement organisée du secret puisse être effective, il faudrait pouvoir envisager une chaîne dont chaque maillon y ayant accès serait soumis à l'obligation de confidentialité.

**815.** La protection du secret peut être imposée au personnel de l'assureur par une clause de confidentialité insérée dans leur contrat de travail. En cas de manquement, la divulgation des secrets à tout tiers extérieur à l'entreprise constitue une faute grave, susceptible de fonder un licenciement pour cause réelle et sérieuse. Cependant, il doit être tenu compte de la situation occupée par le salarié au sein de la société. En général plus l'activité exercée est importante, telle que celle occupée par les cadres, plus ils auront accès aux secrets les plus protégés, notamment ceux contenus dans les dossiers des assurés présentant des situations de risques élevés, et plus l'obligation au secret sera renforcée<sup>1124</sup>. Les secrets de l'assuré doivent

---

<sup>1122</sup> Cette obligation de loyauté s'impose lorsque le contrat de travail est suspendu « pendant les périodes de suspension de son contrat de travail, le salarié reste tenu envers son employeur d'une obligation de loyauté », Cass. soc., 30 Mars 2005 n° 03-16.167, voire même lorsqu'il est rompu, D. Mazeaud *La bonne foi en arrière toute* D. 2006.761 note sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 Septembre 2005, n° 04-10.856.

<sup>1123</sup> F. Terré P. Simler Y. Lequette « *Droit civil, les obligations* » Précis Dalloz éd. 1999, n°416.

<sup>1124</sup> Il semblerait que plus les postes occupés sont importants, plus l'obligation de loyauté s'impose même si l'ancien employé est délié de sa clause de non concurrence « l'intéressé avait exercé successivement les fonctions de gérant ... puis de directeur général ce dont il découlait qu'il était tenu d'une obligation de loyauté à

également être protégés au sein de l'entreprise d'assurance. À cet égard, l'assureur est tenu de mettre en place une chaîne homogène tendant à la protection des secrets, en limitant les échanges entre les salariés au sein de l'entreprise.

*§2 - La circulation limitée des secrets de l'assuré au sein de l'entreprise*

**816.** La divulgation d'une information confidentielle par l'assureur soumis à une obligation de loyauté envers son assuré, permet à ce dernier d'engager la responsabilité de l'assureur si les renseignements fournis étaient divulgués ou utilisés à son insu, ou dans un intérêt contraire aux prévisions contractuelles. L'obligation au secret impose une obligation de non-divulgation qui se caractérise par une interdiction de transmettre des secrets confidentiellement divulgués, à l'intérieur même de l'entreprise d'assurance.

**817.** L'assureur est donc tenu de prendre les précautions nécessaires pour préserver cette information confidentielle, en limitant les révélations entre les différents services de l'entreprise. À cet effet il est soumis à une obligation de moyen, ce que nécessite la mise en œuvre de tous les moyens nécessaires tendant à la préservation du secret sur le contrat, et de veiller à ce que l'existence des contrats conclus, ou en cours de conclusion ne soient pas mentionnés en public, que ce soit à la cantine de l'entreprise, dans les couloirs, les ascenseurs et les bureaux. Mais l'assureur doit également veiller à ce que les noms des assurés ne soient mentionnés dans aucuns documents internes de l'entreprise, tel que des invitations, ou des rapports d'activité de l'entreprise<sup>1125</sup>.

**818.** Cette obligation de non divulgation se double d'une obligation de faire et suppose que l'assureur veille à ce que l'existence du contrat soit maintenue dans des zones confidentielles, auxquels seuls certains membres de l'entreprise auraient librement accès. En limitant l'accès au secret l'assureur est en mesure de limiter toute divulgation inopportune ou malveillante hors de l'entreprise. C'est une obligation de moyens imposée à l'assureur qui se traduit principalement par une organisation interne de l'entreprise. Il doit veiller à ce que ces informations confidentielles ne lui échappent pas s'il ne veut pas voir engager sa responsabilité contractuelle.

---

l'égard de cette entreprise » Cass. com., 24 février 1998, n° 96-12.638.

<sup>1125</sup> Ces différentes hypothèses sont évoquées dans le cadre de la non divulgation d'informations confidentielles, v. JCN, Fasc. 4710, *Brevets, accords de non divulgation*, n° 25. Cette énumération semble particulièrement adaptée à l'obligation de non divulgation de l'assureur, notamment en limitant les risques de divulgation au sein même de l'entreprise.

**819. Conclusion section 1 :** La protection de toutes les informations confidentielles recueillies au cours de l'exercice de son activité professionnelle relève d'une obligation contractuelle accessoire renforcée. À ce titre, l'assureur est tenu de préserver la confidentialité des secrets de l'assuré sur un fondement contractuel, et doit l'imposer à tous ses subordonnés.

## Section 2 - les conditions de la divulgation des secrets de l'assuré

**820.** Si l'assureur est tenu à l'obligation première de préserver le secret du seul fait de l'existence d'une relation contractuelle, le secret révélé ne bénéficie pas d'une protection absolue. Il serait illusoire de penser que le seul fait de dévoiler son secret à l'assureur suffit à arrêter la circulation du secret. Il est donc nécessaire d'observer comment le droit organise et protège les intérêts des cocontractants, face à la transmission du secret hors de la sphère contractuelle (**Sous section 1**).

Parfois la circulation du secret semble inéluctable en ce qu'il comporte des informations susceptibles d'aider l'assureur à exercer son activité en optimisant la maîtrise absolue des risques que présente l'assuré, ce qui nécessite une divulgation des secrets entre les compagnies d'assurances (**Sous section 2**).

D'autant que l'assuré perd le droit d'imposer à l'assureur la protection de ses secrets, lorsque des intérêts supérieurs à ceux des cocontractants le commandent. C'est ainsi que les secrets susceptibles d'intéresser des tiers agissant dans l'intérêt général pourront avoir accès aux données confidentielles de la relation d'assurance (**Sous section 3**).

### Sous section 1 - La protection légale des données nominatives et personnelles

**821.** De par l'ampleur des données qu'il recueille au quotidien, l'assureur crée et gère des fichiers automatisés comprenant toutes les informations confidentielles révélées par ses assurés. De ce fait, l'activité de l'assurance entre dans le cadre de la Commission Nationale Informatique et Liberté, dont l'activité principale est de veiller à la protection des informations bénéficiant du droit au respect de la vie privée (§1), néanmoins, ces secrets seront susceptibles d'être partagés, si l'assuré donne son consentement à la divulgation des données le concernant (§2).

*§1 - Le principe de la protection des secrets recueillis dans un intérêt privé*

**822.** Le paradoxe de la circulation du secret, ne repose pas sur le recueil tout à fait légitime de nos secrets les plus intimes par les compagnies d'assurance, mais sur leur utilisation, même dans un cercle restreint. C'est la raison pour laquelle le législateur envisage la protection des secrets par l'instauration d'une réglementation entièrement axée sur la gestion des fichiers constitués par les assureurs. À l'origine, la mise en place d'une protection des fichiers informatisés a connu des défaillances permettant la révélation des données faisant l'objet d'un recueil des données personnelles (A). Ces lacunes ont nécessité la modification du système de gestion administratif qui impose désormais à l'assureur une protection effective des secrets qu'il recueille (B).

A - La protection partielle des fichiers contenant des données  
nominatives et personnelles

**823.** La révolution informatique a permis aux entreprises d'assurance de se doter d'une mémoire virtuelle incomparable. La fiabilité et la facilité d'accès à certaines données confidentielles ne pouvait plus être ignoré. L'ordinateur permet de stocker, d'organiser et de gérer des informations, qui autrefois nécessitait un mode d'archivage rendant difficile l'accès aux dossiers au sein même de l'entreprise. Désormais toute information est conservée, classée et archivée dans un minimum d'espace. Mais ces avancées technologiques n'ont pas seulement permis un gain d'espace et de temps, elles permettent aussi au secret de circuler en étant dupliqué, manipulé et transporté sur des supports aussi fiables qu'une disquette, ou une clef 'USB', voire même, être transféré par courrier électronique, et partagé en temps réel entre plusieurs opérateurs internes ou externes à l'entreprise, par le biais des réseaux. Nos données personnelles peuvent désormais circuler de la manière la plus discrète, la plus rapide, et la plus fiable possible, laissant de ce seul fait, peu de place à la protection de nos secrets les plus intimes. À cet effet, Il appartenait aux pouvoirs publics et au législateur de mettre en place une institution dont l'activité principale serait de veiller au traitement des fichiers dont se sont dotées les grandes entreprises commerciales.

**824.** Au cours des années 1970, le droit à la protection de la vie privée était une nécessité qui s'est imposée dans toutes les consciences, soulevant un débat éthique<sup>1126</sup> qui s'est développé concomitamment aux nouvelles avancées technologiques. L'évolution de l'outil informatique permettait un recueil et un stockage des informations dont l'utilisation s'était rapidement généralisée au sein des plus grandes entreprises<sup>1127</sup> et principalement dans le secteur de

---

<sup>1126</sup> Ce débat a permis l'élaboration de la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 qui instaure l'article 9 du code civil qui proclame le droit de chacun au respect de sa vie privée.

<sup>1127</sup> J. Frayssinet, « *Informatique, fichier et liberté* », préface J. Fauvet, éd. Litec 1992, p. 6.

l'assurance. Dès lors nos secrets les plus intimes faisaient l'objet d'un recensement à usage privé qu'il convenait d'encadrer efficacement.

**825.** C'est à la Commission Nationale Informatique et Liberté dite la CNIL, instaurée par la loi « Informatique et Libertés » de 1978<sup>1128</sup> que le législateur a confié la charge d'encadrer le traitement informatisé des données personnelles<sup>1129</sup>. Mais pendant très longtemps cette protection était imparfaite. En effet, si l'exploitation abusive des fichiers nominatifs est encadrée par la CNIL, la protection accordée aux individus n'était cependant effective que dans le cadre d'un traitement informatisé ou automatisé des données personnelles. Rien n'était prévu pour le recueil des informations personnelles recensées de manière non automatisées, c'est-à-dire divulguées sous un format papier permettant la transmission matérielle des dossiers.

## B - La protection achevée des données nominatives et personnelles

**826.** À l'origine, les fichiers tenus manuellement ou dactylographiés ne faisaient pas parties des prérogatives de la CNIL, les agents n'étaient chargés que de surveiller et de contrôler les fichiers élaborés sous une forme informatisés et automatisés. Cela laissait une grande place pour l'élaboration '*clandestine*' de fichiers retranscrits par écrit tendant à la divulgation de nos secrets les plus intimes. La libre circulation des secrets des assurés était possible. Il suffisait que la divulgation se fasse dans un cercle d'initiés restreints. Et cela, à la faveur d'un vide législatif qui aura duré vingt six ans<sup>1130</sup>.

**827.** Il faudra attendre 2004<sup>1131</sup> pour que la protection des données personnelles et nominatives s'étende à tous les modes de recueil des données concernant les assurés. Tous les fichiers contenant des informations nominatives sont désormais concernés, et soumis tant à la surveillance, qu'à la réglementation de la CNIL<sup>1132</sup>. Les nouvelles dispositions législatives

---

<sup>1128</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, (JO 7 janvier 1978).

<sup>1129</sup> Les données personnelles sont définies comme « toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction ».

<sup>1130</sup> Ce délai tient compte du temps nécessaire à la transposition de la directive 95/46 du CE du 24 octobre 1995, JOCE, n° L. 281 du 23 novembre 1995, p. 0031 - 0050.

<sup>1131</sup> La réforme de la loi du 6 janvier 1978, par la loi relative à « l'informatique, aux fichiers et aux libertés » dite « loi informatique et liberté » intervenue par la loi n° 2004 - 801 du 6 Août 2004, (JO du 7 Août 2004, p. 14 063).

<sup>1132</sup> Selon l'article 45 modifié, « les dispositions ... relatives à la collecte, à l'enregistrement et à la conservation des informations nominatives sont applicables aux fichiers non automatisés ou mécanographiques autres que ceux dont l'usage relève du strict exercice du droit privé ». La loi ne fait plus référence aux « données personnelles » et se fonde désormais sur la notion d' « informations nominatives » conformément à la directive 95/46 du CE du 24 octobre 1995.

favorisent une plus grande transparence vis-à-vis de l'assuré qui ne peut plus être ignoré, puisque son consentement est requis pour divulguer ses secrets. Ces principes directeurs encadrent les modalités selon lesquelles les entreprises d'assurance seront en mesure de partager les données dont elles sont dépositaires.

## *§2 - Les principes directeurs de la divulgation des données personnelles*

**828.** La création de fichiers<sup>1133</sup> informatisés ne sera autorisée que si les assurés sont informés de leur existence et de leur utilisation (A), afin qu'ils puissent librement exercer leurs prérogatives (B).

### A - La constitution des fichiers informatisés

**829.** La mise en place des fichiers informatiques contenant des données personnelles n'est pas laissée à la libre appréciation des utilisateurs (1) et doit respecter la volonté de la personne physique dont les données nominatives seront susceptibles de faire l'objet d'une divulgation (2).

### 1 - La collecte des données informatique

**830.** La collecte des données nominatives et personnelles<sup>1134</sup> sont soumises à l'appréciation des personnes physiques concernées et doivent respecter la finalité initialement déclarée<sup>1135</sup>. Les compagnies d'assurances, ont l'obligation de collecter les données de manière loyale et licite<sup>1136</sup>, même si elle s'exécute à distance<sup>1137</sup>. Cela concerne toutes les données recueillies sur les assurés par les entreprises d'assurances<sup>1138</sup>, et notamment le contenu des dossiers qui composent le contrat. Il s'agit des questionnaires de déclaration de risques initial et modifié, et tous les documents qui y sont annexés portant sur la vie privée des assurés, tels que l'inventaire de ses biens, les rapports médicaux. Le traitement et le recueil de données

---

<sup>1133</sup> La loi Informatique et Libertés n°78-17, 6 janvier 1978 impose dans son article 22 une déclaration préalable à la création de tout fichier informatisé.

<sup>1134</sup> Article 34 de la loi n° 78-17, du 6 janvier 1978.

<sup>1135</sup> Article 36 de la loi n° 78-17, du 6 janvier 1978.

<sup>1136</sup> Article 6 de la loi n° 78-17, du 6 janvier 1978.

<sup>1137</sup> Le décret n°2007-451 du 25 mars 2007 qui encadre le recueil des données faites par téléphone. Il transpose la directive du conseil n° 2002- 58, du 12 juillet 2002, JOCE 31 juillet n° L.201, relative au « traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans les communications électroniques » (modifiant la directive n° 97-66 du 16 décembre 1997 concernant « le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications »).

<sup>1138</sup> Le traitement automatisé ne doit pas être limité à l'utilisation des ordinateurs comme le souligne un auteur, cela concerne toutes les données nominatives quels qu'en soit le support, sont donc également concernés « la gestion des badges électroniques, des cartes mémoires, des messageries électroniques... » J. Frayssinet, op. cit. p. 37.

personnelles ne peut s'exécuter hors du cadre législatif et réglementaire prévu<sup>1139</sup>, ce qui nécessite en premier lieu de recueillir le consentement de l'assuré.

## 2 - Le consentement de l'assuré

**831.** La protection des données à caractère personnel concerne « toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres »<sup>1140</sup>. C'est cette personnalisation des données qui les rendent sensibles, elles portent sur des faits relevant de la vie privée d'une personne que l'on peut nommément désigner. C'est la raison pour laquelle, la limite de la divulgation peut être apportée par l'assuré lui-même, en exerçant les prérogatives qui lui sont reconnues.

**832.** L'assuré doit savoir que les renseignements qu'il donne pourront faire l'objet d'un traitement automatisé auquel il sera en mesure de s'opposer<sup>1141</sup> ou de rectifier. L'assureur ne peut valablement divulguer les secrets de l'assuré que s'il a régulièrement obtenu son consentement, et qu'il respecte sa volonté sur l'utilisation qui en est faite. Cependant, certains secrets restent insusceptibles de toute divulgation même si l'assuré y consentait.

## B - Les limites de la divulgation des fichiers nominatifs

**833.** La divulgation et la transmission des fichiers pourront être limitées par la nature de certains secrets dont la protection ne permet aucune divulgation (1) si les dispositions légales n'étaient pas respectées, la sanction serait inévitable (2).

### 1 - La protection absolue du secret

**834.** Certains secrets transcendent la volonté des cocontractants et sont protégés en tant que tels. Cela signifie que certaines informations confidentielles ne seront pas laissées à la libre disposition des cocontractants, et seront soustraites de toute appropriation. Cela concerne principalement le secret médical. Ces données seront donc insusceptibles de circuler entre les entreprises d'assurance. Le non respect des mesures instaurées est passible de sanctions

---

<sup>1139</sup> Directive du Conseil CE n° 95-46, du 24 octobre 1995, JOCE 23 novembre, n° L 281, relative à « la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ».

<sup>1140</sup> Directive CE du 24 octobre 1995, op. cit.

<sup>1141</sup> Considérant 25 de la directive du conseil n° 97-66, du 16 décembre 1997, JOCE 30 janvier 1998, n° L 024.

civiles<sup>1142</sup> et pénales<sup>1143</sup>. De ce fait si des informations médicales concernant l'état de santé de l'assuré étaient divulguées, même avec son consentement, la responsabilité du service médical serait engagée pour violation du secret professionnel qui est passible d'une sanction pénale. Tandis que l'entreprise d'assurance serait sanctionnée par la CNIL pour divulgation non autorisée.

## 2 - La sanction des manquements aux impératifs de protection des données personnelles

**835.** La Commission nationale de l'informatique et des libertés dispose d'un pouvoir réglementaire, de proposition, d'information et de contrôle<sup>1144</sup>, qui vérifie en premier lieu le mode d'obtention du consentement de l'assuré à la divulgation de ses secrets. S'il n'autorisait pas cet accès, aucune transmission des données ne serait envisageable.

L'obligation de préserver les secrets recueillis s'impose aux assureurs du fait que « toutes personnes, parties à la relation confidentielle contrainte ayant pour objet des données nominatives, se trouvent tenues par une obligation de non divulgation »<sup>1145</sup>. Cette obligation de protection des secrets de l'assuré vis-à-vis de tiers non autorisés, pèse sur l'assureur de manière expresse et est envisagé sous deux angles différents.

**836.** D'une part l'obligation de discrétion et de protection des informations recueillies concerne toutes personnes « ayant sciemment porté à la connaissance d'une personne qui n'a pas qualité pour les recevoir, des informations dont la divulgation aurait pour effet de porter atteinte à ... l'intimité de la vie privée »<sup>1146</sup>. Et ce même si la divulgation est le fait d'une imprudence ou d'une négligence. C'est donc la divulgation à des tiers non autorisés qui est sanctionnée, peu importe l'intention ayant motivée le non respect d'une information relevant

---

<sup>1142</sup> Délibération du 28 juin 2006 de la CNIL, n° 2006-174, qui sanctionne d'un montant de 45 000 euros d'amende une banque française pour entrave à l'action de la CNIL et inscription abusive de clients dans un fichier central dit « retraits CB ». De même qu'une délibération en date du 14 déc. 2006 de la CNIL, n° 2006-281, condamne une société à 30 000 euros d'amende pour manque de coopération et de transparence avec ses agents.

<sup>1143</sup> La majorité de ces dispositions est sanctionnée pénalement, telle que l'absence de déclaration d'un fichier, ou le refus du droit d'opposition, pouvant aller jusqu'à cinq ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende pour une personne physique, une amende pouvant s'élever à 1,5 million d'euros d'amende pour une personne morale.

<sup>1144</sup> Modifié et renforcé par l'article 44 de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 selon lequel les agents de la CNIL « peuvent demander communication de tous documents nécessaires à l'accomplissement de leur mission, quel qu'en soit le support, et en prendre copie ; ils peuvent recueillir, sur place ou sur convocation, tout renseignement et toute justification utiles ; ils peuvent accéder aux programmes informatiques et aux données, ainsi qu'en demander la transcription par tout traitement approprié dans des documents directement utilisables pour les besoins du contrôle ».

<sup>1145</sup> C. Vuillemin- Gonzalez, « *L'obligation de non divulgation* » op. cité, n° 232, p.180.

<sup>1146</sup> Article 43 de la loi n° 78-17, du 6 janvier 1978.



de l'intimité. Tous manquements à ces dispositions sont des délits passibles de sanctions pénales prévues à l'article 226-22 du Code pénal<sup>1147</sup>.

**837.** D'autre part, en imposant un devoir de « loyauté » doublé d'un impératif de « proportionnalité du traitement à sa finalité »<sup>1148</sup>, le législateur tend à imposer une obligation morale aux cocontractants. Cette mesure renforce considérablement le domaine de protection de la vie privée, en effet peu importe les moyens de collectes utilisés, il suffit que l'assuré puisse se prévaloir d'une atteinte à son intimité pour que tout manquement soit sanctionné. Dans ces conditions « la notion de fichiers est dépassée ... la seule référence à la notion de traitement doit permettre d'appliquer les règles de protection à toute technologie et à toute organisation particulière de données, les opérations de collecte constituant en elles mêmes un traitement »<sup>1149</sup>. Néanmoins, les données personnelles et confidentielles des assurés pourront être transmises à des partenaires économiques et sociaux, mais seulement sous certaines conditions.

## Sous section 2 - La circulation des secrets dans la sphère assurantielle

**838.** La circulation du secret est enfermée dans un système fondé d'une part sur le consentement de l'assuré recueilli a priori et, d'autre part sur la vérification de l'utilisation des données personnelles et nominatives exercée par la CNIL a posteriori. Mais la révélation procède de deux régimes distincts selon que la transmission porte sur des données nominatives ou non. Les données nominatives pourront faire l'objet d'une transmission à d'autres entreprises d'assurances mais à des degrés différents et seulement si elles s'insèrent dans un cadre légal précis (§1). Seuls les secrets échangés de manière anonymes pourront s'affranchir du cadre légal pour circuler librement entre les assureurs (§2).

### *§1 - Les modalités de la divulgation des données nominatives et personnelles entre les partenaires de l'assurance*

**839.** La protection des données des personnes physiques s'étend désormais à toutes les formes de fichiers. Les entreprises qui envisagent de transmettre les dossiers en leur possession, seront soumises à la loi « informatique et liberté » cela signifie que les secrets pourront

---

<sup>1147</sup> « Le fait par toute personne qui a recueilli, à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou d'une autre forme de traitement, des informations nominatives dont la divulgation aurait pour effet de porter atteinte à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de sa vie privée... » v. CA Lyon, 7<sup>e</sup> ch., 25 février 2004.

<sup>1148</sup> Article 6 de la loi du 6 Août 2004.

<sup>1149</sup> S. Gossou « *La distribution de l'assurance par les banques* » Thèse PUAM 2006, n° 87.

circuler entre les assureurs et leurs partenaires économiques, mais seulement sous certaines conditions (A). Cependant le régime de la divulgation pourra bénéficier d'un assouplissement spécifique au droit des assurances qui permet la circulation du secret sans avoir obtenu au préalable le consentement de l'assuré (B).

#### A - La transmission contrôlée des fichiers à des partenaires de l'assurance

**840.** Les acteurs de l'assurance ont conscience de l'intérêt économique que revêt un échange de dossiers de leurs assurés (1), mais une telle transmission n'est pas libre, et chaque assuré doit impérativement être informé de l'utilisation faite des données susceptibles d'être divulguées avant d'y consentir (2).

##### 1 - L'intérêt économique de la circulation des secrets des assurés

**841.** L'assureur concentre une multitude de données personnelles susceptibles d'intéresser d'autres entreprises d'assurances dans le cadre de leur activité. Nous pouvons envisager un partage de fichiers concernant les assurés à « haut risque », tels que les mauvais payeurs, ou les assurés dont la multiplication des accidents, vols ou incidents peut paraître suspecte. En mettant tous les fichiers des assureurs en commun, il serait possible de créer par exemple, une seule base de données accessible et utilisée simultanément par toutes les entreprises d'assurance. Il suffirait d'entrer le nom de la personne qui souhaite souscrire une garantie pour que tous ses antécédents, composés de toutes les informations recueillies par ses anciens assureurs, s'affichent à l'écran. Les secrets passés<sup>1150</sup> des assurés seraient ainsi identifiés, répertoriés et divulgués à l'insu, voire même, contre la volonté des principaux intéressés<sup>1151</sup>.

**842.** C'est la raison pour laquelle la CNIL s'est immédiatement opposée à la constitution de fichiers spécifiquement élaborés par certains assureurs<sup>1152</sup> qui répertoriaient les contrats comportant des risques aggravés<sup>1153</sup>. Son avis a été rapidement suivi puisqu'en cours de

---

<sup>1150</sup> L'assureur est mis en mesure de connaître les réponses aux questions posées dans le cadre de la déclaration de risque initial, et l'assuré ne répondant pas correctement aux questionnaires de risque serait immédiatement découvert et considéré comme peu fiable pour n'avoir pas dévoilé ses secrets.

<sup>1151</sup> La mise en place d'un tel fichier ne manquerait pas de soulever une controverse comparable au fichier Edvige, voire plus, car un fichier qui ne serait établi que dans le but de préserver les intérêts privés des entreprises d'assurance principalement motivé par considérations économiques purement spéculatives serait contraire aux principes fondamentaux les plus élémentaires.

<sup>1152</sup> La Réunion des Sociétés d'Assurances sur la Vie devenue en 1989 le Groupement des assurances de personnes (GAP) qui rassemble la quasi-totalité des sociétés d'assurance opérant en France.

<sup>1153</sup> Délibération de la Commission nationale de l'informatique et des libertés n° 90-95 du 11 septembre 1990 relative au fichier des risques aggravés vie, suppression du fichier des risques aggravés vie, « Considérant que la Réunion des sociétés d'assurances sur la vie a mis en œuvre un traitement automatisé d'informations nominatives dont la finalité est le recensement et la diffusion de données relatives aux assurés qui présentent un risque particulier de surmortalité... Considérant que l'ensemble des sociétés membres du Groupement peuvent avoir accès aux informations concernant les assurés qui présentent des « risques aggravés » et qui, en conséquence, ont

délibération « la Fédération française de sociétés d'assurances (FFSA) a fait connaître à la CNIL sa décision de supprimer le fichier des risques aggravés vie »<sup>1154</sup>. La rationalisation des secrets contenus dans les fichiers, faite pour servir les intérêts de l'assureur étaient totalement contraires à ceux des assurés. Le recensement et l'échange de données confidentielles entre assureurs serait incompatible avec les principes fondamentaux dont peuvent se prévaloir les sujets d'un état de droit, et parmi lesquels figure la protection des secrets les plus intimes de l'assuré. C'est un paradoxe inhérent au secret, lorsque les intérêts économiques et commerciaux commandent la libre circulation du secret<sup>1155</sup>, l'intérêt public commande une circulation contrôlée des secrets des assurés.

Si les impératifs économiques ne peuvent justifier la libre circulation des secrets, un assouplissement est cependant perceptible si la transmission est faite de manière concertée avec l'assuré.

## 2 - Le recueil du consentement de l'assuré pour la transmission de données personnelles

**843.** La forme la plus usuelle du recueil du consentement de l'assuré se fait sous la forme de clause soumise à l'approbation de la personne protégée. L'assuré peut s'opposer à une telle divulgation. Cependant le législateur prévoit qu'un tel refus doit être motivé par des raisons légitimes. Nous pouvons dès lors nous demander ce que peut être une 'raison légitime' pour que l'assuré puisse valablement s'opposer à la divulgation de ses données personnelles, la CNIL ne s'étant pas encore prononcée sur ce point, nous pouvons penser que la seule volonté de préserver les secrets de sa vie privée pourrait être suffisant en soi. L'assuré en tant que maître du secret occupe une place de premier plan, car la circulation du secret est conditionnée à son approbation. Mais ce n'est que s'il est loyalement informé de l'objet de la divulgation, du destinataire, et de l'usage qui sera fait des données personnelles le concernant que l'assureur pourra les transmettre, à une filiale, à la maison mère, à des intermédiaires ou à

---

fait l'objet d'une surprime, d'un ajournement ou d'un refus d'assurance...les souscripteurs d'assurance vie qui se voient opposer une décision de surprime, d'ajournement ou de refus ne sont pas avisés de l'inscription d'informations nominatives les concernant dans le fichier... Considérant que ce fichier est susceptible de porter atteinte à la vie privée en permettant la communication à l'ensemble du personnel de la profession des assureurs, d'informations pouvant donner des indications sur l'état de santé de personnes ayant présenté une proposition d'assurance qui a été suivie d'un refus, d'un ajournement ou d'une surprime...Considérant que ce fichier n'est pas indispensable à l'appréciation du risque présenté par un proposant puisque chaque compagnie a la possibilité de faire procéder à un examen médical. Voir le rapport de la CNIL 1990, p. 155.

<sup>1154</sup> Délibération de la CNIL n° 90-95 du 11 septembre 1990, op. cit.

<sup>1155</sup> Même si l'on envisageait de placer de tels fichiers sous l'autorité d'une personne morale unique agissant dans l'intérêt commun économique et financier de tous les assureurs, il nous semble que cela resterait incompatible avec le droit des entreprises qui d'un point de vue économique régleme strictement les pratiques anticoncurrentielles et les abus de position dominante et les ententes illicites qu'un tel fichier emporterait sur le plan européen.

des partenaires de l'assurance. Ce principe de l'obtention du consentement de l'assuré pourra être contourné seulement dans les cas où la transmission des données personnelles des assurés servira l'intérêt légitime des compagnies d'assurance.

B - La transmission de données personnelles non soumise au  
consentement de l'assuré

**844.** Certaines situations spécifiquement prévues commandent la nécessité de favoriser la circulation du secret tout en contournant cette problématique du consentement de l'assuré. Cette exception s'applique en vue de limiter les risques de fraude en assurance vie (1). Ou en matière de coassurance, pour favoriser la gestion de certains dossiers faisant intervenir plusieurs assureurs (2).

1 - la lutte contre la fraude en assurance vie

**845.** C'est une décision rendue par la CNIL<sup>1156</sup> qui envisage la possibilité dans certains cas, la transmission de fichiers comportant des données personnelles entre des compagnies d'assurance distinctes. La circulation '*hors les murs*' des secrets recueillis par l'assureur, est autorisée de manière expresse, dans le cadre de l'assurance vie, en cas de surprime d'ajournement ou de refus d'un dossier. L'aspect très important abordé dans cette décision, est qu'elle définit les conditions dans lesquelles il sera possible de transmettre les données confidentielles figurant dans un fichier automatisé à un autre assureur, sans l'accord de l'intéressé.

**846.** La transmission des fichiers est autorisée parce qu'elle permet aux assureurs de recouper leurs informations si le contenu, ou l'étude d'un dossier l'avait incité à refuser de prendre en charge le risque souscrit. Cela permet de mettre en évidence les agissements douteux d'un assuré désireux souscrire plusieurs assurances vie auprès de plusieurs assureurs différents. Un tel cumul laissant présager l'existence de manœuvres frauduleuses, ou la connaissance que le pronostic vital du souscripteur est engagé.

**847.** L'intérêt de ce mode de révélation est dû au fait qu'il s'opère sans considération de la relation contractuelle, les données seront accessibles à des assureurs qui n'auront pas encore conclu de contrat avec l'assuré faisant l'objet de la divulgation. Mais il s'agit d'une situation exceptionnelle car la protection du secret est un principe qui domine dans les rapports 'inter-entreprises' s'opposant à toute exploitation des fichiers comprenant des informations

<sup>1156</sup> « Considérant qu'à défaut de suppression du fichier par le Groupement des assurances de personnes ... les souscripteurs de contrats d'assurances vie doivent être informés que les données qu'ils ont communiquées lors de leur demande d'adhésion sont susceptibles d'être transmises à d'autres compagnies d'assurances en cas de décision de surprime, d'ajournement ou de refus ». Délibération de la CNIL n° 90-95 du 11 septembre 1990, op. cit.

personnelles et nominatives. Cette situation doit donc être distinguée de la coassurance, qui envisage la révélation des secrets dans le cadre de la gestion de risque souscrit auprès de plusieurs assureurs.

## 2 - La gestion centralisée des dossiers de coassurance

**848.** La coassurance est une opération d'assurance au sein de laquelle, plusieurs assureurs s'engagent à prendre en charge un risque trop important pour être supporté par un seul d'entre eux, si le sinistre venait à se réaliser<sup>1157</sup>. Plusieurs assureurs auront donc vocation à intervenir en cas de sinistre, ce qui implique la nécessité de faire circuler les données qu'ils ont pu recueillir sur l'assuré dont ils garantissent le risque. Bien que cette forme de représentation soit acceptée par les juges même de manière tacite<sup>1158</sup>, c'est par le biais d'une convention élaborée entre assureurs<sup>1159</sup> que va s'organiser l'intervention collective des coassureurs, et l'accès aux informations qu'ils ont pu recueillir.

**849.** Sous l'angle de la coassurance, la divulgation des données recueillies dans le cadre du contrat auront vocation à être partagées, sans avoir à recueillir le consentement de l'assuré. En effet, « théoriquement, la pluralité des liens individuels au sein de la coassurance aurait pour conséquence de faire intervenir séparément chacun des assureurs »<sup>1160</sup>, cela signifie qu'en principe, chaque assureur amené à intervenir s'engage directement avec l'assuré, les assureurs sont donc des tiers les uns par rapport aux autres.

**850.** Cependant il sera possible de faire transiter tous les secrets à un seul des coassureurs spécialement mandaté pour suivre et gérer le contrat. Les assureurs ont donc élaboré une procédure au sein de laquelle il sera possible de faire circuler les informations portant sur les données confidentielles de l'assuré afin de préserver leur intérêt commun. Cette collaboration nécessite la désignation d'un apériteur qui va suivre le dossier, prendre les mesures nécessaires et maintenir informé tous les autres assureurs des évolutions du contrat. Dès lors tous les secrets auront vocation à converger vers l'apériteur. Cela à toute son importance si un assuré avait dissimulé certains faits à l'un des coassureurs, ou si l'un d'entre eux, découvrirait un secret, il devra en faire part à l'apériteur qui, en recoupant toutes les informations serait en mesure de connaître la situation de risque exacte de l'assuré. Mais cela reste une exception.

---

<sup>1157</sup> C'est une opération de partage des risques, qui en cas de survenance de sinistre permet que « chaque coassureur (*prenne*) un pourcentage de la valeur du risque à sa charge », v. H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre, M. Asselain, « *Traité du contrat de l'assurance terrestre* », préface de G. Durry, éd. Lexis Nexis Litec 2008. n°39.

<sup>1158</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mars 1997, RCA 1997, comm. n°245.

<sup>1159</sup> La convention adoptée le 29 juin 2004 par l'assemblée générale de la FFSA, fixe les règles déontologiques à suivre en cas de coassurance.

<sup>1160</sup> H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre, M. Asselain, « *Traité du contrat de l'assurance terrestre* » op. cit.

Le principe étant que la transmission systématique de fichiers comprenant des données personnelles et nominatives est impossible. Sauf si l'on préserve ce qui fonde le droit au secret, c'est-à-dire, le critère nominatif des fichiers.

## *§2 - la libre circulation des secrets anonymes*

**851.** Les secrets pourront librement circuler s'il est impossible de faire un lien entre le contenu de l'information protégée et la personne sur laquelle ils portent. C'est ainsi, que sous couvert d'anonymat, les données les plus confidentielles pourront circuler sans encourir de sanction. Cette forme de divulgation est de première importance en ce qu'elle permet l'élaboration de statistiques (A) dont l'ensemble des données constitue le fondement de l'activité de l'assurance (B).

### A - Les conditions d'utilisation des secrets dissimulés sous l'anonymat

**852.** Le recueil, la divulgation et la transmission des données personnelles relevant de la vie privée des assurés, est un matériau que les compagnies d'assurance ont à disposition puisqu'il est composé des données recueillies tout au long de l'exécution du contrat. Cette source d'information pourra être utilisée par les assureurs afin d'améliorer les produits d'assurance proposés et les modalités d'exercice de leur activité par le biais des statistiques. Mais, cette rationalisation des données confidentielles ne sera possible que sous la forme de l'anonymat. La protection des secrets s'opère naturellement par l'impossibilité de les rattacher à l'identité de leur détenteur.

**853.** Même anonymes la divulgation des données confidentielles présente un intérêt certain après des entreprises d'assurance « très tôt, les assureurs ont éprouvé le besoin de mettre en commun leurs expériences statistiques (véritablement à partir de 1948) et ainsi d'élaborer une base tarifaire au sein de l'APSAIRD devenue en 1990 l'APSAD<sup>1161</sup> »<sup>1162</sup>. Les secrets peuvent donc faire l'objet d'une étude statistique<sup>1163</sup> destinée à être divulguée à des tiers tels que les

---

<sup>1161</sup> Constituée sous la forme d'une association loi 1901, l'APSAD regroupe les sociétés d'assurance opérant en dommages en France et adhérant à la Fédération française des sociétés d'assurances. Dans le cadre de sa mission il lui appartient de recueillir les données statistiques émanant des sociétés adhérentes dans tous les domaines, excepté en assurance vie. V. Lamy Assurance *L'APSAD* n° 1528.

<sup>1162</sup> Lamy Assurance *Elaboration d'une base tarifaire* n° 1527.

<sup>1163</sup> Les statistiques forment un ensemble de données chiffrées qui rendent compte de l'évolution de faits quantifiables, et constituent également une branche des mathématiques qui recueille traite et analyse un ensemble de données réelles pour établir des prévisions.

autres compagnies d'assurances<sup>1164</sup> ou aux pouvoirs publics<sup>1165</sup>, afin de préserver le principe de la mutualité qui est le fondement de l'activité de l'assurance.

En recoupant les informations détenues par tous les assureurs « L'entreprise d'assurance compense les risques grâce à la science de la statistique. »<sup>1166</sup>. Seul l'anonymat permet l'échange des données qui permettront de révéler toutes les formes de secrets pesant sur les éléments qui composent l'élément fondamental du contrat d'assurance : le risque.

#### B - Les statistiques : un outil de travail en assurance

**854.** Les statistiques permettent aux entreprises d'assurance d'étudier et de regrouper des profils ou des situations types, qui serviront de base au calcul de la prime des risques qui leurs sont soumis à garantie<sup>1167</sup>. Ce sont les critères dégagés par les statistiques qui expliquent le régime appliqué à certaines catégories de personnes qui étant supposées présenter un risque moindre pour l'assureur, bénéficieront à ce titre de conditions de garantie plus avantageuses.

**855.** L'établissement de statistiques ne porte atteinte ni aux secrets, ni aux assurés. C'est un outil prévisionnel anonyme fondé sur une étude des chiffres permettant aux assureurs d'exercer leur activité dans les meilleures conditions possibles. En fait les statistiques restent le seul instrument susceptible d'appréhender le hasard et d'en limiter les effets. Cette source d'information est une base de données nécessaire, voire fondamentale pour les entreprises d'assurances, du seul fait de la nature de prévoyance et de la mutualisation des risques sur lesquels se fonde les principes directeurs de l'activité de l'assurance.

Les secrets une fois séparés de leur support, qui est la personne sur lesquels ils portent, deviennent, exception faite des assureurs, des informations '*dénuées de valeur*', dans la mesure où la protection n'était érigée qu'en faveur de la personne nominativement désignée et

---

<sup>1164</sup> Selon l'article 5 du Décret n°2009-318 du 20 Mars 2009 (JO 25 mars p. 5307), les compagnies d'assurance font partie du conseil national de l'information statistique et du comité du secret statistique qui assure la fonction de concertation au cours des étapes de conception, de production et de diffusion de l'information statistique.

<sup>1165</sup> À cet égard, certaines enquêtes diligentées par les pouvoirs publics, présentent la particularité d'autoriser les questions les plus confidentielles sans que les personnes interrogées ne puissent se retrancher à l'abri du secret, elles ont l'obligation de répondre aux questions, selon l'article 7 de la loi n° 51-771 du 7 juin 1951 sur « l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques » mais elles bénéficient en contrepartie de l'anonymat le plus absolu.

<sup>1166</sup> Pour que cette action soit possible il faut « tenir compte de la probabilité de réalisation des risques couverts pour déterminer le montant des primes qu'il doit recevoir. Économiquement, et en conséquence techniquement, l'assurance ne doit pas conduire l'assureur à courir volontairement un risque de paiement de sinistre. De son point de vue, cette activité consiste à mutualiser les risques en répartissant la charge entre l'ensemble de ses assurés. V. Lamy Assurance *définition du contrat d'assurance* n° 2.

<sup>1167</sup> C'est ainsi qu'il est actuellement admis que les femmes au volant sont réputées être plus prudentes. En revanche, il est également admis qu'en cas de survenance du risque cette même catégorie de '*femme conductrice*' sera confrontée à des accidents dont la gravité sera certes plus rare, mais aussi plus importante que la moyenne des conducteurs.

identifiée. La divulgation pourra cependant être imposée, si l'on tient compte de l'intérêt légitime de certains tiers à accéder à certaines informations liées à l'existence du contrat.

### Sous section 3 - L'obligation de divulgation des secrets de l'assuré

**856.** L'assureur peut être sollicité par des tiers absolus au contrat, afin que leurs soit communiqué des renseignements concernant les contrats souscrits par leurs assurés. Ces tiers bénéficient d'une obligation de divulgation légitime afin d'accéder à l'information qui dans d'autres conditions aurait été maintenue secrète, il s'agit principalement de l'administration fiscale (§1), et des pouvoirs judiciaires qui, dans le cadre d'enquêtes diligentées à l'encontre de l'assuré se voient aménagé un accès à leur situation financière (§2).

#### *§1 - Le devoir de communiquer le contrat à l'administration fiscale*

**857.** Si l'assureur peut être considéré comme un simple dépositaire des secrets de l'assuré, il n'en est pas moins soumis à une obligation de divulgation à laquelle même l'assuré ne peut s'opposer.

À cet effet, l'administration fiscale est très privilégiée en ce qu'elle peut accéder au contenu du contrat d'assurance (A) qui comporte tous les renseignements liés à la situation réelle de l'assuré (B).

#### A - La transmission du contrat d'assurance

**858.** Le législateur envisage le contrat d'assurance comme une source de renseignements non seulement fiables, mais aussi très révélatrice de la situation des assurés. Face à l'institution fiscale le secret n'est pas de mise. C'est une situation souvent décriée par la doctrine<sup>1168</sup>, mais systématiquement confirmée et renforcée dans l'intérêt de la lutte contre la fraude fiscale. C'est une obligation de divulgation à laquelle ne peuvent échapper aucun des acteurs de toute la relation d'assurance, toute personne susceptible de détenir l'information utile pouvant être indistinctement sollicitée. Le législateur désigne nommément « les entreprises et autres organismes d'assurances ainsi que les courtiers, les agents généraux et autres intermédiaires d'assurance habilités »<sup>1169</sup> en leur imposant expressément l'obligation de « communiquer à

---

<sup>1168</sup> P.M. Gaudemet *Rapport général sur le secret fiscal*, in « le secret et le droit » travaux de l'association H. Capitant, journées libanaises, T. XXV, D. 1975. 495.

<sup>1169</sup> Article L. 89, 11° du Livre des procédures fiscales.



l'Administration fiscale, sur sa demande, les livres tenus en vertu de la législation relative au contrôle et à la surveillance des assurances, les polices ou copies de police... »<sup>1170</sup>.

**859.** La révélation peut être obtenue auprès de l'intermédiaire ou de l'entreprise elle-même. La « communication doit être faite tant au siège social que dans les succursales et agences... »<sup>1171</sup> et donc, auprès de tout intervenant du processus contractuel aboutissant à la conclusion du contrat. Ce système de communication directe permet de contourner l'aspect hiérarchique et représentatif de l'activité d'assurance. L'agent général ou le courtier n'est pas en mesure de se retrancher derrière son mandant pour refuser de donner l'information, ou de retarder la demande en faisant valoir la nécessité de recueillir l'accord de l'assuré ou de l'entreprise pour laquelle il travaille.

La particularité de l'Administration fiscale, est qu'elle est en mesure d'obtenir les polices ou les copies des polices, et donc le contrat dans son entier, dont elle pourra étudier le contenu. C'est donc sur simple demande que le contrat devra être divulgué. Nous pouvons remarquer à cette occasion qu'aucune procédure de protection du secret n'est envisagée lors de la communication des informations confidentielles devant être transmises. Néanmoins, si la divulgation des secrets de l'assuré est imposée, une limite est perceptible concernant le contenu des données personnelles devant être transmises.

**B - La divulgation limitée au secret recueilli par l'assureur**

**860.** Chaque personne susceptible de détenir une information secrète au sein de la relation d'assurance sur la situation financière de l'assuré, doit la communiquer si l'Administration fiscale le lui demande<sup>1172</sup>. La seule limite concerne l'étendue de l'information dont dispose l'assureur. Dès lors, la divulgation ne peut porter que sur les informations que l'assureur détient, il ne peut être tenu de mener une enquête supplémentaire dans l'intérêt de l'Administration fiscale ni de compléter une information jugée insuffisante par de « nouvelles investigations particulières »<sup>1173</sup>. Elle ne peut demander à l'assureur de compléter ses fichiers, ou de joindre les assurés pour un complément d'information.

**861.** La divulgation est de ce fait limitée au secret recueilli dans le cadre des obligations déclaratives, qui est la principale source des secrets des assurés. Le contrat révèle les éléments

<sup>1170</sup> Article L. 89, 11° du Livre des procédures fiscales.

<sup>1171</sup> Article L. 89, 11° alinéa 2 du Code de procédure fiscal.

<sup>1172</sup> La circulation du secret est cependant protégée puisque les agents du fisc (entendu au sens large car sont concernées toutes « les personnes appelées à l'occasion de leurs fonctions ou attributions à intervenir dans le contrôle, le recouvrement ou le contentieux des impôts, droits redevances et taxes... ») sont eux mêmes soumis au secret professionnel. Le secret est donc divulgué à des tiers sur lesquels pèse une obligation de confidentialité légale prévue aux articles L. 103, L. 113, L. 114, L 118 et L. 135 du Livre des procédures fiscales.

<sup>1173</sup> CE. 8è et 9è sous section réunies, 6 octobre 2000, n° 20 8765.

patrimoniaux, tels que les véhicules automobiles, les tableaux, les maisons et tous les biens les plus précieux que l'assuré entend protéger.

Ces éléments, sont autant de signes extérieurs de richesses sur lesquels l'administration pourra fonder une estimation fiscale. Il est un autre mode de divulgation du secret pesant sur le contrat est envisagé par le législateur, mais d'une manière plus restreinte et plus confidentielle.

### *§2: Le devoir de révéler la situation financière de l'assuré*

**862.** Cette forme de divulgation imposée du secret est principalement destinée à la manifestation de la vérité. Certains tiers tels que les autorités judiciaires et des douanes bénéficieront d'un véritable droit de communication (A), dans l'intérêt de l'ordre public (B).

#### A - La révélation de l'état réel du patrimoine de l'assuré

**863.** Les autorités judiciaires bénéficient d'un droit de communication prévu à l'article 132-22 du Code pénal, leur permettant de d'obtenir de l'assureur toutes informations utiles concernant les contrats conclus avec leurs assurés. C'est principalement la situation financière des assurés qui intéresse l'autorité judiciaire, elle pourra notamment demander un état précis des indemnités perçues, afin de déterminer avec précision l'état du patrimoine du prévenu, ou de mettre à jour les mobiles ayant pu l'animer en cas de décès suspect, et ce, dans l'hypothèse où il serait le bénéficiaire d'une importante indemnité d'assurance vie.

Les douanes sont aussi bénéficiaires d'un droit de communication auprès des compagnies d'assurance dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions. L'article 65 du Code des douanes permet à l'Administration des douanes, dans le cadre de poursuites effectuées, de contacter l'assureur, en vue d'obtenir des renseignements financiers concernant les personnes faisant l'objet d'enquête. En matière d'investigations portant sur la situation financière d'un assuré, le secret doit être sacrifié sur l'autel de la manifestation de la vérité au service de l'intérêt général.

#### B - L'assureur acteur de la lutte contre le blanchiment de capitaux

**864.** Les pouvoirs publics conscients de l'importance et de l'intérêt des informations susceptibles d'être détenues par les entreprises d'assurances, leur ont confié une participation active dans la lutte contre le blanchiment de capitaux<sup>1174</sup>. Plusieurs dispositions codifiées aux articles A. 310-5, A. 310-6 et A. 310-7 du Code des assurances, prévoient une procédure

---

<sup>1174</sup>Décret n°2006-1541 du 6 décembre 2006 relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux et Décret n° 2009-1087 du 2 septembre 2009 relatif aux obligations de vigilance et de déclaration pour la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme

imposant à l'assureur de collaborer avec la cellule dite TRACFIN<sup>1175</sup> en vue de recueillir, de traiter et de diffuser le renseignement sur les circuits financiers clandestins et le blanchiment de l'argent, en signalant tous les clients occasionnels effectuant une opération d'assurance pour un montant supérieur à 8000 Euros<sup>1176</sup>. La particularité de ces dispositions est que l'assureur est non seulement tenu de signaler les assurés correspondant au profil légalement défini, mais il doit également veiller à ce que « Les mentions relatives à l'identité (...) comprennent les noms, prénoms ainsi que les dates et lieu de naissance »<sup>1177</sup> de ces assurés occasionnels.

Certes, la cause est noble et nécessaire puisqu'il s'agit de lutter contre les réseaux de blanchiment d'argent, mais ces dispositions nous interpellent sur deux points précis. La constitution de ces fichiers contrevient non seulement aux dispositions de la CNIL puisque comme nous l'avons vu les informations recueillis sur l'identité d'un assuré relèvent de sa vie privée et ne peuvent selon la loi informatique et liberté faire l'objet d'une divulgation sans son consentement<sup>1178</sup>. Mais cela oblige également l'assureur à violer son obligation de confidentialité qui est une obligation contractuelle renforcée<sup>1179</sup>. La difficulté est réelle dans la mesure où les dispositions relatives au TRACFIN<sup>1180</sup> sont toutes réglementaires, et les dispositions de la CNIL sont législatives, ce qui nous laisse penser que face à cette contradiction de textes l'assureur serait en priorité tenu de respecter la vie privée des assurés en préservant leurs secrets.

De même qu'il pourrait nous sembler inopportun de confier à l'assureur une mission « *d'auxiliaires des forces de l'ordre* ». En effet, les renseignements collectés et vérifiés par l'assureur participent aux éléments d'une enquête susceptible d'être menée, sans qu'il lui soit

---

<sup>1175</sup> Le service institué par l'article L. 562-4 du code monétaire et financier est dénommé cellule de coordination chargée du traitement du renseignement et de l'action contre les circuits financiers clandestins dite cellule TRACFIN.

<sup>1176</sup> Article 1 du décret du 6 décembre 2006 prévoit que « Ces organismes financiers et ces personnes vérifient l'identité de leur client occasionnel avant de réaliser une opération ponctuelle lorsque son montant excède 8 000 euros, ou lorsqu'ils concluent tout contrat d'assurance ou de capitalisation donnant lieu à la constitution d'une provision mathématique, les organismes financiers procèdent à la vérification d'identité quel que soit le montant »

<sup>1177</sup> L'article 2 du décret du 6 décembre 2006 leur impose de vérifier « l'identité d'une personne physique par la présentation d'un document officiel en cours de validité portant sa photographie. Ils conservent la copie de ce document ou ses références ... Outre ces mentions, les références à conserver incluent la nature, le numéro, les date et lieu de délivrance du document ainsi que le nom de l'autorité ou personne qui l'a délivré ou authentifié. Obtenir des pièces justificatives supplémentaires permettant d'établir l'identité du cocontractant».

<sup>1178</sup> V. supra n°821 et suivant.

<sup>1179</sup> V. supra n°802 et suivant.

<sup>1180</sup> La cellule TRACFIN relève à l'origine du décret du 9 mai 1990 (JO 10 mai 1990) portant création d'une cellule de coordination chargée du traitement du renseignement et de l'action contre les circuits financiers clandestins (TRACFIN).

possible de s'y soustraire. L'article L.310-18 du Code des assurances<sup>1181</sup> prévoit qu'un tel manquement soumet l'assureur à une sanction disciplinaire prononcée par l'autorité de contrôle des entreprises assurances atteignant non seulement les intérêts économiques mais aussi les instances dirigeantes de l'entreprise<sup>1182</sup>. De telles dispositions seront de nature à dissuader tout assureur de préserver les secrets de ses assurés.

**865.** Comme le souligne un auteur, nous pouvons nous apercevoir que la situation de l'assureur est « paradoxale car cette activité que l'on imaginait si secrète, se révèle en définitive très transparente pour peu que des intérêts légitimes soient invoqués. Cet assureur que l'on croyait donc détenteur d'innombrables secrets ne serait que le simple dépositaire d'informations à caractère secrets... Subtil exercice de funambule qui doit conduire chaque compagnie d'assurances à concilier en permanence les intérêts de ses assurés avec ceux de l'ordre public »<sup>1183</sup>.

Si l'existence et le contenu d'un contrat d'assurance est un élément intéressant l'ordre public, il nous paraît plus approprié d'évoquer le terme d'information confidentielle plutôt que de secret, car l'assureur est soumis dans le même temps à une obligation de discrétion et à une obligation de divulgation légitime. Cependant hormis les cas textuels prévus le contrat pourra bénéficier du secret le plus absolu, le respect de la vie privée du souscripteur reprenant son empire face aux demandes illégitimes, car non fondées sur l'intérêt de l'ordre public. L'assureur doit maîtriser les secrets confiés par ses assurés, en fonction des intérêts à préserver.

**866. Conclusion section 2 :** La circulation des secrets est certes possible, mais strictement encadrée. Une entreprise d'assurance est soumise à la réglementation de la CNIL, qui autorise la révélation des secrets à ses partenaires commerciaux s'il obtient le consentement éclairé de l'assuré par le biais d'une clause claire et précise. Les assurés bénéficient d'un droit d'accès permanent à leurs dossiers avec la possibilité de procéder à des modifications, voire même de revenir sur leur autorisation en faisant valoir leur droit d'opposition en faisant cesser toute

---

<sup>1181</sup> L'Ordonnance du 2009-108 du 30 Janvier 2009 prévoit : 1° L'avertissement ; 2° Le blâme ; 3° L'interdiction d'effectuer certaines opérations et toutes autres limitations dans l'exercice de l'activité ; 4° La suspension temporaire d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise ; 4° bis La démission d'office d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise ; 5° Le retrait total ou partiel d'agrément ; 6° Le transfert d'office de tout ou partie du portefeuille des contrats. L'Autorité de contrôle peut rendre publique sa décision dans les journaux, publications ou supports qu'elle désigne. Les frais sont supportés par la personne sanctionnée.

<sup>1182</sup> V. Décision de l'autorité de contrôle des assurances du 16 Juillet 2009 relative à la sanction de la société X. (JORF n°0175 du 31 juillet 2009 p. texte n° 76). Qui au terme d'une enquête interne détermine si les dispositions réglementaires ont été respectées « Considérant que le rapport de contrôle établit que des insuffisances du dispositif de contrôle interne existaient en ce qui concerne notamment le respect des procédures de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, ainsi qu'à l'égard de la maîtrise des prestations externalisées... » ;

<sup>1183</sup> H. Lascombes, *Secret, confiance et assurances*, JCP Notariale et immobilière, n° 42, Octobre 2007. 1260.

divulgarion des fichiers les concernant. La circulation du secret ne peut être envisagée sans leur consentement que si les données sont anonymes ou si le législateur l'impose dans l'intérêt général.

**867. Conclusion Chapitre 2 :** les cocontractants ne peuvent avoir de secrets l'un envers l'autre. Mais cet impératif à son corollaire celui de protéger les secrets confiés. La circulation du secret même si elle fait intervenir des tiers est placée sous le régime de la loyauté et de la bonne foi, et ce, qu'il soit envisagé sous l'angle de sa protection ou de sa révélation. Le secret confié à l'assureur est le moyen de parvenir à un but précis, la conclusion d'un contrat en vue de préserver les intérêts de l'assuré. L'assureur ne peut donc prétendre devenir propriétaire des informations confidentielles divulguées.

L'assureur est le dépositaire de secret qui ne lui appartiennent pas, mais qui vont l'aider à exercer son activité. L'assuré, loin d'être dépossédé de ses secrets pourra être en droit d'exercer un contrôle des informations confidentielles ainsi divulguées sous l'angle des obligations contractuelles, et de la réglementation très protectrice des données figurant dans un fichier composé de données nominatives et confidentielles.

Cependant le secret sera désacralisé que si son référent est déshumanisé sous couvert de l'anonymat, ou s'il intéresse l'ordre public. Le secret pourra dans ces cas précis, être divulgué par l'assureur sans le consentement de l'assuré. Les secrets que détient l'assureur sont au cœur de toutes les convoitises, mais aussi de tous les paradoxes. S'il lui appartient de préserver certains secrets, d'autres pourront légitimement être dévoilés, de par ce seul fait, l'assureur est à la fois, le confident privilégié et le révéléur exclusif des secrets de l'assuré.

Mais il est d'autres confidents privilégiés de l'assuré auprès desquels l'assureur pourra marquer la volonté d'accéder à des secrets qui ne lui ont pas été révélés.

## **Chapitre 3 : La divulgation par des tiers astreints au secret professionnel**

**868.** Bien au delà de la sphère contractuelle de l'assurance, le secret peut être détenu par des tiers absolus au contrat, qui seront en possession d'informations déterminantes sur le risque garanti. Il s'agit de professionnels qui ont connaissance des secrets de l'assuré au cours d'une relation privilégiée au sein de laquelle le secret bénéficie d'un statut légal très protecteur : Le secret professionnel.

Le secret dévoilé à ces tiers correspond à une confiance avoisinant la contrainte<sup>1184</sup>, car faite dans le but d'obtenir un conseil ou un renseignement auprès d'un professionnel susceptible d'intervenir dans l'intérêt de chacun d'entre nous. Il est donc dans l'intérêt public de pouvoir leur faire confiance, une nécessité que la loi prend en compte en leur imposant une obligation de confidentialité spécifique, dont le respect sert l'intérêt général (**Section 1**).

Plusieurs angles d'études sont envisageables pour étudier le secret mis à la charge des professionnels impliqués d'une manière ou d'une autre dans la relation d'assurance. Nous opterons pour une classification élaborée en fonction du degré de protection des différents secrets et de la collaboration pouvant lier ces tiers professionnels à l'assureur (**Section 2**).

## Section 1- L'opposition du secret professionnel à l'assureur

**869.** Bien que notre étude ne relève pas fondamentalement du secret professionnel, il semble nécessaire de revenir très brièvement sur les critères légaux imposés à certains professionnels afin de cerner l'étendue et l'importance dont sont dotés certains secrets.

Le secret légalement protégé, est soumis à un régime spécifique dont les principes directeurs déterminent les hypothèses autorisant sa circulation en faveur de l'assureur (§1). De même que nous serons en mesure d'observer si, comme cela est très souvent avancé, l'assureur doit être considéré comme un confident privilégié, soumis en tant que tel au secret professionnel (§2).

### §1 - La protection légale des secrets de l'assuré

**870.** Il semblerait si l'on en croit un orateur du tribunal, que ce soient les médisances propagées au sein de la bonne société, qui ont été à l'origine de la législation imposant le secret professionnel<sup>1185</sup>. Sur ce terrain, le Conseil d'État n'était pas en reste, et jugeait également avec sévérité la violation des secrets confiés à des professionnels<sup>1186</sup>. L'obligation de protéger les secrets ainsi confiés, a été codifiée à l'ancien article 378 du code Pénal<sup>1187</sup> qui érige en infraction toute violation du secret professionnel. C'est un secret très spécifique

<sup>1184</sup> Cependant il s'agit d'une contrainte différente de celle envisagée dans le cadre contractuel, dans la mesure où la nécessité de révéler ses secrets n'est pas faite dans l'intérêt d'un tiers mais pour obtenir une aide.

<sup>1185</sup> « combien ne voit on pas de personnes, dépositaires de secrets dus à leur état, sacrifier leur devoir à la causticité, se jouer des sujets les plus graves, alimenter la malignité par des révélations indécentes, des anecdotes scandaleuses, et déverser la honte sur les individus en portant la désolation dans les familles. », Cité dans « *Le code pénal annoté* » Émile Garçon Tome II, Livre III, Librairie Sirey éd. 1956. p.516.

<sup>1186</sup> « ne doit-on pas considérer comme un délit grave des révélations qui souvent ne tendent à rien moins qu'à compromettre la réputation de la personne dont le secret est trahi, à détruire en elle une confiance devenue plus nuisible qu'utile...de ne montrer que des traîtres dans ceux dont l'état semble ne devoir offrir que des êtres bienfaisants et des consolateurs. », É. Garçon op.cit.

<sup>1187</sup> Nouvel article 226-13 du Code pénal, auquel nous nous réfèrerons le plus souvent.

inscrit dans une logique ne tendant qu'à protéger les seuls intérêts de l'assuré (A), mais qui très paradoxalement, pourra être levé sous certaines conditions (B).

### *A - L'astreinte au secret professionnel*

**871.** Tous les professionnels ne seront pas soumis au secret professionnel (1). Seuls ceux sur lesquels pèse une obligation de confidentialité de la relation au cours de laquelle est révélé le secret seront concernées (2).

#### 1 - La détermination des professionnels astreints au secret

**872.** La principale difficulté soulevée par l'application de l'article 378 du code pénal<sup>1188</sup>, est qu'il ne donne aucune définition du secret professionnel<sup>1189</sup>. Cela favorise la confusion des genres, tant cette lacune laisse supposer qu'il n'existe qu'une seule forme de secret professionnel, contradiction que plusieurs auteurs ne manquent pas de relever en soulignant qu'« il ne peut y avoir une théorie unique du secret professionnel, mais autant de conceptions différentes du secret qu'il existe de professions astreintes à cette obligation »<sup>1190</sup>. Le secret professionnel n'est pas un secret uniforme. Il diffère en fonction des professions qui y sont astreintes et comprend une multitude de formes, de natures et d'objets<sup>1191</sup> qui ne tendent qu'à un seul objectif le droit de se taire. Ils ne peuvent révéler sous aucun prétexte les secrets qui leurs sont confiés à des tiers, ce qui inclut l'assureur.

**873.** Pour comprendre toute l'incertitude du fondement du secret professionnel, qui constitue tout à la fois un fait, une attitude et un état<sup>1192</sup>, il convient de se référer aux dispositions de l'article 226-13 du Code pénal<sup>1193</sup>, dont l'application semble à priori générale, est donc

---

<sup>1188</sup> Les éléments matériels constitutifs de l'infraction de violation du secret professionnel, sont réunis si un professionnel, désigné par la loi, la jurisprudence ou un règlement à, de par son état, sa profession ou sa fonction a été dépositaire d'un secret, et à dévoilé la confiance ainsi obtenue. Encore faut-il, et c'est l'élément intentionnel de l'infraction, qu'il ait eu conscience de révéler un secret.

<sup>1189</sup> Certes, il y est fait mention du secret médical, mais le médecin n'est pas le seul professionnel assujéti au secret confié à l'occasion de l'exercice de sa profession. Nous sommes donc face à un texte qui prévoit une sanction pénale en cas de violation du secret médical sans en limiter les contours. Il faudra plusieurs réajustements législatifs afin de corriger cette incohérence, avec notamment la loi du 21 Février 1944, qui établira une liste de professionnels astreints au secret médical.

<sup>1190</sup> J. P. Royer « la théorie du secret médical » op. cit.

<sup>1191</sup> C'est ainsi que Komprobst relève fort justement les distinctions principales pesant sur la nature et l'objet des secrets de l'avocat du prêtre et du médecin : « l'homme qui souffre se tourne, avec la violence de son instinct de conservation vers l'homme qui sait, et qui va l'aider. C'est ce qui fait de la consultation médicale un colloque si différent (...) de la consultation de l'avocat et du ministère du prêtre, auxquels on l'oppose ou dont on la rapproche, tour à tour pour la mieux analyser. La première, celle de l'avocat, ne requiert aucune véracité. En effet, le défenseur présume et préfère croire innocent celui qu'il peut faire acquitter ou triompher. La seconde, le recours au ministre de dieu, se place à un niveau où les deux interlocuteurs perdent toute identité précise, où ils deviennent l'un à l'autre anonymes, le confesseur ayant de surcroît, l'obligation d'oublier tout ce qu'il a entendu, là ou le médecin doit, au contraire, tout retenir, tout réunir, pour établir son diagnostic et en déduire le traitement ». Cité par J.P. Royer « la théorie du secret médical » op. cit.

<sup>1192</sup> V. Peltier, J. Cl. Pénal, Article 226-13 et 226-14, Fasc. 20 « Révélation d'une information à caractère secret », n°2.

<sup>1193</sup> Selon lequel « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est le dépositaire soit par état, ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire. » constitue une

susceptible d'être appliqué indistinctement à tous les professionnels. Néanmoins, loin d'être un secret d'application générale, des distinctions sont maintenues en fonction des professions exercées et des secrets qui leurs sont confiés. L'application de ce texte nécessite que l'on ait reçu la confiance d'un secret en raison de son état<sup>1194</sup> de sa fonction<sup>1195</sup> ou de sa profession<sup>1196</sup>, et ce peu importe que l'on ait exercé à titre exceptionnel temporaire ou de manière continue.

**874.** Le secret professionnel est imposé par une désignation d'origine légale ou réglementaire. Ce n'est donc pas à l'article 226-13 du Code pénal que se trouve la liste des professionnels concernés, mais au sein de textes disparates, très souvent d'origine réglementaire, qui imposent le secret en opérant par renvoi au Code pénal<sup>1197</sup>. La disparité et la multiplication des textes imposant le secret professionnel est source d'incertitudes, nécessitant l'intervention de la jurisprudence, qui en dernier ressort est amenée à déterminer si un professionnel est, soumis à une obligation générale de secret professionnel<sup>1198</sup>.

C'est le secret qui est protégé, et ce, même si la personne qui se confie ne sera plus amenée à revoir son confident. De plus, pour que la violation du secret professionnel soit retenue, il est nécessaire que l'élément intentionnel de l'infraction soit constitué, cela implique chez le professionnel la conscience qu'il divulgue un secret protégé à un tiers<sup>1199</sup>. Ce qui place hors du champ de la répression toute divulgation faite par erreur, et donc, par négligence ou imprudence<sup>1200</sup>.

---

infraction passible d'un an d'emprisonnement et de 15 000 Euros d'amende.

<sup>1194</sup> L'état d'une personne désigne la situation de fait ou de droit d'une personne, selon G. Cornu, il faut ici se référer au statut juridique professionnel d'une personne qui si elle n'exerce pas la profession astreinte au secret mais aspire à l'être ou travaille avec des professionnels qui y sont soumis, se voit étendre l'obligation de se taire, tel que des assistants de justice, des élèves infirmiers... Mais il faut qu'un texte le prévienne. G. Cornu « *Vocabulaire juridique* », V° *État*, op. cit.

<sup>1195</sup> La fonction représente l'ensemble des actes qu'un organe déterminé est appelé à faire pour ce service ou l'ensemble des pouvoirs et des devoirs appartenant, en qualité à l'organe d'un groupement. G. Cornu « *Vocabulaire juridique* », V° *Fonction*, op. cit.

<sup>1196</sup> La profession correspond à l'activité habituellement exercée par une personne pour se procurer les ressources nécessaires à son existence. G. Cornu « *Vocabulaire juridique* » V° *Profession* op. cit.

<sup>1197</sup> C'est ainsi que le secret médical est imposé par le code de déontologie médicale Article 4 du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995, abrogé et actuellement codifié à l'article 1<sup>er</sup> et 5 A 63° par le décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004. Il est d'usage de se référer à l'article l. 1110-4 du Code la santé publique mais ce texte codifiant la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 sur « les droits des malades et à la qualité du système de santé » évoque seulement le secret imposé à tout le personnel de santé impliqué dans le processus de soin, mais pas le secret médical en tant que tel. Voir sur ce point V. Peltier op. cit. n°13. Le secret professionnel des avocats, est imposé à l'article 160, par le Code de déontologie régissant leurs professions, tel qu'il fut élaboré en 1971. Il est modifié par le décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991.

<sup>1198</sup> En effet il peut arriver qu'un texte légal impose le secret mais de manières ponctuelles comme pour ce qui concerne un juré, ou dans le cadre de l'exercice d'une mission d'une commission par exemple. L'obligation au secret n'est pas attachée à la profession mais à une mission ponctuelle, pour l'exercice de laquelle le secret est imposé lors d'une prestation de serment.

<sup>1199</sup> Cass. crim., 7 mars 1989, n° 87-90.500.

<sup>1200</sup> Telle qu'une divulgation faite à un tiers qui avait donné l'impression d'être le titulaire du compte, v. CA Grenoble 9 Février 2000, JCP, G, 2001, IV, 1464.



## 2 - La protection d'une relation confidentielle

**875.** De nos jours, la notion de secret professionnel est un gage de sérieux et de protection des secrets confiés. Pour déterminer avec certitude, quelles professions seront astreintes au secret professionnel, il est nécessaire de rechercher l'existence d'une relation privilégiée nécessairement placée sous les auspices de la confiance, et de la confiance.

La notion de confident doit être bien précisée pour les besoin de notre sujet, car c'est sur cette notion que plusieurs professionnels<sup>1201</sup> se sont vus dénié la reconnaissance d'un droit général au secret professionnel<sup>1202</sup>. La confiance marque « La relation existant entre le professionnel et celui qui vient le consulter est une relation binaire »<sup>1203</sup>. Cela implique un échange, une aide prodiguée, pouvant parfois avoisiner une '*contrainte*', car rendue nécessaire pour trouver une solution à un problème auquel un individu ne pourrait faire face, sans les connaissances et le savoir que lui apporte le professionnel. La notion de confiance côtoie la notion de dépendance qui, à ce titre bénéficie d'une protection absolue interdisant toute divulgation, c'est la raison pour laquelle l'obligation au silence sera étendue au salarié des professionnels astreints au secret. Mais en réalité, il serait faux d'affirmer que le secret professionnel est insusceptible de révélation. Il est des secrets qui pourront être révélés à un assureur, mais seulement sous certaines conditions.

### *B - Les modalités de la divulgation du secret professionnel*

**876.** Le secret professionnel repose sur le principe de la non divulgation (1), cependant il ne s'agit pas d'une protection intangible, c'est un secret qui peut être révélé selon qu'il relève d'une nature relative ou absolue (2).

#### 1 - Le principe de non divulgation des secrets

**877.** Ce n'est pas l'acte de se confier à un professionnel qui sacralise le secret, mais, le fait de se confier à un professionnel tenu légalement au secret par un texte législatif ou réglementaire. Dire la même chose à son 'voisin' et à son médecin n'accorde pas les mêmes droits et n'entraîne pas les mêmes conséquences pour celui qui se confie. Alors qu'une personne ne pourra rien faire contre son 'voisin', si ce n'est regretter d'avoir trop parlé, il pourra cependant engager des poursuites pénales contre son médecin, non pas du fait de l'importance du secret, mais de la qualité de la personne à laquelle a été faite la révélation.

---

<sup>1201</sup> Dont l'assureur v. infra n° 882.

<sup>1202</sup> Il est important de bien distinguer le secret professionnel imposé de manière ponctuelle comme dans le cadre de l'exercice d'une mission, du secret professionnel imposé de manière général car rattaché à l'exercice d'une profession.

<sup>1203</sup> V. Peltier, op. cit.

C'est ainsi que les faits les plus simples qui dans la vie courante ne représenteraient pas un secret, le deviendront s'ils sont confiés à un médecin ou à un avocat<sup>1204</sup>.

**878.** Le secret professionnel est envisagé de manière très étendue. Il n'est pas limité à ce qui est dit, et porte sur tout ce qui a pu être « vu, compris et observé »<sup>1205</sup>, même ce que l'on essayait de tenir caché<sup>1206</sup>. La forme de la révélation importe peu, elle peut être faite oralement ou figurer sur un écrit, seule la divulgation d'un secret protégé importe et suffit à constater la violation du secret professionnel. Cependant cette protection générale du secret doit être intégrée au sein d'une hiérarchie. En effet, Comme le souligne certains auteurs, il y a en réalité plusieurs secrets professionnels<sup>1207</sup> généralement classés en opposant le secret absolu, au secret relatif. Cette distinction nous est très utile car, c'est ce qui en définitive va nous permettre de déterminer si le secret peut être levé en faveur de l'assureur.

## 2 - Les limites de la protection des secrets

**879.** Le secret peut relever de deux nature distincte, soit il s'agit d'un secret absolu insusceptible de divulgation (a), soit il s'agit d'un secret relatif auquel cas, le choix de la divulgation sera laissé à l'appréciation du maître du secret (b).

### a - Le secret absolu

**880.** Le secret absolu bénéficie d'une protection en tant que tel. Ce n'est pas tant la personne sur lequel il porte qui est protégée, mais l'individu en tant que tel, dans ces rapports les plus intime avec les professionnels qui interviennent pour le secourir à un moment crucial en apportant une aide, un renseignement ou du réconfort. Le secret est ici envisagé dans l'intérêt général<sup>1208</sup>, à seule fin de « préserver la nécessaire confiance que chacun doit pouvoir légitimement pouvoir avoir en certaines professions »<sup>1209</sup>. C'est le secret qui est protégé en instaurant la confiance à laquelle chacun d'entre nous est en droit d'attendre de certains professionnels. Le secret absolu dont procèdent le médecin et l'avocat<sup>1210</sup> sont des secrets qui bénéficient d'une protection autonome, totalement indépendante de l'état du professionnel auquel il est confié, et de la volonté de celui qui le confie. Qu'il s'agisse du secret médical ou des secrets divulgués dans l'exercice des droits de la défense, ce sont des secrets qui

---

<sup>1204</sup> Cass. Crim. 5 février 1970, D. 1970.249.

<sup>1205</sup> Article 4127-4 du Code de santé publique.

<sup>1206</sup> R. Merle et A. Vitu « Traité de droit criminel », A. Vitu « Droit pénal spécial » Cujas 1982, n°1995.

<sup>1207</sup> R. Merle et A. Vitu « Traité de droit criminel », A. Vitu « Droit pénal spécial » Cujas 1982, n° 1982.

<sup>1208</sup> Cass. crim. 26 Octobre 1995, bull.crim. 1995, n°328.

<sup>1209</sup> M. L. Rassat « *Droit pénal spécial* » 3è éd. Dalloz 2001, n° 388.

<sup>1210</sup> S'il exerce dans le cadre des droits de la défense, V. infra n°955.

participent à l'exercice de droits fondamentaux attachés à la personne et protégés en tant que tel. Le secret absolu est inaccessible à l'assureur, mais il pourrait accéder à d'autres secrets moins protégés.

#### b - Le secret relatif

**881.** Le secret relatif est plus accessible, car l'obligation de se taire est imposée par la seule volonté du confident. Lui seul peut délier le professionnel auquel il se confie, de son obligation de non divulgation. Il est admis que le secret est dans ce cas protégé dans un intérêt privé<sup>1211</sup>, et donc, dans le seul intérêt du confident. Dès lors s'il estime que le secret qu'il a confié ne porte pas sur une information dont la divulgation porterait atteinte à son intimité, il sera en mesure d'en favoriser l'accès à des tiers. Il lui suffit pour cela d'y consentir. Mais s'il ne donne pas son consentement à la révélation de ses secrets, le professionnel devra taire tout ce qu'il a appris<sup>1212</sup>.

Pour l'assureur l'intérêt de la distinction est d'importance, face à un professionnel astreint au secret absolu, il ne pourra prétendre à accéder au secret de l'assuré, tandis que l'accès à un secret relatif est envisageable si l'assuré ne s'y oppose pas.

À cet effet, il est nécessaire de déterminer si l'assureur à la qualité d'un professionnel astreint à l'obligation légale du secret. Certes, il est souvent fait état d'un secret professionnel mis à la charge de l'assureur, cependant il nous semble nécessaire de vérifier si une telle astreinte générale au secret peut lui être imposée.

## §2 : L'incertitude de l'astreinte au secret professionnel de l'assureur

**882.** L'assureur en tant que professionnel dont la fonction première est de recueillir des informations personnelles et confidentielles au quotidien sur ses assurés semble exercer une activité pouvant être soumise au secret professionnel. En étant astreint à un tel régime légal, les secrets de l'assuré ne souffriraient aucune divulgation à des tiers, et l'assureur pourrait se voir reconnaître un droit d'accès privilégié en application de la notion de secret partagé<sup>1213</sup>.

---

<sup>1211</sup> La confiance divulguée sous le sceau du secret est analysée comme un contrat de dépôt entre le confident et le professionnel qui n'est que le dépositaire des secrets, la protection du secret n'est de ce fait qu'une modalité de l'exécution du contrat. Mais l'idée d'un contrat de dépôt portant sur une chose immatérielle apparaît pour certains auteurs quelque peu exagéré, le dépôt ne pouvant s'exécuter qu'avec une chose matériel, Voir dans ce sens R. Merle et A. Vitu, n° 1982 op. cit. Et V. Peltier op. cit. n°5.

<sup>1212</sup> En cas de violation, le professionnel encourt sa responsabilité pénale sur le fondement de l'article 226-13 du Code pénal, mais aussi sa responsabilité contractuelle, fondée sur les règles déontologiques qui est une « solution sans aucun doute applicable à l'ensemble des codes de déontologie pris sous l'égide de l'état », J. Moret-Bailly *L'obligation d'information de l'avocat à l'épreuve de sa déontologie*, D. 2005.2857.

<sup>1213</sup> V. infra n° 1030.

Il faut donc lever l'incertitude sur la position de l'assureur vis-à-vis de la sphère du secret professionnel favorisée par une contradiction légale et jurisprudentielle (A) car cela emporte des conséquences sur l'étendue et le fondement de l'obligation de protéger les secrets recueillis dans le cadre contractuel (B).

*A - Une contradiction textuelle et jurisprudentielle*

**883.** Le contrat d'assurance est une source de renseignements précieux dans la mesure où ils sont obtenus auprès de la personne la plus informée : l'assuré lui-même. Avec un tel recueil organisé du secret, il semble évident que l'assureur soit soumis au secret professionnel, néanmoins une telle astreinte est source d'incertitude, tant elle est envisagée de manière restrictive par le législateur (1), et par la jurisprudence qui s'oppose à la reconnaissance d'un secret professionnel '*général*', mis à sa charge (2).

1 - L'incertitude légale d'une astreinte générale au secret  
professionnel

**884.** D'un point de vue légal plusieurs textes épars imposent une astreinte au secret professionnel à l'assureur (a) mais il convient de les analyser pour déterminer la nature et l'étendue du secret professionnel imposé l'assureur (b).

a - Les prévisions légales dérogatoires imposant le secret  
professionnel à l'assureur

**885.** Plusieurs fondements textuels imposent le secret professionnel à l'assureur<sup>1214</sup>. Cependant, l'étude des différents textes nous permet de relever que loin d'étendre le régime légal de protection du secret à l'assureur, c'est seulement à titre exceptionnel et dans des cas strictement prévus par des textes que le secret sera imposé à l'assureur. Le but poursuivi en imposant le secret est de favoriser un échange d'informations au sein de commissions œuvrant dans le cadre d'une mission précise, dont l'objet est assigné par les pouvoirs publics. Ces situations d'obligation au secret ne recouvrent donc pas la relation contractuelle de l'assureur et de ses assurés, ni les rapports noués avec les tiers. Le secret n'est pas imposé dans le cadre de la protection des secrets révélés par l'assuré avec lesquels il conclut un contrat.

L'assureur (au même titre que tous les participants de la commission) est astreint au secret professionnel pour l'inciter à révéler les informations dont il dispose au cours de l'exercice de sa mission. En effet, l'efficacité des missions exercées par les commissions au sein desquelles

---

<sup>1214</sup> Il s'agit des articles L. 143-2 du Code des assurances, relatif aux assurances de groupe en matière de retraite professionnelle supplémentaire, entré en vigueur par la loi n°2006-1770 du 30 décembre 2006 et instauré par l'article 65, selon lequel « des membres du comité de surveillance sont tenus au secret professionnel à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel... » ; L. 144-2 du Code des assurances, prévoyant en matière de plan d'épargne retraite populaire, que « l'entreprise d'assurance informe, chaque année, le comité de surveillance du montant affecté à la participation aux bénéfices techniques et financiers ... les membres du comité de surveillance sont tenus au secret professionnel à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel » ; L. 310-21 du Code des assurances, modifié par l'ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008, prévoyant dans son article 1<sup>er</sup> « Les membres ainsi que les agents de l'autorité de contrôle des assurances sont tenus au secret professionnel ... ce secret n'est pas opposable à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale » ; L. 310-19 du Code de l'assurance concernant l'autorité de contrôle des assurances prévoit que « L'autorité de contrôle peut également transmettre aux commissaires aux comptes ... des informations nécessaires à l'accomplissement de leur mission. Ces informations sont couvertes par le secret professionnel » ; L'article L. 310-20 du Code des assurances modifié par la loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005 reprend dans son article 14 la liste des différentes autorités de contrôles en assurance et leur astreinte au « secret professionnel en vigueur dans les conditions applicables à l'organisme qui les a communiqués, et à l'organisme destinataire » ; L'article L. 413-6 du code des assurances créé par la loi n°2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003 qui dans son article 1<sup>er</sup> précise que « les membres du comité ainsi que les personnes qui participent ou ont participé à ses activités sont tenues au secret professionnel... Ce secret n'est pas opposable à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale » ; L'article L. 413-7 du Code des assurances créée par l'ordonnance du 13 juillet 2008 précise dans son article 5 que « Par dérogation aux dispositions de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication des documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique... Le comité des entreprises d'assurances peut transmettre des informations aux autorités chargées dans d'autres états, de l'agrément ou de la surveillance des entreprises d'assurance... à condition que ces autorités soient elles mêmes soumises au secret professionnel avec les mêmes garanties qu'en France » ; L'article L.421-9-5 du Code des assurances précise que « les membres du conseil d'administration du fond de garantie, ainsi que toute personne qui, par ses fonctions a accès aux documents et informations détenus par le fond de garantie, sont tenus au secret professionnel. Ce secret n'est opposable ni à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale, ni aux juridictions civiles statuant sur un recours formé à l'encontre d'une décision du fond de garantie, ni à l'autorité de contrôle des assurances et des mutuelles » ; L'article R. 152-3 du Code des assurances modifié par décret n° 2006-1091 du 30 août 2006, précise en matière de commission chargée des immatriculations au registre des intermédiaires en assurance que « les personnes chargées de l'instruction et ayant à connaître d'informations relatives au intermédiaires sont tenues au secret professionnel... » ; L'article L. 127-7 du Code des assurances prévoit que « les personnes qui ont à connaître des informations données par l'assuré pour les besoins de sa cause, dans le cadre d'un contrat d'assurance de protection juridique, sont tenues au secret professionnel... ».

l'assureur est représenté, dépend de la fiabilité des informations qui seront échangées entre les différents organismes. En leur imposant le secret professionnel, les membres des différentes commissions, vont partager leurs connaissances sans craindre une circulation des informations confidentielles hors de leur cercle d'initiés.

#### b - L'absence de texte imposant à l'assureur une astreinte générale au secret professionnel

**886.** La seule forme de secret professionnel dont peut faire état l'assureur est celui afférent à l'exécution de ses missions confiés par les pouvoirs publics dans l'intérêt général. En effet, aucun texte ne permet de conforter une astreinte au secret professionnel de manière systématique et générale. De même qu'aucune procédure d'assermentation n'est prévue pour l'assureur, ou ses intermédiaires<sup>1215</sup>. C'est la raison pour laquelle, concernant le contrat d'assurance souscrit dans le cadre d'un intérêt privé, il nous semble qu'il ne peut être affirmé aux assurés que tous leurs secrets seront protégés sur le fondement de l'article 226-13 du Code pénal, qui est le texte applicable en cas de violation du secret professionnel. En cas de divulgation inopportune issue de la relation d'assurance, le seul fondement envisageable pour engager la responsabilité de l'assureur sera purement contractuelle. Néanmoins, en l'absence de toute désignation d'ordre légal, il convient de se référer à la jurisprudence pour être définitivement fixé sur le point de savoir si l'assureur est soumis au secret professionnel dans le cadre de son activité commerciale.

#### 2 - l'exclusion jurisprudentielle d'une astreinte au secret professionnel

**887.** À défaut de texte légal ou réglementaire, il revenait au juge de déterminer si l'assureur peut être astreint au secret professionnel. Les tribunaux ayant été amenés à se prononcer plusieurs fois sur ce point ont systématiquement refusé de l'y soumettre. La jurisprudence retient que l'assureur « n'entre pas dans la catégorie des personnes visées par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 378 du Code pénal... »<sup>1216</sup>. Cette solution peut paraître étrange dans le sens ou

<sup>1215</sup> Concernant ces derniers, la seule possibilité permettant de leur imposer le silence le plus absolu sur les secrets qu'ils auraient à connaître au cours de l'exercice de leur profession est fondé sur l'existence du contrat qui emporte une nécessaire obligation de loyauté, ou par l'insertion d'une clause de confidentialité à leurs contrats de travail ou de mandat. V. supra n° 810.

<sup>1216</sup> L'arrêt de principe est rendu le 28 Septembre 1999, et concernait la désignation du bénéficiaire d'une assurance vie, gardée secrète par le souscripteur et non divulguée à l'assureur, ce dernier, faisant valoir le respect dû au titre du secret professionnel réclamait cette information au titre de la nécessaire confiance devant être instaurée avec ses assurés. La Cour de Cassation pose le principe que cette information devait rester secrète vis-à-vis de l'assureur « qui ne figure pas parmi les personnes légalement tenues au secret professionnel », dès lors, le critère faisant obstacle à la reconnaissance du secret professionnel mis à la charge de l'assureur est motivé par le fait « qu'il ne soit pas le confident nécessaire du souscripteur au contrat... (ce qui) ne place pas... cette information sous le sceau de la confidentialité », Cass crim, 28 Septembre 1999, n°98-86.762 ; Dr. Pénal, 2000. 16 ; Revue science crim. 2000. 202 ; ainsi que pour le chef de service d'une compagnie d'assurance : Cass. crim., 19 Novembre 1985 n°83-92.813; CA Angers 2 Juillet 1998, juris data n° 1998-0455334.

l'activité première de l'assureur est de recueillir des informations confidentielles sur ses assurés, et ce dès leur demande de souscription.

**888.** Cependant, sous l'angle du secret professionnel, la révélation d'une confidence doit s'inscrire dans une relation de confiance<sup>1217</sup>. Une personne, qu'elle soit cliente ou patiente, ne divulguera ses secrets qu'à seules fins d'obtenir une aide, une réponse à ses problèmes. Alors que l'assureur ne reçoit les informations, même les plus personnelles, qu'à sa demande et à des fins ne tendant à la gestion du risque. L'assureur est un professionnel qui va exercer son activité le plus efficacement possible à l'aide des renseignements recueillis. La relation d'assurance ne s'insère pas dans le cadre d'une relation privilégiée. Telle que l'envisage la jurisprudence, la révélation du secret se fait dans le cadre d'une contrainte contractuelle élaborée dans un intérêt purement commercial.

**889.** Il nous semble donc faux de faire état d'un secret professionnel auquel serait astreint l'assureur. Le secret professionnel est une notion répondant à une définition précise posée à l'article 226-13 du Code pénal, auquel l'assureur n'est pas soumis d'un point vu légal. Certes il convient d'atténuer notre propos dans la mesure où certains textes légaux épars imposent de manière ponctuelle et très spécifique à l'assureur une obligation au secret. Mais les cas envisagés par le législateur sont des domaines où il n'intervient pas dans le cadre de son activité commerciale, exerçant principalement à titre de conseil au sein de commissions instaurées par les pouvoirs publics pour traiter de questions intéressant l'ordre public. L'assureur est certes un professionnel incontournable, dont la prestation est rendue nécessaire, ne serait-ce que par le développement de la responsabilité sans faute, mais pas un confident privilégié. Dès lors, quelles incidences cette absence d'astreinte au secret professionnel emporte-t-elle sur la protection effective des secrets recueillis ?

## B - Les conséquences du refus de l'astreinte au secret professionnel

**890.** L'exclusion de l'assureur de la sphère du secret professionnel entraîne plusieurs conséquences concernant tous les secrets qu'il recueille, en ce que ces derniers semblent moins protégés vis-à-vis des tiers (1). Mais cela ne signifie pas que l'assureur sera en mesure de disposer librement des informations confidentielles de l'assuré. Ce dernier étant en mesure d'imposer à l'assureur de protéger ce qui lui a été révélé sur le terrain contractuel (2).

### 1 - L'absence de protection légale du secret confié à l'assureur

---

<sup>1217</sup> L'article 378 ancien du code pénal définissait le dépositaire en fonction « des secrets qu'on leur confie ».

**891.** L'obligation au secret à son pendant : le droit de se taire. En ne soumettant pas l'assureur au régime du secret professionnel, les secrets de l'assuré semblent bénéficier d'une protection moindre, ne serait-ce que du point de vue de la sanction. En cas de divulgation inopportune, le tort causé ne le sera pas envers la société, mais seulement envers l'assuré qui ne pourra pas de ce fait, tenter une action sur le fondement de la violation du secret professionnel.

**892.** En réalité, le fait de ne pas être astreint au secret professionnel ne change pas grand-chose pour l'assureur en matière de gestions des secrets. Le secret professionnel n'est pas un mécanisme tendant à imposer à l'assuré une obligation de dire '*la vérité et toute la vérité*'. L'assuré sera toujours en mesure de ne divulguer que ce qu'il consent à confier, et il ne pourrait lui être reproché de ne pas avoir révélé tous ses secrets. Le secret professionnel est une obligation ne pesant que sur le confident en lui imposant de ne rien divulguer de ce qui lui a été confié, sauf dispositions législatives contraires.

**893.** Si l'assureur n'est pas un confident nécessaire, il est le dépositaire des secrets qui lui sont confiés, et reste à ce titre soumis à une obligation de non divulgation pour tout ce qui a été porté à sa connaissance dans le cadre de l'exercice de sa profession. La seule distinction est la gravité de la sanction attachée à la violation du secret professionnel. Une conséquence dont on peut se demander s'il est réellement dans l'intérêt de l'assureur de demander que ce régime de protection légale du secret lui soit étendu<sup>1218</sup>. Cependant, il convient d'atténuer notre propos, car l'assureur reste soumis à l'obligation de préserver les secrets qui lui sont confiés, mais sur un fondement contractuel.

## 2 - L'obligation de protection contractuelle renforcée des secrets de l'assuré

**894.** Le secret en assurance ne bénéficie pas d'une protection légale particulière, pourtant, les confidences recueillies à l'occasion de la conclusion et de l'exécution d'un contrat d'assurance sont des informations sensibles qui relèvent de la vie privée du cocontractant. En ne reconnaissant pas l'existence d'un secret professionnel dans la relation d'assurance nouée entre les cocontractants, le secret de l'assuré est réduit au rang d'un secret '*ordinaire*', et assimilé à une simple information portant sur une situation précise à un moment précis, ne méritant pas d'une protection légale. En assurance, les secrets reposent sur deux obligations respectives l'assuré doit divulguer ses secrets et l'assureur doit les protéger. Cette symétrie n'est pas imposée par le secret professionnel mais par la simple application du droit commun des contrats.

---

<sup>1218</sup> C'était la demande principale formulée dans l'arrêt du 28 septembre 1999, op. cit.



**895.** Si l'assureur n'est pas astreint au secret professionnel, il reste tenu à une obligation contractuelle de préserver les secrets confiés par son assuré, qu'il s'agisse d'une obligation de confidentialité ou d'un devoir de réserve, toutes les confidences faites à l'occasion de la conclusion ou de l'exécution du contrat d'assurance bénéficient d'une protection accrue, mais pas sur le plan pénal<sup>1219</sup>, car « le fait de révéler le nom du bénéficiaire d'une assurance (...) constitue une faute civile »<sup>1220</sup>.

**896.** Il nous semble que la principale difficulté de cette absence d'astreinte au secret professionnel, est plus perceptible du point de vue de l'assureur. Il sera délicat pour l'assureur de justifier le refus de divulguer les informations dont il dispose. En effet, signifier à un tiers que l'on est astreint au secret professionnel, met à l'abri tant le secret que le confident, qui opposera une fin de non recevoir à toutes sollicitations extérieures sans avoir à se justifier. Seul le secret professionnel permet de préserver ces deux aspects de la relation confidentielle. À cet effet, il convient d'observer si l'assureur bénéficie d'un accès privilégié au secret confié à des tiers astreints au secret professionnel et gravitant au sein de la sphère assurantielle.

**897. Conclusion section 1 :** Qu'il s'agisse du secret ou de la relation privilégiée, le secret professionnel marque l'interdiction absolue pour le confident de révéler ce qui a été confié à tout autre tiers, un tiers dont fait partie de toute évidence l'assureur. Il semblerait que l'assureur ne puisse se départir de sa qualité de commerçant face à un assuré profane qui va lui divulguer ses secrets.

## Section 2 : Les conditions d'accès au secret professionnel

**898.** Pour l'étude des conditions d'accès au secret confié par les assurés à des confidentiels privilégiés, il convenait de faire un choix parmi des professionnels présentant la particularité d'être à la fois astreints au secret, tout en étant amenés à côtoyer l'assureur, du fait de l'existence de relations d'affaires ponctuelles ou régulières. Les relations formées d'une part entre le confident privilégié et l'assuré, et d'autre part entre le confident privilégié et l'assureur, forment deux relations binaires en principe totalement hermétiques l'une de l'autre, mais dont l'interaction ne peut laisser indifférent quand il est question de transmission de secrets susceptibles de créer un conflit d'intérêts. Il est nécessaire de déterminer si l'assureur est en mesure d'accéder aux secrets de l'assuré par le biais de ces tiers avec qui il est amené à collaborer.

---

<sup>1219</sup> Cass. crim., 28 septembre 1999, op. cité. V. note Véron, Dr. Pén. 2000.16. Un assuré ne pourra pas obtenir gain de cause s'il porte plainte sur le fondement d'une violation du secret professionnel contre son assureur.

<sup>1220</sup> B. Py, Rép. Dalloz Pénal, *Le secret professionnel*, n°49.

À cet effet, nous étudierons ces différents professionnels en fonction de la nature du secret auquel ils sont astreints, en partant en ordre croissant des secrets les moins protégés, qui sont ceux les plus récemment imposés par le législateur, tels que le secret bancaire (**Sous section 1**), puis les secrets de nature complexes, étant à la fois relatifs et absolus, auxquels sont astreintes les professions juridiques (**Sous section 2**), et le secret médical qui est le plus protégé des secrets professionnels (**Sous section 3**).

## Sous section 1 - La nature des secrets imposés aux professions bancaires

**899.** Avec le développement des nouvelles techniques de distribution des produits d'assurance au sein des établissements bancaires, il existe un réel intérêt à favoriser la circulation du secret entre l'assureur, le banquier et les établissements de crédit en général<sup>1221</sup>. Ce n'est que très ponctuellement et dans un cadre très précis que ces trois acteurs que sont l'assuré-client, l'assureur et le banquier, verront leurs intérêts respectifs se superposer. Mais cela signifie-t-il que le banquier et l'assureur sont en mesure de se dévoiler mutuellement et librement tous les documents qu'ils ont en leur possession ? Pour déterminer si une telle circulation du secret est possible entre ces deux acteurs économiques, il est impératif de distinguer quelles obligations pèsent sur le banquier en matière des secrets qu'il recueille. Le secret professionnel imposé aux professions bancaires dont la nécessité a été reconnue très tôt<sup>1222</sup>, n'a cependant été imposé que très tardivement. Le traitement des informations confidentielles est donc le produit d'une longue expérience des affaires, instaurées par les usages avant d'être une notion légalement protégée (§1), de ce fait le secret n'étant pas envisagé de manière absolue, il est nécessaire de déterminer dans quelles conditions il serait possible de le faire circuler en faveur de l'assureur (§2).

### *§1 - Le principe de la protection des secrets du client-assuré*

**900.** Lorsque le banquier et l'assureur interviennent dans le cadre d'un intérêt commun telle que la bancassurance, les renseignements recueillis auprès du client-assuré tendent à la même finalité, et devraient en principe être identiques. En définitive autoriser le banquier et l'assureur à comparer les informations dont ils disposent, revient à vérifier que rien ne leur à

---

<sup>1221</sup> Mais que pour des raisons de simplification nous assimilerons à la profession bancaire, les professions financières de manière générale étant soumises aux mêmes obligations face au secret opposé ou divulgué à l'assureur.

<sup>1222</sup> S. Gossou « *La distribution de l'assurance par les banques* » Thèse PUAM 2006, avant propos de D. Langé et préface de Cl. Ophèle. L'auteur cite que dans « un arrêt très ancien du 2 avril 1639, le Conseil du Roi affirmait que le secret est absolument nécessaire dans les négociations de banque, change, commerce et finance... ».

été dissimulé, ce qui est conforme aux impératifs de transparence requis par l'obligation de loyauté et de bonne foi. Dès lors, il semblerait légitime qu'ils échangent les informations recueillies à l'occasion de la même opération économique. Cependant, le banquier étant soumis au secret bancaire n'est pas libre de disposer des secrets qu'il recueille (B). Mais le secteur bancaire, a su développer des procédures de révélation des secrets avec ses partenaires financiers en '*circuit fermé*', qu'il nous faut étudier pour déterminer si l'assureur peut bénéficier de ce mode de circulation moins contraignante des secrets en '*interne*' (A).

#### A - Les différents modes de circulation des secrets au sein de la profession bancaire

**901.** Il existe plusieurs sortes de secrets circulant dans le milieu bancaire et autant de régimes applicables en vue de leur divulgation. Il est donc nécessaire de vérifier si d'une part, l'assureur est en mesure de bénéficier de ce régime de libre circulation des secrets bancaires (1), et si d'autre part, il peut bénéficier des procédures spécifiques favorisant l'accès aux fichiers automatisés soumis à la réglementation de la CNIL (2).

#### 1 - La circulation du secret favorisée par les usages de la profession bancaire

**902.** Certains usages confortés par des textes réglementaires, définissent les secrets auxquels peuvent accéder les professions bancaires, et qu'il convient d'analyser (a) afin de déterminer si ces dispositions pourraient être étendue au cadre de la bancassurance (b).

#### a - Le secret et la circulation d'une information confidentielle

**903.** Les établissements financiers ont instauré les fondements d'une coopération bancaire<sup>1223</sup> qui permet la circulation des secrets de leur clientèle. Cette forme de divulgation permet de réduire « l'asymétrie d'information »<sup>1224</sup> observée lors de la conclusion d'un contrat de prêt<sup>1225</sup>. Le secret circule librement, mais sous la forme d'une information confidentielle. En effet, il n'est pas question de se transmettre des dossiers complets ou des informations précises<sup>1226</sup>, en réalité, le secret circule par le biais d'un code mis au point par la pratique, et

---

<sup>1223</sup> JCN Banque fasc. 180, « appréciation du risque de crédit à une entreprise, Sources privées d'information » n°54.

<sup>1224</sup> JCN Banque fasc. 180, op. cit.

<sup>1225</sup> Cela concerne la situation d'un emprunteur qui s'adressera à plusieurs entreprises financières pour obtenir un prêt, l'intérêt de l'opération étant de ne demander qu'une petite somme à chaque établissement, afin de limiter les refus de prêt trop élevés. Cependant les établissements bancaires pourront également favoriser cette division des risques notamment pour les octrois de prêts en faveur d'entreprises. Cet échange de l'information des organismes dispensateurs de crédit « améliore leur capacité d'analyse du risque. Mieux informés et mieux outillés... leur prise de décision n'en sera que plus facile et plus juste ». V. JCN Banque fasc. 180, op. cit.

<sup>1226</sup> Tels que les chiffres et les relevés de comptes, v. J. Piot *Les renseignements bancaires et le secret professionnel*, RTD Com, 1977 p. 349.

selon un auteur, quelque peu emprunt « d'hypocrisie »<sup>1227</sup>. La jurisprudence amenée à se prononcer sur la conciliation du secret bancaire avec la pratique de la circulation en interne des informations concernant la fiabilité des clients emprunteurs, a consacré ce système de codification définissant leurs profils<sup>1228</sup>. Mais cette circulation est cependant limitée.

**904.** La définition de l'information privilégiée constitutive du secret a été dégagée par la réglementation européenne<sup>1229</sup> qui délimite dans le même temps le périmètre de sa circulation<sup>1230</sup>. Le secret du monde des affaires est certes accessible, étant reconnu que « la détention de l'information par plusieurs personnes ne la (*privait*) pas de son caractère privilégié »<sup>1231</sup>, mais il ne peut librement circuler qu'au sein d'un cercle restreint composé des seuls initiés. La délimitation du périmètre de la circulation du secret inclut-elle l'assureur ? À priori, dans le secteur récent de la bancassurance, ces deux opérateurs ont les mêmes clients et ont une communauté d'intérêt à travers l'opération de crédit, dont le contrat d'assurance est l'accessoire. Pour déterminer si l'assureur peut bénéficier de la circulation du secret, il convient d'observer la qualité de l'assureur vis-à-vis des acteurs financiers.

#### *b - L'étendue de la divulgation d'une information confidentielle*

**905.** Le secret est protégé en fonction de son contenu. Le critère déterminant de l'obligation au secret est fondé sur le degré de précision de l'information, c'est cette donnée qui emportera l'obligation de la maintenir confidentielle ou non. Ainsi, la divulgation de la seule souscription du contrat de prêt, est en soi insuffisante pour imposer l'obligation de confidentialité. Mais la divulgation du contenu, ou des éléments essentiels que comporte le contrat, tel que les biens, la situation soumise à garantie, le montant de l'indemnité, et le nom de l'assuré ou du bénéficiaire de l'indemnité, ne peuvent être librement révélés.

---

<sup>1227</sup> Ce code est composé de formules à la fois générales et précises qui permettent de révéler le profil de l'emprunteur sans entrer dans les détails de sa situation personnelle et professionnelle. Une méthode qui, comme le souligne un auteur, est empreinte « d'hypocrisie ... en effet cette 'opinion de la place' est assise sur des informations qui sont, elles, parfaitement précises et chiffrées... Cette opinion est donc très importante et se suffit à elle seule », F. J. Crédot, *Le secret bancaire : son étendue et ses limites, la fourniture de renseignements commerciaux par les banques*, LPA 17 février 1993. 10, note n°5. L'auteur nous donne en détail toutes les formules utilisées telles que (partant du client le plus fiable au plus dangereux financièrement) « gros crédit sur la place, petits crédits, échéances difficiles, surface modeste... ».

<sup>1228</sup> CA Paris 6 février 1975, D. 1975. 318, note J. Vézian.

<sup>1229</sup> Directive européenne n°89/592 du 13 novembre 1989 concernant la coordination des réglementations relatives aux opérations d'initiés.

<sup>1230</sup> Ces principes directeurs ont été repris par la Commission des Opérations Boursières, en ce que « l'information privilégiée désigne toute information non publique, précise concernant un ou plusieurs contrat... qui si elle était rendue publique pourrait avoir une incidence sur le cours ... du contrat » Règlement de la COB n° 90-08, article 1<sup>er</sup> Bull. COB septembre 1991, p. 7

<sup>1231</sup> CA Paris, 14 janvier 1993, Gaz. Pal. 1993, 1, jurispr. p. 198, note J.P. Marchi.

**906.** Les juges ne manquent pas d'apprécier l'information privilégiée en fonction de la qualité de son destinataire<sup>1232</sup>. Elle fixe les limites de sa circulation à « la sphère bancaire »<sup>1233</sup>, point de référence entre la divulgation autorisée ou illicite. Cependant la jurisprudence observe très strictement ce principe, et ne manque pas de sanctionner une divulgation entre une société mère et une filiale, ce qui rend la délimitation du périmètre de circulation du secret assez fluctuant<sup>1234</sup>, mais aussi, bien plus limité de ce que nous pouvions envisager.

**907.** Si l'assureur et le banquier sont en relation d'affaires, cela reste insuffisant pour envisager une divulgation respectueuse des secrets par la voie d'une procédure interne. L'assuré contracte deux contrats avec deux interlocuteurs distincts, vis-à-vis desquels s'applique l'effet relatif des contrats. Le secteur de l'assurance et le secteur bancaire sont des domaines d'activités distincts qui ne permettent pas l'instauration d'une passerelle favorisant la circulation du secret entre l'assureur et le banquier en vertu des seuls usages bancaires<sup>1235</sup>. Mais nous pouvons également envisager la divulgation du secret sous une autre forme, telle qu'un échange de fichiers informatiques.

## 2 - La circulation du secret autorisée sous sa forme restreinte par la réglementation de la CNIL

**908.** Dans le cadre de son activité, le banquier est également amené à créer des fichiers servant à la collecte et à la conservation des données confidentielles recueillies, le plaçant de ce fait dans l'obligation de respecter les dispositions de la loi « informatique et liberté »<sup>1236</sup>. La particularité de cette législation est qu'elle s'est élaborée bien avant que le secret professionnel n'ait été imposé aux professionnels du secteur bancaire. Le traitement des fichiers informatisés s'est donc développé d'une part en privilégiant l'équilibre des intérêts en présence; et d'autre part, en accordant une place certaine à la notion de la divulgation car, le secret n'est pas envisagé sous l'angle unique de la protection.

---

<sup>1232</sup> Cass. crim. 26 juin 1993, n°, voir pour l'appréciation distributive effectuée par les juges les commentaires de A. VIANDIER JCP E, 1996, II, n° 766 et de M. P. LUCAS DE LEYSSAC JCP, E, 1997, I, 625, n°11.

<sup>1233</sup> Cass. crim. 18 octobre 2000, n° 99-85563.

<sup>1234</sup> CA Paris 8 octobre 1981, D. 1982, inf. rap.obs. M. VASSEUR, p.124.

<sup>1235</sup> Le client garde tous ses droits sur l'utilisation qui pourra être faite de ses secrets. En cas de divulgation, il pourra engager la responsabilité civile du banquier en application des règles de droit commun. Mais il devra supporter la charge de la triple preuve requise en application de l'article 1382 du Code civil et de démontrer l'existence de la faute, du préjudice et du lien de causalité. Il est parfois difficile d'agir sur le terrain civil, « il y a des violations du secret qui ne causent aucun préjudice au client, ou dont le préjudice est indéterminable ... (de plus)... lorsque le banquier divulgue des informations confidentielles qui sont à l'avantage du client » l'action en responsabilité civile est rendue plus aléatoire. F. GRUA, juris. Cl., fascicule 335-10, « Banquier responsabilité civile d'ordre générale ».

<sup>1236</sup> Toutes les modalités de la loi du 6 janvier 1978 sont d'application identiques à celle étudiée pour l'assureur nous ne développeront pas ces dispositions déjà détaillé supra n° 821.

**909.** C'est ainsi que dans le cadre d'une divulgation envisagée dans le cadre de la bancassurance, l'assureur et les banquiers sont des partenaires commerciaux pouvant prétendre à un échange de fichiers. Mais cet échange n'est pas laissé à la libre appréciation de ces partenaires commerciaux, qui soumis à la même réglementation « informatique et liberté » doivent indépendamment satisfaire aux mêmes obligations, « un établissement bancaire ne peut en conséquence pas céder librement ses fichiers ou ses bases de données à une compagnie d'assurance et vice versa, même s'agissant d'une filiale, dans la mesure où il s'agit de deux entités juridiquement distinctes, soumises chacune pour leur propres fichiers ou bases de données aux dispositions de 1978 »<sup>1237</sup>. Il faut donc que le consentement de l'assuré (et du client pour la banque), valablement informé de l'utilisation qui sera faite de ses données soit obtenu par chacune de ces entités distinctes, si l'une d'entre elle n'obtient pas ce consentement elle ne pourra divulguer ses fichiers à ses partenaires commerciaux.

**910.** Les fichiers placés sous l'autorité de la CNIL, bénéficient d'un assouplissement sous la forme d'une la circulation des fichiers entre les professionnels du secteur bancaire. Cette révélation s'effectue sous la forme des modèles de fichiers simplifiés et normalisés, qui contiennent des informations pouvant circuler<sup>1238</sup>. Certes le contenu de ces informations est très limité, mais, nous pourrions penser que le banquier pourrait utiliser cette forme de divulgation dans le cadre de la bancassurance.

Cependant la CNIL fixe une limite et n'autorise pas la divulgation des informations nominatives confidentielles à des commerçants<sup>1239</sup>. Une position reprise par la jurisprudence et selon laquelle, le banquier ne peut disposer des données confidentielles nominatives à sa guise, et en aucun cas les divulguer à des commerçants<sup>1240</sup>. En l'espèce, un banquier ayant divulgué une liste informatique des personnes qui présentaient un risque financier, a engagé sa responsabilité pour divulgation non autorisée à des commerçants<sup>1241</sup>. Cette décision est intéressante dans la mesure où elle nous donne à travers la qualité de commerçant, un critère selon lequel les informations détenues par le banquier pourront ou non être divulguées à des partenaires économiques. L'assureur exerçant une activité commerciale extérieure au domaine

---

<sup>1237</sup> S. Gossou « La distribution de l'assurance par les banques », thèse Université Paul Cézanne Aix Marseille III, PUAM 2006.

<sup>1238</sup> La délibération n° 80-22 du 18 juillet 1980, complétée de la délibération n° 81-54 du 26 mai 1981 de la CNIL, prévoit des modèles types simplifiés encadrant le contenu de fichiers relatifs à la tenue des comptes, à la gestion des crédits et les biens immobiliers.

<sup>1239</sup> Article 42 de la loi du 6 janvier 1978.

<sup>1240</sup> CA Rennes, ch. corr., 13 janvier 1992, D. 1993. 54, note M. Vasseur ; et D. 1994. 287, note H. Maisl.

<sup>1241</sup> En l'espèce, le directeur d'un établissement bancaire, avait édité spécialement pour un organisme de crédit, avec qui il collaborait régulièrement, une liste informatique nominative de ses clients qui ne présentaient aucune fiabilité sur un plan financier, CA Rennes, 13 janvier 1992, op. cit.

bancaire, est de ce fait vis-à-vis du banquier, un tiers non autorisé. Dès lors, ni les usages professionnels, ni les assouplissements spécifiques au secteur bancaire envisagés par la réglementation de la CNIL ne permettent au secret de circuler entre les opérateurs de la bancassurance, deux sphères à la fois si proches, et pourtant totalement distinctes, qui ne pourront faire abstraction de la volonté de l'assuré-client s'ils veulent échanger ses secrets<sup>1242</sup>. Il nous faut observer si la solution serait la même en application d'une réglementation dérogatoire et totalement autonome imposant au banquier l'obligation de préserver le secret: le secret bancaire.

## B - Le domaine d'application du secret professionnel bancaire

**911.** Avant l'intervention du législateur le secret bancaire bénéficiait d'une reconnaissance jurisprudentielle, qui imposait aux professions bancaire une obligation générale au secret<sup>1243</sup>. Pour envisager la possibilité d'une circulation des secrets bancaires en faveur de l'assureur, il faut délimiter le régime de l'obligation légale au secret (1), afin de relever dans quelles mesures les secrets pourront être révélés (2).

### 1 - Les principes directeurs de la protection légale des données bancaires

**912.** Le législateur consacre avec le secret bancaire<sup>1244</sup> la reconnaissance d'un devoir fondé sur le secret professionnel accorde au banquier le « droit de garder le silence sur un certain nombre de données confidentielles qu'ils détiennent sur leur clients, titulaires de comptes ou bénéficiaires de certains financements »<sup>1245</sup>. La spécificité du secret imposé au banquier est qu'il est instauré à seules fins de préserver les intérêts des clients, et appliqué par les employés de banque qui ne peuvent divulguer aucune information confidentielle concernant leur clientèle<sup>1246</sup>. Cette protection est renforcée du seul fait que le secret recueilli par le banquier relève du droit au respect de la vie privée<sup>1247</sup>.

---

<sup>1242</sup> Le consentement du client est nécessaire pour la transmission de données nominatives confidentielles.

<sup>1243</sup> Fondée sur l'ancien article 378 du Code pénal qui régleme le secret professionnel (actuel article 226-13 du code pénal).

<sup>1244</sup> Par la loi du 24 janvier 1984, actuellement codifié à l'article 511-33 alinéa 1<sup>er</sup> du Code monétaire et financier. L'ancien article 57 de la loi n°84-46 du 24 janvier 1984 prévoit que « Tout membre d'un conseil d'administration et selon les cas, d'un conseil de surveillance et toute personne qui à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou qui est employé par celle-ci est tenue au secret professionnel dans les conditions et les peines prévues à l'article L.571-4 » du Code monétaire et financier qui opère par renvoi aux dispositions de l'article 226-13 du Code pénal.

<sup>1245</sup> C. Gavalda *Inopposabilité du secret bancaire aux officiers de police judiciaire agissant sur réquisitions du procureur de la République dans le cadre d'une enquête préliminaire*, D. 1994. 402.

<sup>1246</sup> TGI Paris, 20 novembre 1990, D.1992. 31, note M. Vasseur.

<sup>1247</sup> Article 19 de la loi du 6 janvier 1978 de la « loi informatique et liberté », qui assure la garantie des secrets protégés par la loi et qui doit être respecté au sein de l'établissement bancaire.

**913.** Le secret bancaire est « un secret spécifique ... modulable et relatif »<sup>1248</sup>, à ce titre le législateur reconnaît un droit de communication à des tiers déterminés, tels que la caution de l'emprunteur<sup>1249</sup>, ou les ayants droits d'un client décédé<sup>1250</sup>. La nature relative du secret bancaire favorise une divulgation des informations confidentielles à certains organismes<sup>1251</sup>, mais seulement si la loi bancaire le prévoit expressément<sup>1252</sup> et sous certaines conditions<sup>1253</sup>.

Néanmoins, la protection des secrets reste très élevée, en ce que « le secret professionnel constitue un empêchement légitime opposable au juge »<sup>1254</sup>. Sur un plan judiciaire le secret peut être levé en faveur de l'administrateur judiciaire, qui étant substitué dans les droits et obligations du gérant soumis à une procédure collective, suppose que son consentement à la divulgation, est présumé acquis<sup>1255</sup>. De même que le secret peut être levé de manière indirecte et au seul bénéfice de l'expert<sup>1256</sup>.

La nature relative du secret bancaire nous permet de déduire d'une part que le banquier n'est pas libre de communiquer des informations confidentielles qu'il détient à l'assureur. Mais cela laisse entrevoir d'autre part, une hiérarchie des secrets circulant au sein des établissements bancaires, nous permettant de supposer que certaines informations pourraient être accessibles à l'assureur.

---

<sup>1248</sup> C. Gavalda op. cit.

<sup>1249</sup> La divulgation a cependant lieu de manière indirecte, c'est ainsi que les ayants droit de la caution pourront avoir accès aux informations bancaires non pas auprès du banquier, mais auprès du liquidateur judiciaire d'une société, voir, CA Colmar, 2<sup>e</sup> ch. civ. sect. A, 7 juin 2007, juris data n° 2007-3418 42.

<sup>1250</sup> TGI Paris, 10 juillet 1991, D. 1993. 55.

<sup>1251</sup> Un aménagement est mis en place par le législateur au bénéfice de certains organismes Il s'agit notamment de la Banque de France et de la Commission bancaire ( L. 511-33 du Code monétaire et financier), de la Commission des opérations de bourse (Ordonnance n°67-833, du 28 septembre 1967, article 5B modifié par l'article 2 de la loi n°89 -531, du 2 Août 1989), du conseil de la concurrence (article 47 et 48 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> Décembre 1986) , de la CNIL ( Article 21 de la loi n° 78-17, du 6 janvier 1978), de l'autorité judiciaire (article L. 511-33 du Code monétaire et financier), de l'administration fiscale (Article L. 83 et L. 85 du Code monétaire et financier), de l'administration des douanes (article 65 et 455 du Code des douanes), ...

<sup>1252</sup> Selon M. Vasseur, le secret bancaire, en matière civile et commerciale, ne peut être levé que dans les cas énumérés limitativement par la loi bancaire, D. 1994.328.

<sup>1253</sup> Pour une divulgation aux autorités judiciaires, v. Cass. crim., 4 janvier 1993, D. 1994. 185, obs. J. Pradel.

<sup>1254</sup> Le juge des référés avait demandé la production d'une copie intégrale de chèque, demande à laquelle le banquier s'était opposé, ce qui a été approuvé par la Cour de cassation, Cass. com., 8 juillet 2003, D. 2003.2170, note V. Avena-Robardet; JCP 2004, II, 10068, note D. Gibirila. En effet, le pouvoir du juge civil « d'ordonner à une partie ou à un tiers de produire tout document qu'il estime utile à la manifestation de la vérité, est limité par l'existence d'un motif légitime tenant notamment au secret professionnel », Cass. com., 25 février 2003, D. 2003. 1162, note V. Avena-Robardet; H. Synvet, *Le juge civil face au secret bancaire*, D. 2003. 340.

<sup>1255</sup> Ainsi, la levée pure et simple sur tout le dossier interne d'un client est envisageable dans le cas très précis d'une « demande de communication des pièces émanant de l'administrateur de la société en redressement judiciaire », Cass. com., 11 avril 1995, D. 1996. 573, note H. Matsopoulou.

<sup>1256</sup> Si le juge ne peut avoir un accès direct aux documents couverts par le secret bancaire, il doit cependant être tenu compte du principe selon lequel, « l'intérêt supérieur de la justice commandé par l'article 10 du Code civil limite la portée du secret bancaire qui ne revêt pas un caractère absolu et commande qu'en pareille circonstance qui ne se heurte à aucun obstacle légitime les renseignements sollicités puissent être fournis à un expert »TGI Carpentras, 24 septembre 1997, D. 1998. 625, note O. Staes, *Secret bancaire et impératif de justice*.



## 2 - La distinction graduelle des secrets protégés

**914.** Dans le cadre du secret bancaire, tous les secrets ne bénéficieront pas de la même protection. C'est ainsi que certains secrets pourront être divulgués s'ils portent sur une information non confidentielle (a) ou factuelle (b).

### *a - La révélation encadrée d'une information non confidentielle*

**915.** À première vue, aucun échange n'est envisageable entre le banquier et l'assureur s'il porte sur des informations confidentielles qui est le terme usuel du secret. Mais, *a contrario*, cela suppose que les informations '*non confidentielles*' pourront être divulguées, ce qui nous incite à définir ce qu'est une information confidentielle. Bien souvent « la distinction des informations confidentielles et de celles qui ne le sont pas demeure floue »<sup>1257</sup>. En la matière le principe directeur est que, plus l'information sera précise, et plus elle sera confidentielle. Cela concerne principalement toutes les données précises détenues par le banquier<sup>1258</sup>. Le secret s'impose toutes les fois qu'il s'agit de divulguer des données chiffrées exactes, telle que la révélation du montant du découvert<sup>1259</sup>. Toutefois, plus une information est générale, plus elle sera susceptible d'être divulguée, ainsi un banquier peut donner à un confrère la position générale d'un compte client<sup>1260</sup>.

**916.** Mais l'assureur n'est pas un confrère du banquier, il ne peut donc pas bénéficier de révélation portant sur les données bancaire des assurés même si elles entrent dans la catégorie des informations non confidentielles. Tous les secrets recueillis par le banquier dans le cadre de son activité de gestion de compte<sup>1261</sup>, n'auront pas vocation à être révélés<sup>1262</sup>. Néanmoins, une autre forme de circulation du secret peut être envisagée si elle concerne une information factuelle. Comme la divulgation qui intéressera l'assureur concerne principalement les dossiers de prêts pour lesquels il aura vocation à intervenir, il nous faut déterminer si le contrat souscrit dans le cadre de la bancassurance est une information factuelle.

---

<sup>1257</sup> Notamment pour ce qui concerne la communication d'un chèque, F. Grua, JCN, fascicule 335-10, op. cit.

<sup>1258</sup> Le banquier ne peut pas divulguer la position d'un relevé de compte, ni transmettre le montant exact du découvert de ses clients à ses partenaires. CA Paris 17 octobre 1931, Gaz. Pal. 1932, 1, p. 19 et plus récemment, CA Versailles 23 mars 1994, D. 1994. 328 obs., M. Vasseur.

<sup>1259</sup> CA Toulouse, 6 février 1980, D. 1980.18, note M. Vasseur.

<sup>1260</sup> CA Paris 23 avril 1976, RTD Com. 1977. 346, obs. Cabrillac et Rives-Lange.

<sup>1261</sup> Au quotidien, le banquier est un tiers privilégié avec lequel l'assuré-client entretient des relations d'affaires continues, dans un intérêt tout autre que la conclusion d'un contrat d'assurance. Au cours de l'exercice de son activité, le banquier est en mesure de recueillir des informations strictement confidentielles concernant ses clients, qu'il s'agisse du montant des salaires, de l'existence de créanciers, du nombre exact de crédits souscrits, des difficultés de solvabilité présentes ou passés, des saisies pratiquées... Ce qui implique tout ce qui a trait la vie privée de ses clients. Ces informations bénéficiant, de ce seul fait, d'une protection absolue.

<sup>1262</sup> Houin, Rapport sur le secret des affaires en droit français in « *le secret et le droit* », Travaux Association H. Capitain T. XXV, éd. Dalloz, 1974 p. 263.

## *b - La libre circulation d'une information factuelle*

**917.** Le secret bancaire n'est pas intangible, c'est un secret relatif pouvant être levé au regard de l'intérêt qu'il préserve. Selon la jurisprudence les « documents qui présenteraient un caractère factuel » ne sont pas confidentiels et peuvent donc être divulgués<sup>1263</sup>. Cela concerne les données générales, telles que les documents dispensés dans le cadre d'une demande de crédit, « le secret absolu ne s'étend pas aux éléments purement factuels relatifs à la demande de prêt, ses modalités précises et la réponse motivée donnée par la banque »<sup>1264</sup>.

**918.** Cet aménagement est autorisé dès lors que « le secret bancaire n'est pas une immunité mais une mesure de protection »<sup>1265</sup>. La protection des informations confidentielles « protège l'intérêt privé du client de l'établissement, le secret bancaire peut être conventionnellement levé »<sup>1266</sup>. Ces éléments factuels pourront de ce fait être transmis à l'assureur, mais seulement si le client donne son accord à leur divulgation par écrit, à cet effet « les offres préalables de crédit incluent généralement une clause prévoyant la levée du secret bancaire ... souvent couplée avec des mentions relatives à la loi informatique et liberté »<sup>1267</sup>, les documents constituant une demande de prêt pourront être transmis à l'assureur.

Les informations factuelles portent sur tout ce qui relève de l'offre préalable de crédit<sup>1268</sup>. Ces documents sont ceux qui intrinsèquement intéressent en premier lieu l'assureur qui pourra accéder aux documents qui lui permettront de comparer les informations divulguées par l'assuré à son banquier et de vérifier si aucun secret ne lui a été opposé. Cependant, en admettant que l'assureur fasse partie de ce cercle restreint d'initié susceptible d'accéder aux secrets des clients du banquier, dans quelles conditions et à quels documents peut-il réellement avoir accès ? Car l'intérêt n'est pas seulement de se voir reconnaître le droit d'obtenir certains renseignements, encore faut-il qu'ils soient pertinents et utiles à l'assureur.

## *§2 - Les modalités de la divulgation du secret à l'assureur*

---

<sup>1263</sup> TGI Carpentras, 24 septembre 1997, op. cit. Voir dans le même sens, TGI Nice, (ord. Prés.), 2 juillet 1981, D. 1982. 24. note M. Vasseur.

<sup>1264</sup> CA Versailles, 14<sup>e</sup> ch. civ., 23 mars 1994, op. cit.

<sup>1265</sup> O. Staes, Secret bancaire et impératif de justice, D. 1998. 625.

<sup>1266</sup> O. Staes Secret bancaire et impératif de justice, op. cit.

<sup>1267</sup> S. Gossou « La distribution de l'assurance par les banques », l'auteur relève les différents modèles de clauses existantes telles que « les informations nominatives peuvent dans la limite du secret et de la déontologie bancaires être utilisées pour vous proposer nos produits et ceux de nos partenaires, sauf opposition de votre part... » ; Ou « Vous autorisez le prêteur par exception au principe relatif au secret professionnel posé par l'article L.511-3 du Code monétaire et financier à communiquer à toute entreprise liée contractuellement pour l'exécution du contrat, tout renseignement que vous lui auriez transmis. ». op. cit.

<sup>1268</sup> La révélation porte sur des éléments tels que, la date de la demande, le montant du prêt sollicité, l'échéancier sollicité, le taux d'endettement général des demandeurs, le motif de refus de prêt... V. M. Vasseur, *Secret bancaire et conditions de refus de prêt*, D. 1994. 328.

**919.** Le secret professionnel mis à la charge du banquier est instauré dans le seul intérêt du client-assuré. Il est donc en mesure de délier le banquier de son obligation, et de favoriser l'échange de ses secrets, avec son assureur (A). Mais certaines pratiques de la bancassurance envisagent d'autres modes de la circulation du secret qui s'affranchissent aisément des mécanismes de protection inhérent au respect du secret bancaire (B).

#### A - L'étendue de la divulgation du secret bancaire

**920.** Le secret bancaire est un secret relatif instauré à seules fins de protéger les intérêts du client. Le banquier doit veiller à protéger sa relation privilégiée avec ses clients, n'étant que le dépositaire de leurs secrets, il ne peut en disposer sans leur consentement. Même en ayant obtenu leur accord, le banquier doit distinguer la pertinence de l'information divulguée à ses partenaires économiques et préserver la confidentialité que ses clients sont en droit d'attendre<sup>1269</sup>.

**921.** Le banquier passant de '*Charybde à Sylla*', est contraint de faire un tri des données qu'il détient en fonction de la légitimité de la divulgation, ce qui le place dans une situation très inconfortable. En effet, cela implique la nécessité de cerner l'étendue de la divulgation pouvant être faite au bénéfice de l'assureur. Certains auteurs ont pu relever la dualité du régime sous lequel sont placées les informations couvertes par le secret bancaire<sup>1270</sup>. Dès lors, il s'agit de déterminer parmi toutes les informations confidentielles, celles qui pourront être divulguées à l'assureur sans violation des intérêts légitimes de l'assuré.

**922.** La situation est complexe, car certaines informations bénéficieront d'une protection légale distincte qui ne souffrira aucune divulgation même avec l'accord du client-assuré, cela concerne tous les secrets « d'ordre privé notamment la situation médicale du client »<sup>1271</sup>. Les tribunaux vérifient que « tous les renseignements d'ordre privé, notamment la situation médicale de ses clients »<sup>1272</sup>, soient soustraits du domaine de la divulgation.

De plus, il peut arriver que l'information en elle-même ne soit pas qualifiée de confidentielle pouvant à ce titre être divulguée, mais qu'elle soit conservée sur un document qui lui, ne pourra être librement divulgué, tel qu'un relevé de compte, ce qui rend la divulgation incertaine, voire improbable, même si elle porte sur des éléments factuels qui en principe peuvent être révélés avec le consentement du client.

---

<sup>1269</sup> Cass. com., 11 avril 1995, D. 1996. 573, note H. Matsopoulou.

<sup>1270</sup> Voir dans ce sens O. Staes, *Secret bancaire et impératif de justice* op. cit. ; Gavalda et Stoufflet, « *Droit du crédit* », T. 1 éd. Litec n° 592 p. 390 et suivant ; Rives-Lange et Contamine-Raynaud, « *Droit bancaire* », précis Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd. 1995, n° 178, p. 164.

<sup>1271</sup> Crédot et Gérard, RD bancaire et bourse 1994. 259.

<sup>1272</sup> CA Versailles, 14<sup>e</sup> ch. civ., 23 mars 1994, D. 1994. 328, note M. Vasseur.

**923.** Nous pouvons observer plusieurs degrés de protection du secret. Les informations factuelles couvertes par le secret bancaire seront plus accessibles à l'assureur que les informations confidentielles circulant dans le cercle des initiés du secteur de la finance. Cependant si la circulation des secrets passe nécessairement par le consentement de l'assuré-client, elle ne peut concerner tous les documents détenus par le banquier. Ces différents obstacles ont été pris en considérations par les acteurs de la bancassurance qui ont mis au point un système permettant de contourner les obligations liées à toutes formes de protection des secrets des clients, et ce, de la manière la plus simple qui soit.

#### B - Le procédé de contournement du secret bancaire

**924.** il semblerait que le banquier ait développé avec les entreprises auxquelles il est lié contractuellement, et dont font partie les entreprises d'assurance, une procédure permettant de contourner toutes les réglementations protectrices du secret, à seules fins de favoriser un accès privilégié aux informations protégées et insusceptibles de faire l'objet d'une divulgation<sup>1273</sup>. Dans un premier temps, l'assureur transmet un profil type des clients susceptibles de l'intéresser, le banquier étudie ses dossiers et fait une sélection des clients réputés fiables, pouvant être concernés par la distribution d'un produit d'assurance. Une fois le choix entre le *'bon grain et l'ivraie'* effectué en fonction des critères posés par l'assureur, le banquier va conseiller à ses clients *'triés sur le volet'* de prendre l'initiative de contacter directement l'assureur avec lequel le banquier collabore. L'assureur mis en contact direct avec ces souscripteurs, sera libre de leur demander directement toutes les informations confidentielles dont il a besoin pour exercer son activité, notamment par le biais du questionnaire de risque initial complété le cas échéant par un questionnaire médical.

**925.** Certains auteurs soulignent l'intérêt de prendre en considération la nécessité de partager certains secrets dans le secteur de la bancassurance, et dont la transmission de données confidentielles nominatives, serait grandement facilitée si l'on reconnaissait au banquier le statut de courtier en assurance, quand il exerce dans le cadre de certaines fonctions, telles que la distribution de l'assurance<sup>1274</sup>. Cependant, même si l'on était en mesure de distinguer les différentes activités exercées par le banquier, lui accorder un statut de courtier à l'occasion de la distribution de l'assurance, ne limiterait pas son astreinte au secret professionnel bancaire, ou au respect de la réglementation de la CNIL, dès lors, cela ne changerait rien en matière de

---

<sup>1273</sup> S. Gossou « La distribution de l'assurance par les banques » op. cit..

<sup>1274</sup> J. Bigot, D. Langé « Traité de droit des assurances, T.2, La distribution d'assurance », éd. L.G.D.J. 1999.

op. cit. n° 89 ; S. Gossou « La distribution de l'assurance par les banques » pour qui l'adoption du statut de courtier est une solution palliative, op. cit. n° 91.

protection des secrets qu'il détient<sup>1275</sup>. Tandis que cela aggraverait sa position au regard de l'obligation de renseignement qui, rappelons le, est moins étendue que celle imposée au courtier. Dans ces conditions, la modification du statut du banquier au regard de la distribution des produits d'assurance, ne présente pas tous les avantages de la technique de la présentation de clientèle élaborée entre ces deux opérateurs pour accéder au secret. Mais le secret professionnel ne peut être aussi aisément contourné, surtout quand ils à trait à la protection des droits de la défense.

## Sous section 2 : Le secret des professions judiciaires

**926.** Si le secret professionnel imposé aux notaires est reconnu dès l'instauration de leur profession, l'avocat s'est au cours de l'histoire, souvent vu contesté le droit au secret.

Dès le moyen âge, le secret professionnel de l'avocat puise sa source dans le secret de la confession<sup>1276</sup>. Sous l'Ancien Régime le secret professionnel est une coutume qui avait force de loi, mais la Révolution de 1789, empreinte d'anticléricisme, marque une hostilité qui sera fatale à la profession d'avocat, l'Ordre est dissous et chacun dispose désormais de la liberté de se défendre seul<sup>1277</sup>. Les avocats contraints d'exercer officieusement, se regroupaient au sein d'une association « les avocats du Marais »<sup>1278</sup>, jusqu'à ce que l'empereur reconnaissant leur utilité les sortent de ce '*marasme*' en reconstituant l'Ordre dès 1810<sup>1279</sup>, pour le soumettre dans le même temps, au secret professionnel codifié depuis peu à l'article 378 du Code pénal. C'est à ce même article, mais seulement à partir de 1989, que seront astreints les juristes d'entreprises et les gestionnaires des dossiers juridiques confiés au service de l'assureur.

Plusieurs professionnels juridiques astreints au secret professionnel auront vocation à intervenir au cours de la relation d'assurance, nous nous attacherons plus particulièrement aux notaires (§1), aux gestionnaires des dossiers juridiques exerçant au sein de l'entreprise d'assurance (§2) et aux avocats (§3) qui sont astreints au secret de manière très différente.

<sup>1275</sup> Mais il en irait différemment sur les modalités d'application de l'obligation de renseignement mis à sa charge.

<sup>1276</sup> L'exercice de la profession d'avocats se faisait dans le cadre de la justice délégué par le roi aux clercs savants, mais les élèves de droit étaient avant tout des hommes d'églises soumis aux obligations et à la protection du droit « canon ». En contrepartie de l'obligation au silence, ils pouvaient obtenir l'excommunication des justiciables qui usaient de violence à leur encontre, afin qu'ils révèlent l'issue qu'ils entendaient réserver à leurs procès. Cette égalité de traitement entre les clercs qui confessaient (les prêtres), soignaient les maladies (les médecins), et les savants (les avocats), permettait à ces derniers de bénéficier d'une dignité et d'une protection nécessaire quand ils devaient entendre et juger les puissants seigneurs ; v. G. Zeller « *Les institutions de la France au XVIème siècle* », éd. PUF 1987.

<sup>1277</sup> *Justice et droit* op. cit.

<sup>1278</sup> A. Damien, « *le secret nécessaire* » éd. Desclé de Brower 1989.

<sup>1279</sup> Décret du 14 Décembre 1810.

## *§1 - L'intangibilité du secret imposé au notaire*

**927.** Le secret professionnel du notaire a bénéficié d'une évolution plus stable et ce, depuis l'antiquité<sup>1280</sup>. Le secret auquel est astreint la profession est réglementé par la loi du 25 ventôse An XI<sup>1281</sup>, qui l'envisage de manière générale et absolue (A) la seule exception relative aux assurances concerne le droit d'information dispensé en faveur de l'administration fiscale (B).

### A - Un secret général et absolu

**928.** Les notaires sont astreints à une protection renforcée des secrets. Ils ne peuvent rien dévoiler de ce qu'ils ont pris connaissance au cours de l'exercice de leur profession. L'étendue et la protection du secret est telle, qu'il doit taire ce qu'il sait, alors même qu'il traite concomitamment avec toutes les parties en même temps<sup>1282</sup>. Aucune des confidences recueillies ne pourront être dévoilées à l'autre partie de la convention qu'il dresse, et ce, même s'il existe entre elles une communauté d'intérêt. Le secret va au-delà de la protection de la confidentialité, en ce qu'il confine à la neutralité absolue. C'est ainsi que concernant les attestations que peut délivrer un notaire, la Cour de cassation observe « une attitude très exigeante qui confère au secret un caractère quasi absolu »<sup>1283</sup>. Seuls les éléments factuels peuvent être portés sur les documents destinés à être divulgués tels que, pour un acte de vente, l'état civil des parties, la nature du bien, la date et le montant de la transaction, qui ne sont autres que les éléments probants de l'existence de la transaction.

**929.** Cette astreinte ne permet pas d'échanger des informations protégées, même dans l'intérêt de la personne faisant l'objet du secret. C'est ainsi qu'un notaire a été condamné pour violation du secret professionnel, après avoir obtenu la délivrance d'un certificat médical auprès du médecin du testateur, afin de démontrer qu'il « était en pleine possession de ses facultés intellectuelles et totalement lucide quant à l'appréciation des actes qu'il effectuait »<sup>1284</sup>. Le secret ne peut circuler entre deux professionnels astreints au secret professionnel. Aucune passerelle n'est envisageable entre deux professions distinctes. Chaque secret reste confiné dans sa sphère originelle. La révélation d'un secret confié au notaire au

---

<sup>1280</sup> Les *tabelliones* en droit Romain avaient pour fonction la constatation et la rédaction des actes, v. « *la grande histoire du notariat* », J. Armand éd.1995. Ils sont des greffiers attachés aux juridictions civiles et ecclésiastiques, les '*notarii*' deviennent autonomes au XIIème siècle. Mais ils gardent leurs prérogatives juridictionnelles, tendant à conférer aux actes dressés la force probante et exécutoire, v. J. L Aubert « *La responsabilité civile des notaires* », Répertoire du notariat, éd. Defresnois 4<sup>ème</sup> édition 2002.

<sup>1281</sup> Article 23, modifiée par la loi du 25 Juin 1973, et par l'article 14 du Décret n° 71-941 du 26 Novembre 1971.

<sup>1282</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Novembre 1996, n° 94-17.088.

<sup>1283</sup> J. L. Aubert. op. cit. Dans le même sens Cass. crim., 1938, rép. Defrénois 1938, art. 25217 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Novembre 1996, op.cit.

<sup>1284</sup> CA Dijon, ch. correct., 31 mars 1988, note J. Penneau, D. 1989.319.

sein de son étude, n'est envisageable que par saisine sur ordonnance du président du tribunal de grande instance, qui pourra décider seul de l'opportunité de la levée du secret.

**930.** Dès lors, nous pouvons mesurer les difficultés pour l'assureur d'obtenir des révélations d'un notaire. Et ce, même s'il en allait du seul intérêt d'un bénéficiaire d'une assurance vie. Nous avons vu, que pour limiter les risques de contrats en déshérence, il avait été proposé de créer un fichier commun entre notaires et assureurs, une proposition fermement rejetée par le législateur pour atteinte à la vie privée<sup>1285</sup>. La seule exception de divulgation imposée au notaire concerne certes les assurances, mais elle n'est envisagée qu'en en faveur de l'administration fiscale.

#### B - Un secret accessible dans l'intérêt de l'administration fiscale

**931.** Il n'existe qu'une situation précise pour laquelle le notaire et l'assureur devront se transmettre des informations couvertes par le secret. Cela concerne la situation fiscale de l'assuré qui perçoit le capital d'une assurance vie. Le notaire lors de son intervention dans le cadre des liquidations successorales qui lui sont soumises, détient des informations sur le capital devant être versé aux bénéficiaires. Étant à même d'observer ces transferts d'éléments patrimoniaux, il est tenu à une obligation de déclaration spécifique envers les services fiscaux, afin que ces heureux bénéficiaires ne puissent maintenir le secret sur ces éléments constitutifs d'un retour à meilleure fortune.

**932.** Selon la procédure de l'article 757 du Code général des impôts, le notaire doit révéler l'identité des bénéficiaires de contrats d'assurances qui héritent de la succession du souscripteur décédé<sup>1286</sup>, et va pour cela demander à l'assureur de lui faire parvenir les documents les concernant, afin de les transmettre à l'administration fiscale. La particularité de la divulgation est qu'elle s'effectue de manière indirecte, et seulement dans un sens unique. L'assureur n'est jamais mis en mesure d'obtenir des documents émanant du notaire. De manière générale le secret confié au notaire, bénéficie d'une protection quasi absolue renforcée par la distance mise avec l'assureur puisqu'ils ne collaborent pas directement. Il en va différemment des gestionnaires, des juristes d'entreprises, et de tous les intervenants amenés à traiter des affaires judiciaire impliquant un assuré. Ces intermédiaires sont en relation d'autant plus étroite avec l'assureur qu'il peut également être leur employeur, ce qui

---

<sup>1285</sup> V. supra n°699.

<sup>1286</sup> Mais seulement si le contrat dont bénéficie l'héritier est envisagé par l'article 757 du Code général des impôts, qui au-delà de 30 500 Euros, les primes versées donnent droit à des droits de mutation soumis à un abattement fiscal après évaluation de la situation fiscale du souscripteur et du bénéficiaire, et en tenant compte de la différence de degré de parenté entre eux.

nous incite à nous interroger sur la protection accordée au secret circulant au sein de l'entreprise d'assurance.

## *§2 - le secret professionnel imposé aux gestionnaires des dossiers juridiques*

**933.** Le secret n'aura jamais vocation à être dévoilé dans un climat de méfiance voire même de défiance, l'assuré désirant bénéficier des services juridiques inclus dans son assurance pourrait connaître quelques difficultés à se confier à des interlocuteurs qu'il sait proches de l'assureur (A) c'est la raison pour laquelle le législateur impose le secret professionnel à tous les gestionnaires affectés au service juridique de l'assureur ayant un accès au dossier des assurés (B).

A - La méfiance de l'assuré envers les gestionnaires de l'assureur

**934.** chaque entreprise d'assurance peut soit se doter d'un service juridique constitué de juristes d'entreprises, soit choisir de confier les dossiers ayant trait à toutes les questions de nature juridique à une entreprise externe<sup>1287</sup>. L'assuré qui envisage d'intenter une action judiciaire au cours de laquelle il entend appeler l'assureur en garantie, ou qui souhaite intenter une action contre son assureur pourrait être méfiant et décider de ne pas révéler ses secrets s'il n'avait pas confiance en ses interlocuteurs. Il est donc très important que l'assuré sache s'il a affaire à une personne externe à l'entreprise ou si elle est subordonnée d'un point de vue hiérarchique à l'assureur.

**935.** La difficulté est réelle, car nous pouvons supposer que l'assuré qui a souscrit une assurance de protection de juridique est en droit de bénéficier de conseils, mais s'il soupçonne les juristes de collaborer « partialement » en faveur de l'assureur, il ne les suivra pas. De même que l'assuré n'ayant pas déclaré initialement la réalité de son sinistre, pourra difficilement transmettre au gestionnaire un document démontrant ses fausses déclarations. La suspicion pourrait aller jusqu'à ne pas transmettre les pièces probantes dont l'assuré serait le détenteur de crainte, qu'elles ne soient versées à son dossier pour retarder ou empêcher le versement de l'indemnisation.

Bien évidemment il ne s'agit pas de remettre en cause le sérieux et la probité avec laquelle la gestion des affaires juridiques sont organisées par les assureurs, mais de démontrer que le traitement de ces dossiers est marqué d'une « consanguinité » qui n'incite pas à dévoiler ses

---

<sup>1287</sup> Mais si la gestion du dossier est confiée à une entreprise juridique distincte, il est fait obligation à l'assureur de mentionner « cette entreprise dans le contrat ». La loi du 19 juillet 2007 portant réforme de l'assurance protection juridique, reprend les dispositions de la directive européenne Dir. Cons. CE n° 87/344, 22 juin 1987, art. 3.2.b et 3.2.c, JOCE 4 juillet, n° L. 185.



secrets. Il appartenait au législateur de restaurer la confiance nécessaire envers tous les interlocuteurs de l'assuré amenés à gérer des dossiers relatifs au domaine juridique.

#### B - Le secret professionnel étendu aux intervenants de la gestion des dossiers juridiques

**936.** La loi du 31 décembre 1989<sup>1288</sup>, impose une astreinte au secret professionnel à toutes les personnes intervenant à quelque titre que ce soit au sein de la relation d'assurance, et susceptibles de détenir des documents juridiques intéressant directement l'assuré. Le texte ne vise aucune personne en particulier, mais seront concernées tous ceux qui pour les besoins de la cause, auront à connaître des informations liées à l'assurance de protection juridique. Cela concerne donc les gestionnaires, mais aussi, tous les intermédiaires auxquels l'assuré a transmis des documents, tels que les courtiers, l'agent général, les salariés de l'entreprise, voire même l'expert si son intervention tend à donner un avis technique sur la résolution litige dès la phase amiable. Le secret recouvre tous les documents, les commentaires et les avis qui auront été recueillis à cette occasion.

**937.** Le secret ne s'impose donc que dans un cas spécifique, et expressément prévu par le législateur aux intermédiaires de la relation d'assurance, qui ne sont pas soumis à une astreinte générale au secret professionnel. Le secret n'est imposé que pour permettre à l'assuré une protection légale de ses secrets lors du traitement de son dossier par les services juridiques de l'entreprise d'assurance. Aucun intervenant ne peut divulguer d'information lors de la procédure judiciaire en cours à l'assureur<sup>1289</sup>. Ce qui est conforme au principe selon lequel l'assureur est un tiers qui ne peut bénéficier d'aucun accès au secret protégé, dès lors aucune révélation faite par l'assuré ne pourra lui porter préjudice. Cette disposition législative permet de favoriser un climat de confiance très protecteur des secrets de l'assuré au sein de l'entreprise d'assurance. Mais cela reste insuffisant quand la confiance mise en doute porte sur le rôle de l'avocat chargé de défendre les intérêts de l'assuré en justice.

#### *§3 - La protection des secrets confiés à l'avocat désigné par l'assureur*

**938.** L'avocat observe une situation très particulière lors de la mise en œuvre d'une assurance de protection juridique ou de responsabilité civile. La protection du secret auquel est astreint

---

<sup>1288</sup> instaure un nouvel article L. 127-7 du Code des assurances selon lequel, « Les personnes ayant à connaître les informations données par l'assuré pour les besoins de la cause, dans le cadre d'un contrat d'assurance de protection juridique, sont tenues au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 378 du Code pénal ». Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989, (JO 03 janvier 1990).

<sup>1289</sup> Y. Le Caë, *Assureur agent général, courtier : Le nouveau régime de l'exercice du droit*, Gaz. Pal. 27 juillet 1997.

l'avocat, crée une immunité pour l'assuré, en ce qu'elle lui permet de se confier librement. La confiance est un point particulièrement important, car ce n'est que si la confiance est instaurée que les secrets pourront être révélés. S'il existait le moindre doute, ou une légère appréhension sur l'utilisation ultérieure des révélations, cela susciterait une méfiance entre le conseil et son client, ce qui serait préjudiciable car susceptible de mettre en œuvre une mauvaise défense ou de dispenser un mauvais conseil.

L'intervention de l'avocat s'insère dans une relation triangulaire qui le place directement entre l'assureur et l'assuré, position dont on peut se demander si elle ne nuit pas à la protection des secrets que l'on est en droit d'attendre au cours de la relation de confiance nouée avec son conseil (Sous paragraphe 1). Mais l'assuré qui aura des doutes sur l'existence d'une relation privilégiée avec son avocat, sera en mesure d'utiliser les mécanismes légaux lui permettant de choisir librement son conseil (Sous paragraphe 2).

Sous paragraphe 1- Une relation relativement confidentielle

**939.** l'assurance de protection juridique<sup>1290</sup> est conclue afin que l'assuré puisse déléguer à l'assureur toutes les contraintes juridiques auxquelles il pourrait être confronté. Cela implique notamment la faculté de pouvoir faire confiance tant à son assureur qu'à l'avocat qu'il a désigné à cet effet.

Seul un climat de confiance permet à l'assuré de dévoiler tous ses secrets, ce que ne favorise pas toujours l'intervention de l'assureur qui est l'intermédiaire incontournable chargé de mettre en relation l'assuré et l'avocat (A). De plus, l'avocat peut être amené à représenter dans la même procédure tant l'assureur que l'assuré. De ce seul fait, les intérêts des parties au litige pourraient être contradictoires et donc susceptibles de vicier la confiance à laquelle chacune des parties est en droit d'attendre (B), une impression renforcée par la nature relative du secret auquel est astreint l'avocat dans son activité de conseil en ce qu'elle autorise la divulgation de certaines informations (C).

A - Le rôle de l'assureur et l'intervention de l'avocat

**940.** L'assureur est incontournable au moment de la mise en jeu d'une garantie juridique, le contrat prévoit systématiquement une procédure amiable permettant de déterminer si l'intervention d'un avocat est nécessaire (1). Auquel cas, l'assureur désignera le conseil qui prendra en charge les intérêts de l'assuré (2).

---

<sup>1290</sup> L'assurance protection juridique est consacrée par la directive Cons. 73-239 du 24 juillet 1973, et instaurée par le décret n°76-667 du 16 juillet 1976, elle est classée en branche 17, à l'article R. 321-1 du Code des assurances.

## *1 - la procédure amiable imposée avant la saisine de l'avocat*

**941.** L'assuré confronté à un problème juridique quel qu'il soit, et désirant mettre en œuvre l'assurance de protection juridique<sup>1291</sup>, ne sera pas en mesure de saisir directement un avocat<sup>1292</sup>. L'assuré doit avant tout préalable respecter les modalités prévues au contrat et informer son assureur de l'existence du litige, et ce, dès la survenance du dommage<sup>1293</sup>, afin de marquer son intention de saisir un avocat. Pour cela, il faut avoir mis en œuvre la procédure de règlement amiable, et avoir transmis les éléments du litige au service de la gestion de la protection juridique, afin qu'il se prononce sur la validité du fondement de la procédure envisagée. Ces circonstances ne sont pas de nature à remettre en cause le droit d'agir en justice de l'assuré, mais de déterminer si la mise en œuvre de l'assurance de protection juridique est pertinente. L'assureur est de ce seul fait la pierre angulaire de la mise en œuvre d'une action judiciaire. Il est systématiquement informé des démarches de l'assuré et donc des problèmes juridiques qu'il serait amené à rencontrer avant de confier son affaire à un avocat.

## *2 - la désignation de l'avocat et la protection des intérêts de l'assureur*

**942.** L'assureur et l'avocat ont des intérêts communs, qui s'exercent par le biais de l'assuré. C'est l'assureur qui prend en charge les honoraires de l'avocat, mais au delà de cet aspect financier, le choix du conseil est fait en fonction des liens qu'ils auront pu développer. Il n'est pas rare que l'assureur fasse appel pour tous ses dossiers au même avocat, qui bénéficie de ce fait d'une clientèle régulièrement renouvelée. C'est un état de fait qui ne doit pas être sous-estimé car c'est au regard de ces rapports privilégiés que l'assuré hésitera à confier ses secrets.

Certes, l'avocat est le conseiller de l'assuré dont il doit protéger les intérêts. Mais ce système de désignation crée une ambiguïté. Il est difficile de se départir d'un aspect psychologique selon lequel, l'assureur occupe une position dominante dans la maîtrise de la défense confinant l'assuré à une passivité peu propice à la confiance.

---

<sup>1291</sup> Dont la garantie couvre « les risques engendrés par les réclamations amiables ou contentieuses dans lesquelles peut être engagée toute personne, soit en demande, soit en défense ». Définition de la FFSA citée par A. Favre Rochex et G. Courtieu « *Le droit du contrat d'assurance terrestre* » op. cit. n° 2-289.

<sup>1292</sup> CA Lyon 1<sup>re</sup> ch. 20 janvier 2000, juris data n°112150.

<sup>1293</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juin 1985, n° 84-11.195.

**943.** Mais il faut tenir compte du degré d'implication de l'assureur dont les intérêts diffèrent selon qu'est mise en œuvre une assurance de protection juridique ou une assurance de responsabilités<sup>1294</sup>.

L'assureur d'une assurance de responsabilité pourra avoir un intérêt à agir en justice toutes les fois que la défense de ses intérêts, se confond avec ceux de l'assuré. Tandis que l'assureur de protection juridique n'est là que pour fournir aide et assistance à ses assurés, il n'est pas personnellement impliqué dans la procédure, son intervention ne tend qu'à mettre à la disposition de son assuré les moyens de se défendre pour obtenir gain de cause.

**944.** De même que l'implication de l'assureur doit également être évaluée en fonction des dispositions contractuelles telles que les clauses de défense recours, et les clauses de direction du procès<sup>1295</sup>. Si l'assureur prend la direction du procès il sera présumé avoir renoncé à toutes les exceptions de non garantie prévues au contrat et ne sera plus en mesure de les opposer à l'assuré<sup>1296</sup>. C'est ainsi qu'une fausse déclaration de risque découverte en cours d'instance ne pourra plus être préjudiciable à l'assuré.

La principale difficulté peut survenir dans le cadre d'une assurance de responsabilité, si l'avocat était amené à défendre dans le même temps, les intérêts de l'assuré et de l'assureur. Une situation qui pourra révéler l'existence d'un conflit d'intérêts entre les cocontractants.

#### B - Le secret objet d'un conflit d'intérêts

**945.** Le conflit d'intérêts n'est pas systématiquement soulevé en assurance, il est d'usage que l'avocat prenne la défense des intérêts communs de l'assuré et de l'assureur. Cependant si l'avocat se trouve pris au centre d'intérêts contradictoires (1), l'assuré sera en mesure de choisir son conseil afin de privilégier la relation confidentielle nécessaire à la défense de ses seuls intérêts (2).

##### *1 - L'avocat au centre d'un conflit d'intérêts*

**946.** En principe, il n'est pas rare que l'avocat puisse au cours d'une même affaire défendre les intérêts des deux parties. En effet en application stricte des principes directeurs du secret imposé, l'avocat doit agir au mieux des intérêts de chacun de ses clients avec lesquels il entretient une relation privilégiée, mais totalement distincte. Ainsi, les confidences de l'assuré ne peuvent être ni partagées ni intégrées à la relation confidentielle existante avec l'assureur. Cette situation de nature à exacerber le conflit d'intérêts, n'est pas étrangère aux professions

---

<sup>1294</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 janvier 2001, n° 98-17.122.

<sup>1295</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juillet 1997, n° 95-17.548, RCA 1997 comm. n° 316, H. Groutel.

<sup>1296</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 juin 1997, n° 94-21. 712.

d'avocat qui peuvent valablement représenter les deux époux au cours d'une même procédure de divorce. Le conflit d'intérêts n'est pas synonyme d'impartialité. L'avocat peut défendre dans la même affaire les intérêts de l'assureur et de l'assuré même s'ils sont contradictoires, mais seulement si l'assuré ne s'y oppose pas<sup>1297</sup>.

**947.** Ce n'est pas l'intervention de l'avocat au sein de la relation d'assurance qui crée le conflit d'intérêts, mais les intérêts propres à chaque partie lors de la procédure<sup>1298</sup>. Si ces intérêts convergent, nous pouvons supposer qu'il n'y a pas de désaccord profond et que seuls quelques aménagements suffiront à restaurer la confiance nécessaire. Mais si ces intérêts divergent, l'objet du litige sera fondé sur deux points de vue radicalement différents, et donc sur une ligne de défense nécessairement partielle<sup>1299</sup>.

C'est à ce moment précis que l'avocat sera au centre d'un conflit d'intérêts<sup>1300</sup>. Cette situation peut être exacerbée si l'assuré doit confier ses secrets sur les conditions exactes de la réalisation du risque à l'avocat, et qui avec ce seul renseignement, est en mesure d'obtenir gain de cause pour l'assureur, et demander la nullité du contrat pour mauvaise foi. L'avocat occupe une situation pour le moins paradoxale et inconfortable. Toutes les informations qu'il recueille permettraient de favoriser les intérêts de l'un de ses clients, au détriment de l'autre partie qui s'en trouvera nécessairement lésée. Cette hypothèse recouvre les limites morales du secret professionnel à laquelle il appartenait au législateur de mettre fin.

## *2 - La résolution légale du conflit d'intérêts*

**948.** Le conflit d'intérêts n'est pas un phénomène spontané propre aux assurances. C'est la raison pour laquelle il existe un cadre légal permettant d'imposer aux parties la nécessité de rééquilibrer leurs relations afin de rétablir la confiance nécessaire. En effet, l'exercice des droits de défense ne peut être remis en cause même « en dehors des cas où les intérêts de l'assuré et de l'assureur sont convergents »<sup>1301</sup>. Que le conflit d'intérêts existe ou non, les droits de la défense sont inaltérables.

---

<sup>1297</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 avril 1997, n° 95-18.407, RGDA 1997, p. 839, note L. Mayaux.

<sup>1298</sup> B. Cerveau *Commentaire de la loi n°2007-210 du 19 février 2007 portant réforme de l'assurance de protection juridique*, RGDA 2007, p. 547.

<sup>1299</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 mars 1999, RGDA 1999, p. 683, note J. Kullmann.

<sup>1300</sup> B. Cerveau, Rép. Dalloz *Assurance de protection juridique*, n°35.

<sup>1301</sup> Ph. Le Tourneau, op. cit. n° 2849.

**949.** Le conflit d'intérêts<sup>1302</sup>, peut intervenir sous plusieurs formes dans la relation d'assurance<sup>1303</sup>, cependant, nous limiterons notre étude aux intérêts de l'assuré et aux moyens dont il bénéficie pour protéger ses secrets, notamment en cas de fausse déclaration de risque à son assureur. Ce secret aura toutes les chances de resurgir au moment de la gestion du dossier, ou lors de la procédure intentée devant les tribunaux en vue de trancher un litige de responsabilité civile. Dans un tel contexte il faut déterminer comment doit être résolu le conflit d'intérêts qui trouve sa source dans la protection du secret.

**950.** Le conflit d'intérêts entraîne la méfiance et la perte de confiance nécessaire à la résolution du litige. C'est la raison pour laquelle, le législateur prévoit<sup>1304</sup> qu'en cas de conflit d'intérêts entre l'assuré et l'assureur, l'avocat initialement désigné pourra être remplacé selon le choix de l'assuré. C'est une option que l'assuré doit connaître afin de lui permettre d'exercer ses droits, dans le cas contraire l'assureur serait en mesure d'imposer son choix et de placer son cocontractant dans l'impossibilité de se défendre efficacement.

**951.** Parfois, le conflit d'intérêts ne se révélera qu'en cours d'instance. Dès lors, il appartiendra soit à l'avocat qui se sent mis en porte-à-faux de se récuser de la défense de l'une des parties qu'il représente ; soit à la partie qui n'a plus confiance au système de défense mis en place, de confier ses intérêts à un autre conseil<sup>1305</sup> ; soit au juge, qui dans l'exercice de

---

<sup>1302</sup> Nous reprendrons la définition selon laquelle « le conflit d'intérêts est un cas de conscience qui se pose à l'assureur (ou au gestionnaire de sinistre) lorsque, pour respecter l'engagement qu'il a contracté à l'égard d'un assuré, il doit défendre et faire valoir les intérêts de celui-ci à l'encontre de ses propres intérêts ou à l'encontre des intérêts d'une personne avec laquelle il a partie liée pour une raison quelconque (notamment parce qu'il a conclu un contrat d'assurance protection juridique ou responsabilité civile avec cette personne) » Lamy assurance op. cité.

<sup>1303</sup> Plusieurs exemples de conflits d'intérêts ont été relevés par les travaux mis en œuvre en 1979, en vue de l'élaboration de la directive européenne. V. la proposition de directive du Conseil, 23 juillet 1979, JOCE 7 août 1979, n° C 198- a) Si un assureur multibranches couvre à la fois le responsable en responsabilité civile et la victime en protection juridique, il devra se retourner contre lui-même et de ce fait, risque de ne pas défendre la victime suffisamment bien, précisément en vue de ne pas être obligé de lui payer des indemnités trop élevées. b) Si un assureur multibranches couvre un même assuré en responsabilité et en protection juridique, en cette dernière qualité il risque de ne pas défendre correctement son assuré :

- si en tant qu'assureur de responsabilité civile il peut exercer un droit de recours contre son assuré, à la suite d'une faute grave de celui-ci, par exemple ;
- si en tant qu'assureur de responsabilité civile, il propose un partage de responsabilité que son assuré refuse ;
- si en tant qu'assureur de responsabilité civile, il doit lui-même procéder à l'expertise et à la réparation du dommage pour son propre assuré, et cela en fonction de conventions de droit privé conclues entre assureurs, de telles conventions existant en France et en Belgique et étant projetées dans d'autres pays de la communauté ».

De même que certains auteurs relèvent qu'« il convient de se poser la question de savoir si le conflit d'intérêts doit s'examiner au niveau de l'entreprise en général ou directement au niveau de chaque gestionnaire de sinistre : on peut imaginer, par exemple, qu'un assuré ait un litige contre le meilleur ami du gestionnaire du dossier, ceci sans que les supérieurs hiérarchiques, ni bien sûr l'assuré, n'aient connaissance de cette situation. L'hypothèse mérite attention dans la mesure où les gestionnaires sont des juristes qui bénéficient d'une large autonomie et assument de bout en bout le suivi des dossiers qui leur sont attribués » V. Lamy assurance.

<sup>1304</sup> Article L.127-5 du Code des assurances.

<sup>1305</sup> CA Aix-en-Provence, 10<sup>e</sup> ch. civ., 29 juin 2000, JCP G 2001, II, n° 10469.

son pouvoir souverain pourra relever d'office l'existence d'un conflit d'intérêts et demander que les parties prennent chacune un avocat<sup>1306</sup>. Mais si aucune partie ne soulève cette contrariété d'intérêts, l'avocat pourra valablement représenter, au cours d'une même procédure, deux parties ayant des intérêts distincts.

Cependant, il est un autre point qui mérite d'être soulevé en ce qu'il ne favorise pas la confiance nécessaire à la révélation des secrets. C'est la nature du secret auquel est soumis l'avocat.

### C - Les natures distinctes des secrets confiés à l'avocat

**952.** Le secret professionnel de l'avocat est un devoir envers son client, cependant ce secret initialement considéré absolu et inviolable, a connu une évolution jurisprudentielle notable qui soumet le secret révélé au cours de l'activité de conseil à une nature relative (1). Tandis que l'exercice des droits de la défense relève d'un secret de nature absolue (2).

#### *1 - La nature relative du secret confié dans le cadre du conseil*

**953.** Depuis 1991, l'avocat exerçant une activité juridique, telle que la simple rédaction d'un acte ou l'administration d'un conseil, est soumis à un secret relatif<sup>1307</sup>. L'information dispensée dans le cadre d'une simple demande de renseignement procède du régime d'un secret relatif, dont l'assuré peut autoriser la levée. Une information confidentielle pourra donc être divulguée à l'assureur si l'assuré y consent, notamment pour ce qui concerne l'ensemble de la correspondance échangée avec son avocat<sup>1308</sup>.

**954.** Cette faculté de libre accès au secret confié à un avocat n'est pas anodine. Si nous prenions l'hypothèse d'un assuré qui n'aurait pas déclaré son sinistre dans les délais impartis, cette révélation emporterait des conséquences très graves, car susceptibles d'entraîner la nullité ou la déchéance du contrat. S'il donnait son consentement à une telle révélation, nul doute que l'échange confidentiel entretenu avec l'avocat aura pour l'assuré des conséquences désastreuses sur l'existence même du contrat d'assurance dont la nullité ne manquera pas d'être soulevée.

Bien sûr, nous pourrions envisager qu'aucun assuré ne donnerait son consentement dans de telles conditions, mais certains d'entre eux n'auront pas cette présence d'esprit, ou pourraient ne pas comprendre la portée de leur consentement à une telle divulgation. À moins que l'avocat ne prenne lui-même l'initiative de rien divulguer. Mais il n'en demeure pas moins

---

<sup>1306</sup> CA Paris, 17<sup>e</sup> ch., sect. B, 12 mars 1981, Gaz. Pal. 22 et 23 mai 1981, p. 10.

<sup>1307</sup> Cass. crim., 30 Septembre 1991, D. 1992. 323 note Galvada.

<sup>1308</sup> Cass.1<sup>re</sup> civ., 4 avril 2006, n°04-20.375, v. S. Hocquet-Berg *Le client de l'avocat a le pouvoir d'ôter à sa missive son caractère confidentiel*, JCP G, 2006, II 10105, p.1291.

qu'en principe, l'assureur pourrait accéder avec le consentement de l'assuré, au contenu d'un échange confidentiel. Les secrets les plus sensibles car pouvant remettre en cause les droits contractuels de l'assuré, seront paradoxalement les moins protégés, sauf s'ils participent à l'exercice des droits de la défense.

## *2 - la nature absolue du secret et l'exercice des droits de la défense*

**955.** Si l'avocat est consulté par l'assuré en vue de lui confier la défense de ses intérêts en justice, la divulgation des propos et informations échangés ne peut être envisageable<sup>1309</sup>. De même qu'au cours d'une procédure judiciaire, les secrets dissimulés à l'assureur bénéficieront d'une protection par le biais du secret de l'instruction<sup>1310</sup>. Dans le cadre de l'exercice des droits de la défense le secret est inviolable<sup>1311</sup> et absolu ne souffre aucune divulgation à des tiers<sup>1312</sup>. L'assureur ne pourra accéder à de tels secrets. Il n'en demeure pas moins que les professions juridiques sont intégrées à une relation triangulaire déséquilibrée, et donc peu propice au développement d'une relation privilégiée, condition nécessaire pour envisager la révélation, et par là-même la protection renforcée des secrets confiés.

### Sous paragraphe 2 - la protection renforcée de la relation confidentielle nouée avec l'avocat

**956.** Face à l'avocat, la difficulté n'est pas tant la protection du secret. Le secret professionnel auquel est astreinte la profession, est un précepte dûment respecté, c'est le cadre dans lequel s'exerce son intervention qui est peu propice à la confiance. Ce n'est donc pas tant le secret qu'il faut protéger, que la relation confidentielle qui engagera l'assuré à se confier. La protection des secrets de l'assuré passe nécessairement par la protection de la relation nouée avec son avocat. C'est pour privilégier la relation de confiance que l'assuré sera en mesure de choisir librement l'avocat (A), avec lequel il déterminera sa ligne de défense (B). Mais contre

---

<sup>1309</sup> Il faut cependant souligner que cette distinction entre secret relatif et secret absolu n'est pas de mise envers les différents gestionnaires juridiques de l'entreprise d'assurance. Le législateur leur impose le secret professionnel pour toutes les informations juridiques que pourraient leur transmettre l'assuré dans le cadre de leur activité. Le secret imposé de manière ponctuel dans le cadre de l'exercice d'une mission procède d'un secret absolu. V. supra n° 885.

<sup>1310</sup> Le secret de l'instruction encadré à l'article 11 du Code de procédure pénale, fait actuellement l'objet d'une réforme préconisée par le rapport de la commission Léger.

<sup>1311</sup> Cependant un arrêt de 1994 laissait présumé un abandon de la distinction entre « juridique et judiciaire pour ne retenir que l'exercice des droits de défense » voir C. Fillon « *les secrets professionnels de l'avocat au XIXème siècle* », in « *Secret et justice* », p. 261 et suivant, op. cit. Mais cette distinction désormais consacrée Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 avril 2004.

<sup>1312</sup> Cass. Crim., 18 décembre 2001, n° 01-84.170, D. 2002.862. V. aussi, Cass. crim. 18 septembre 2001, n°00-86.518, D. 2001.3171.



toute attente, c'est de la manière la plus légitime qui soit, que l'assureur accédera aux secrets lui révélant la mauvaise foi de l'assuré (C).

#### A - Le libre choix de l'avocat

**957.** Un fait demeure acquis, « Les relations entre la profession d'avocat et les assureurs protection juridique sont depuis longtemps caractérisées par une certaine hostilité des premiers à l'égard des seconds »<sup>1313</sup>. Dès lors, l'assuré qui n'accorde plus sa confiance au conseil choisi par l'assureur « à la liberté de choisir un avocat pour servir ses intérêts chaque fois que surgit un conflit d'intérêts »<sup>1314</sup>. Selon le principe légal, le choix revient en priorité à l'assuré, qui doit indiquer à l'assureur par écrit, sa volonté de choisir son avocat<sup>1315</sup>. Le choix du défenseur de l'assuré ne peut être limité par une clause contractuelle, dont l'objet serait de lui imposer un conseil<sup>1316</sup>. De même que selon le principe de l'équité repris à l'article L. 127-2-3 du Code des assurances, il est désormais possible à l'assuré d'être représenté par son conseil, dès la phase amiable, si l'assureur était à cette occasion représenté par son propre avocat.

**958.** Ce principe du libre choix de son défenseur est un principe inconditionnel et absolu<sup>1317</sup>. Le mandat de justice est fondé sur l'intuitu personae en vertu duquel, l'avocat<sup>1318</sup>, est tenu de l'informer, le conseiller et le renseigner utilement<sup>1319</sup>, sans rien lui dissimuler de sa situation. C'est un point sur lequel la position de l'avocat diffère de celle du médecin qui bénéficie d'un devoir de réserve lui permettant de garder le silence. Un droit que la déontologie n'accorde pas aux avocats, la vérité doit être dévoilée à leurs clients, afin qu'ils prennent la mesure de l'intérêt et des enjeux d'une action en justice.

Choisir son avocat n'est pas une démarche anodine cela crée une intimité d'où est exclu l'assureur, et au sein de laquelle peut être envisagée une relation privilégiée dénuée de toute

---

<sup>1313</sup> Voir Lamy assur. num. n° 3607 « *Relations des assureurs protection juridique avec les avocats* ».

<sup>1314</sup> Directive Cons. CE n° 87/344, précitée, art. 4.1.b.

<sup>1315</sup> C'est l'article L. 127-3, alinéa 2, du Code des assurances, qui protège le libre choix de l'avocat exercé par l'assuré qui doit être parfaitement renseigné sur cette opportunité. L'assureur a l'obligation de « prévoir dans le contrat le droit pour l'assuré de confier la défense de ses intérêts, dès qu'il est en droit de réclamer l'intervention de l'assureur au titre de la police, à un avocat de son choix ». Ce principe doit être rappelé par le gestionnaire à l'assuré, et lui permettre de mettre en œuvre cette liberté de choix, comme le prévoit la directive du Cons. CE n° 87/344, précitée, art. 7.

<sup>1316</sup> Loi n° 2007-210 du 19 février 2007 relative à l'aide juridictionnelle.

<sup>1317</sup> B. Cerveau, *Protection juridique : libre choix de l'avocat*, Gaz. Pal. 27 et 28 sept. 2000, p. 4

<sup>1318</sup> Ce principe est repris à l'article L. 321-6, alinéa 1<sup>er</sup>, c, du Code des assurances et réaffirmé par la directive européenne « pour défendre, représenter ou servir les intérêts de l'assuré dans toute procédure judiciaire ou administrative, l'assuré a la liberté de le choisir » Directive. Cons. CE no 87/344, précitée, art. 4.1.a.

<sup>1319</sup> J. Moret-Bailly, *L'obligation d'information de l'avocat à l'épreuve de sa déontologie*, op. cit.

crainte et de toute contrainte pour se confier<sup>1320</sup>. D'un point de vue psychologique, un auteur relève que « la direction d'un procès par l'assureur est une véritable éviction de l'assuré qui est incompatible avec l'idée d'une collaboration entre eux »<sup>1321</sup>. Dans ces conditions, l'avocat choisi semblera toujours plus fiable que celui désigné par l'assureur, surtout si ce dernier s'avère être notre adversaire en cours de procédure. Ce libre choix, permet à l'assuré de se réapproprier l'exercice de ses droits de défense.

## B - L'opposabilité du libre exercice des droits de la défense envers l'assureur

**959.** La protection absolue du secret passe par le libre choix de l'avocat, dont procède le libre choix de la défense. Cela tend à imprimer à l'action de l'assureur la même position qu'en assurance de protection juridique. Il doit prendre du recul, et observer une neutralité nécessaire en laissant l'assuré maîtriser la direction du procès<sup>1322</sup>. L'assureur n'est plus en mesure d'intervenir sur les modalités de la ligne de défense choisie par l'assuré avec son conseil.

Le rôle de l'assureur selon l'article L. 127-5-1 du Code des assurances est cantonné à donner un avis sur le montant des dépenses d'honoraires, qui pourra ne pas être suivi, la négociation concernant le montant des honoraires faisant partie intégrante de la relation privilégiée liée entre l'assuré et son conseil<sup>1323</sup>. Mais l'assuré devra prendre en charge les honoraires de l'avocat, qui dépasseront la limite du plafond prévu conventionnellement<sup>1324</sup>.

**960.** Cependant, l'assureur n'est pas totalement exclu de la relation privilégiée développée entre l'assuré et son conseil, il est seulement maintenu à un rôle de tiers vis-à-vis de l'exercice des droits de la défense. L'assureur peut être amené à intervenir s'il est sollicité par l'avocat, notamment dans la communication de pièces nécessaires à la préparation des conclusions et du dossier de plaidoirie.

---

<sup>1320</sup> J. Bonnard *L'assurance de protection juridique et la portée du principe du libre choix de l'avocat par l'assuré*, D. 2000. 343.

<sup>1321</sup> Ph. Le Tourneau op. cité. n° 2849.

<sup>1322</sup> Ph. Bocquillon et Y. Repiquet, *L'assurance protection juridique : un défi pour la profession d'avocat*, Gaz. Pal. 7 au 9 nov. 2004, n° 312, p. 16.

<sup>1323</sup> Cependant un auteur souligne que le libre choix de l'avocat peut être remis en cause par les différents aspects financiers dont les montants pratiqués limitent de manière décisive cette liberté de choix. V. J. Cayol, *Accès au droit et protection juridique*, Gaz. Pal. 6 Octobre 2001, p. 47.

<sup>1324</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 juillet 1999, n° 97-10725, Pour un exemple de clause déclarée non potestative à l'encontre de l'assureur de protection juridique, du seul fait du plafonnement du remboursement des honoraires de l'avocat.

Mais le service juridique de l'assureur ne peut pallier aux manquements de l'avocat en dispensant des renseignements qu'il était tenu de fournir à son client<sup>1325</sup>. Le conseil doit agir en faisant abstraction des informations pouvant parvenir à l'assuré par d'autres moyens<sup>1326</sup>, et doit prendre totalement en charge la défense de son client, en le conseillant utilement tout au long de la procédure. Ce libre choix limite l'action de l'assureur dans la mise en œuvre d'une assurance de protection ou de responsabilité juridique. Cependant, tous ces mécanismes protecteurs ne limiteront pas l'accès au seul secret qui intéressera l'assureur : celui qui révélera la mauvaise foi de l'assuré.

### C - La révélation publique de la mauvaise foi de l'assuré

**961.** En matière d'exercice des droits de défense, il est un point qui ne peut être passé sous silence, en ce qu'il porte sur la révélation des secrets de l'assuré.

En effet, si nous prenions l'hypothèse d'un fait maintenu secret pour dissimuler les conditions réelles de la survenance du risque, le secret professionnel imposé à l'avocat offre la possibilité à l'assuré de dissimuler une fausse déclaration à son assureur. Mais en tenant compte de la simple application des principes généraux du droit l'assureur aura les moyens de connaître tous les secrets tendant à fausser la relation contractuelle. Il peut accéder à la vérité en ayant tout simplement accès au jugement. L'article 451 du Code de procédure civile pose le principe de la lecture du jugement rendu en matière contentieuse, tant en matière civile qu'en matière pénale<sup>1327</sup>. Ce principe procède de l'adage « *Lata sententia, judex desinit esse judex* »<sup>1328</sup> qui autorise dans le cadre de la publicité des débats, la lecture devant être faite de la condamnation. D'autant que la production du jugement pourra être expressément prévue au contrat, et imposée par l'insertion d'une clause par l'assureur.

Le secret qui révélera la mauvaise foi de l'assuré sera en définitive révélé par une disposition d'ordre public, ou conventionnelle, mais pas, par une indiscretion de l'avocat. Un tel accès favorisé par des dispositions d'ordre publiques ne serait pas envisageable en matière de secret médical.

## Sous section 3 : La protection du secret médical

---

<sup>1325</sup> La loi n° 2007-210 du 19 février 2007 pose certains principes directeurs concernant les attributions respectives des avocats et des services juridiques des entreprises d'assurances, lors de la mise en œuvre de la garantie de l'assurance protection juridique.

<sup>1326</sup> CA Colmar, 2<sup>e</sup> ch., sect. B, 14 mars 1997, Bull. n° 1252 p. 22.

<sup>1327</sup> V. supra n°77 et pour les dispositions imposant la publicité des jugements v. notes n°121 et n°123.

<sup>1328</sup> « *L'arrêt lu à l'audience appartient au public* ».

**962.** Le secret médical occupe une place tout à fait exceptionnelle tant dans notre corpus législatifs en ce qu'il procède des principes généraux du droit. S'il nous fallait faire une hiérarchie des secrets, nul doute que le secret médical se situerait à son sommet, bénéficiant en tant que tel d'une protection générale et absolue. Le secret médical est une notion légalement protégée et encadrée. Cela signifie que les modalités de sa révélation sont strictement prévues par des textes, et imposées à tous les acteurs de la profession médicales (§1). En principe, aucun assouplissement n'est envisagé en faveur de l'assureur, qui avec la pratique, a tenté avec plus ou moins de succès, de contourner ces dispositions légales, en se ménageant un accès privilégié au secret médical (§2).

### *§1 - Les principes directeurs du secret imposé aux professions médicales*

**963.** Pour comprendre le statut réservé au secret médical d'un point de vue général, il est nécessaire de revenir sur un bref historique afin de comprendre dans quelles conditions ce secret s'est élaboré (Sous paragraphe 1). Cela nous permettra d'observer par quels mécanismes le secret s'impose à toutes les professions médicales ayant accès aux données portant sur l'état de santé d'une personne (Sous paragraphe 2).

#### Sous paragraphe 1 - L'évolution historique du secret médical

**964.** Au sein d'une étude portant sur le secret, il nous semblait opportun de se pencher sur l'acte de naissance du secret médical<sup>1329</sup>, empreint de mystère, d'occultisme et de légende, et dont les principes directeurs serviront au fil des siècles de modèle aux autres professions. Le secret médical est le plus ancien secret professionnel, théorisé et réglementé par Hippocrate de Kos<sup>1330</sup>, le père de la médecine au V<sup>ème</sup> siècle avant JC. Dès l'origine, le serment<sup>1331</sup> des

<sup>1329</sup>Asclépios (devenu Esculape à Rome), fils d'Apollon, élevé par le centaure Chiron qui lui enseigne l'art de la médecine, est un héros divin capable de ressusciter les morts. Ce don provoqua la fureur d'Hadès qui obtint de Zeus qu'il soit foudroyé, mais maintenu sous la voûte céleste tenant un serpent guérisseur dans la main droite, il est consacré à Épidaure, son sanctuaire.

<sup>1330</sup>Dans l'Iliade, les fils d'Asclépios, Machaon et Polidare sont les médecins de l'armée grecque pendant le siège de Troie ; leurs descendants, dont Hippocrate de Cos (ou Kos) composent la lignée des Asclépiades, médecins devins chargé de l'enseignement de la médecine

<sup>1331</sup> « Je jure par Apollon, médecin par Esculape, par Hygie et Panacée, par tous les dieux et toutes les déesses, les prenant à témoin que je remplirai, suivant mes forces et ma capacité, le serment et l'engagement suivant : je mettrai mon maître de médecine au même que les auteurs de mes jours, je partagerai avec lui mon avoir et le cas échéant je pourvoirai à ces besoins ; je tiendrai ses enfants pour des frères et s'ils désirent apprendre la médecine, je la leur enseignerai sans salaire ni engagement. Je ferai part des préceptes, des leçons orales et du reste de l'enseignement à mes fils, à ceux de mon maître et aux disciples liés par un engagement et un serment suivant la loi médicale mais à nul autre. Je dirigerai le régime des malades à leur avantage suivant mes forces et mon jugement et m'abstiendrai de tout mal et de toute injustice. Je ne remettrai à personne du poison, si on m'en demande, ni ne prendra l'initiative d'une pareille suggestion ; semblablement, je ne remettrai à aucune femme un pessaire abortif. Je passerai ma vie et j'exercerai mon art dans l'innocence et la pureté. Je ne pratiquerai pas l'opération de la taille, je la laisserai aux gens qui s'en occupent, dans quelque maison que j'entre, j'y entrerai pour l'utilité des malades, me préservant de tous méfaits volontaire et corrupteur, et surtout de séduction de

médecins instauré de leur propre initiative, est empreint de principes mystiques, moraux et éthiques. Cependant, après une controverse toujours non résolue, il semblerait que son avènement ne soit pas lié à l'intérêt du patient. Le secret était à l'origine envisagé comme une mesure de protection visant à dissimuler l'identité des personnes exerçant l'art de la médecine et donc, les médecins eux-mêmes, qui étaient regroupés et formés au sein de la secte de Kos<sup>1332</sup>.

**965.** Une fois la profession médicale reconnue et acceptée, le secret s'est déplacé. Son maintien servait à protéger les ingrédients des potions mystérieuses, souvent empreintes d'alchimie et destinées à guérir leurs patients. Les médecins gardaient jalousement leurs secrets de fabrication, mais pas encore ceux de leurs patients. Ce n'est qu'à l'époque des Stoïciens, que le serment d'Hippocrate s'enrichit d'une nouvelle disposition directement liée au patient, mais d'un point de vue négatif car le secret, porte désormais sur la nécessité de ne pas leur dévoiler la réalité de leur état de santé, sous peine de le voir empirer. Reconnaisant au médecin de manière explicite, un droit au silence toujours appliqué.

**966.** Si d'aucuns se sont émus de ne trouver aucune trace du secret médical au cours du I<sup>er</sup> millénaire, c'est pourtant au cours de cette période que sont énoncés les deux principaux piliers du secret médical car, directement lié à l'intérêt du patient et à la nécessité de garder secret sur ce qu'il aura pu révéler<sup>1333</sup>. Voilà située en peu de mots la nouvelle orientation du secret, dont la vocation première est désormais de couvrir la relation privilégiée empreinte de confidentialité, nouée entre un médecin et son patient.

**967.** À l'époque médiévale le secret médical semble avoir été totalement occulté par les médecins qui n'en font plus mention, laissant de ce fait supposer que l'aspect déontologique de la profession avait disparu des consciences les plus aiguisées. Mais en réalité le secret médical loin d'avoir disparu, s'était en fait fondu et confondu dans le secret de la confession, seule notion sacramentelle reconnue à partir du XIII<sup>ème</sup> siècle<sup>1334</sup>. Cette vision absolutiste

femme et de garçons libre ou esclave. Quoique je vois ou entende dans la société pendant l'exercice ou même hors de l'exercice de ma profession, je tairai ce qui n'a pas besoin d'être divulgué regardant la discrétion comme un devoir en pareil cas. Si je rempli ce serment sans l'enfreindre, qu'il me soit donné de jouir heureusement de la vie et de ma profession, honoré à jamais parmi les hommes ; si je viole et que je me parjure puissé-je avoir un sort contraire ! ».

<sup>1332</sup>L'art de guérir n'est pas anodin, cet exercice portant atteinte au monopole divin de l'immortalité, les praticiens devaient se cacher pour l'exercer.

<sup>1333</sup> Il s'agit du serment d'Assaph, médecin juif du VII<sup>ème</sup> siècle qui énonce « vous ne divulguez aucun des secrets qu'on vous a confié » et des propos révélateur d'un médecin Persan du X<sup>ème</sup> siècle Ali ibn Abbas « le médecin ne doit révéler aucun secret relatif à la maladie et au traitement, parce qu'un bon nombre de malades cachent aux parents les maux qu'ils confient ouvertement aux médecins ». Propos cité par P. Loiret, « *La théorie du secret médical* », éd. Masson 1988.

<sup>1334</sup> Historiquement cet état de fait s'explique par l'organisation des facultés de Paris et de Montpellier, fondées sur le principe de congrégations religieuses, et si les médecins sont avant tout des prêtres, le secret procède avant

dérivant du secret de la confession se confirme au fil des années, c'est ainsi que le médecin « n'est pas moins obligé à garder le secret que le confesseur à garder celui de son pénitent. En effet si l'un et l'autre n'y était obligés, quelles conséquences dans la religion et la République ? »<sup>1335</sup>. De ce point de vue, le secret se plie au devoir d'une double allégeance au regard de l'aspect médical et religieux des clercs, c'est ce qui lui imprime une nature absolue. Désormais il est enfin reconnu et affirmé que le seul maître du secret médical est le patient<sup>1336</sup>.

**968.** D'un point de vue juridique, le secret médical en tant que tel, n'est soumis à l'origine à aucun régime juridique, seule sa sanction est encadrée. Les principes qui le régissent relèvent du domaine moral et individuel. C'est ce que va modifier le législateur<sup>1337</sup> en érigeant le secret médical au rang de principe fondamental<sup>1338</sup>.

Une fois encadré, théorisé, protégé et respecté<sup>1339</sup>, le secret rendu immuable et inviolable semblait à l'abri de toute remise en cause, voire même de tout intérêt, et ce jusqu'à ces quinze dernières années. C'est par la grande porte médiatique, et quelque peu précédé d'une odeur de « soufre » que le secret médical connaît une renaissance fracassante avec ce qu'il est convenu d'appeler « l'affaire Gübler »<sup>1340</sup>, qui permettra tant la jurisprudence<sup>1341</sup> qu'à la doctrine<sup>1342</sup>, de redécouvrir le secret médical et d'œuvrer pour « redessiner » les contours exacts d'un secret qui bénéficie désormais d'une protection générale et absolue incontestée<sup>1343</sup>.

---

tout du secret de la confession. Les statuts de la faculté de Paris établis en 1598 sont en ce sens significatifs, le secret prend une nouvelle dimension quand il est fait obligation aux étudiants de « ne (pas) divulguer les secrets des malades, ni ce qu'il a vu, entendu ou compris » le secret est perçu de manière absolutiste et ne souffre aucune divulgation.

<sup>1335</sup> Jean Bernier (1622-1698) médecin théoricien du XVIIème (le sens de République est utilisé dans le sens latiniste du terme, en tant que chose (*res*), et publique (*publica*). Un principe qu'imposera par la suite Jean Verdier (1735-1820) médecin théoricien, qui précise dans son traité de médecine que « les secrets qui sont confiés aux médecins sont des dépôts sacrés qui ne leurs appartiennent point. La raison, la religion et les statuts leur enseignent de garder sur eux un secret inviolable ».

<sup>1336</sup> Ce principe déontologique ne deviendra légal qu'avec la loi n°2002-203 du 4 mars 2002 sur les droits des patients.

<sup>1337</sup> Il faudra cependant attendre 1947 pour que le secret médical ne devienne une règle déontologique, le code de déontologie institué par décret prévoit des sanctions disciplinaires dont le prononcé relève du Conseil de l'ordre des médecins en cas de non respect.

<sup>1338</sup> V. supra n° 870 pour les critères directeurs du secret professionnel.

<sup>1339</sup> G. Devers « Pour une réforme de l'ordre des médecins - contribution théorique et pratique à l'étude de l'institution ordinale » Thèse Lyon III 2005.

<sup>1340</sup> M. Gübler exerçant la fonction de médecin auprès de M. Mitterrand, a publié après le décès de ce dernier, un livre « le grand secret » retraçant tout l'historique médical de son illustre patient, en se basant sur tout ce qui avait été porté à sa connaissance au cours de l'exercice de ses fonctions.

<sup>1341</sup> TGI Paris 17è ch. 5 juillet 1996, D. 1998.86, note T. Massip ; CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. A, 27 mai 1997, JCP 1997, II, 22894, note E. Derieux ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 décembre 1999, D. 2000. 40.

<sup>1342</sup> B. Beignier, D. 2000. 372 ; et obs. C. Caron D. 2000. 266; concl. C. Petit, JCP 2000, II, 10241 ; et RTD Civ., 2000, p. 291 n°4 et p. 342 n°5.

<sup>1343</sup> Cass. crim., 8 avril 1998, n° 97-83.656, D. 1999. 381.

Les principaux critères légaux et jurisprudentiels définissant le secret professionnel, dont procède le secret médical ayant été étudiés<sup>1344</sup>, nous reporterons notre attention sur les aménagements légaux favorisant la révélation du secret, afin de déterminer si l'assureur est en mesure de prétendre à un accès privilégié au secret portant sur l'état de santé réel de ses assurés.

## Sous paragraphe 2 - Les limites de la protection générale et absolue du secret

**969.** L'intérêt de s'attacher aux modalités de la révélation du secret médical, est de déterminer si l'assureur bénéficie dans le cadre légal régissant le secret professionnel de dispositions lui permettant d'accéder aux informations privilégiées concernant ses assurés. Le secret médical peut être levé sous certaines conditions spécifiquement prévues par des textes (A). Néanmoins, l'obligation au secret s'impose au médecin comme un devoir de leur état. Ils ne peuvent sous aucun prétexte s'approprier les secrets confiés ce qui limite de manière certaine, toute divulgation inopportune (B).

### A - Les exceptions favorisant l'accès au secret

**970.** Si l'accès au secret peut être favorisé par des dispositions textuelles cela n'accorde en aucun cas un droit d'appropriation du secret (1). C'est ainsi que la jurisprudence veille très particulièrement à ce que la protection du secret s'impose de manière effective à tous ceux qui y ont accès (2).

#### *1 - Les prévisions textuelles autorisant la révélation du secret médical*

**971.** Le secret médical est le plus ancien et le plus protégé de nos secrets<sup>1345</sup>, mais il n'est pas inaccessible. À ce titre, il est étonnant de relever qu'en la matière, l'obligation de dénoncer le secret a longtemps précédé l'obligation de le protéger. Si à l'origine le secret médical est ignoré du droit, il en va différemment des pouvoirs publics, qui imposent le principe d'une '*obligation de dénonciation*'. C'est ainsi que « les autorités municipales (...) exigeaient des médecins de déclarer les cas de peste et de lèpre », le secret devait alors s'effacer devant les impératifs de sécurité sanitaire<sup>1346</sup>. De nos jours, l'obligation porte principalement sur la dénonciation de faits répréhensibles dont les professionnels de santé auront eu connaissance à

---

<sup>1344</sup> V. supra n°870.

<sup>1345</sup> Cass. crim., 8 avril 1998, n° 97-83.656.

<sup>1346</sup> De même qu'il existait pour les barbiers une obligation de dénoncer les personnes blessées qu'ils ont pu « étancher ou panser et de le faire savoir à la justice ». Cette obligation posée par le règlement du *Prévost* de Paris est promulgué au cours de l'année 1301. Cité par P. Loiret op. cit.

l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. Le secret s'efface devant les impératifs d'ordre public<sup>1347</sup>.

**972.** Les justifications de la révélation des informations à caractère secret par des professions astreintes au secret professionnel, est envisagé à l'article 226-14 du Code pénal<sup>1348</sup>. Le domaine d'application de la levée du secret est aussi vaste et évasif que le texte de loi qui l'impose<sup>1349</sup>. En fait le législateur ne prévoit que trois cas précis mis à la charge des professions médicales<sup>1350</sup>.

**973.** La révélation du secret n'est envisageable que si un texte le prévoit expressément. Le secret médical est imposé par le Code de déontologie médical, qui est un texte d'origine réglementaire<sup>1351</sup>, par l'article 226-13 du Code pénal, et par la loi sur « les droits des malades »<sup>1352</sup> qui sont les deux principaux textes législatifs qui réglementent le secret mis à la charge de tous les professionnels de santé ayant accès au dossier des patients. Dès lors, en respectant le parallélisme des formes de la hiérarchie des normes, il serait envisageable de procéder à la levée du secret médical, si un texte législatif ou réglementaire le prévoyait.

Cependant, lorsque la levée est autorisée la jurisprudence veille à ce que la protection du secret soit continue et effective, si tel n'était pas le cas, même si la levée est prévue par un texte légal le secret restera inaccessible s'il est insuffisamment protégé.

## *2 - L'appréciation jurisprudentielle de la protection effective des secrets*

**974.** Si des textes épars envisagent la levée du secret, elle doit se faire dans des conditions permettant sa protection effective. Pour illustrer notre propos, nous nous référerons à des décisions jurisprudentielles qui n'envisagent l'accès au secret médical que dans des

---

<sup>1347</sup> Article 226-14 du Code pénal.

<sup>1348</sup> Selon lequel « l'article 226-13 (*qui impose le secret professionnel*) n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise les secrets ».

<sup>1349</sup> Le législateur « crée une ... brèche dans le secret professionnel en posant un principe général de levée du secret » V. Peltier, op. cit. JCN Fascicule n°30, *Révélation d'une information à caractère secret*, n°2.

<sup>1350</sup> L'article 226-14 stipule dans un deuxième alinéa, que l'obligation au secret ne s'applique pas « -1° à celui qui informe les autorités judiciaires, médicales, ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes sexuelles dont il a eu connaissance et qui ont été infligés à un mineur de quinze ans ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique ; - 2° Au médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices qu'il a constatés dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences sexuelles de toute nature ont été commises ; - 3° Aux professionnels de la santé ou de l'action sociale qui informent le Préfet et à Paris le préfet de police du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté la volonté d'en acquérir une... ».

<sup>1351</sup> Le secret médical est imposé par le Code de déontologie médicale qui est une norme réglementaire instaurée par le décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995.

<sup>1352</sup> Article 1110-4 de la loi du 4 mars 2002 op. cit.



conditions draconiennes. C'est ainsi que les agents de la concurrence et des prix<sup>1353</sup>, bénéficient de la levée du secret « dans les cas déterminés par certaines dispositions législatives »<sup>1354</sup>, mais sans pouvoir les divulguer sous peine de violation du secret professionnel. De même, que l'accès au secret prévu par un texte, peut-être tout simplement refusé, au motif qu'aucune « mesure efficace...(n'avait)... été prise pour permettre, dans le respect du secret professionnel, le prélèvement des seules indications intéressant le contrôle »<sup>1355</sup>.

**975.** Ces décisions nous permettent de souligner un aspect fondamental du secret professionnel, en ce que sa levée même autorisée, est dument conditionnée à la protection effective de son contenu, et chaque profession même soumise au secret reste cloisonnée dans son domaine. Il n'y a aucune interaction entre les différentes professions soumises au secret, et aucune circulation du secret n'est envisageable entre professions exerçant des spécialités différentes. Il n'existe donc pas un seul et unique secret professionnel mais bien plusieurs secrets, procédant de nature et de fondements différents, soumettant chaque professionnel à des obligations différentes. Une astreinte au secret professionnel ne donne pas accès au secret médical. La seule constante étant que seul un texte législatif ou réglementaire peut défaire ce qu'il a imposé, à savoir, la possibilité de révéler ce qui doit être maintenu secret. Mais seulement si la levée du secret ne nuit pas à sa protection effective vis-à-vis des tiers non autorisés. Auquel cas, la jurisprudence serait en mesure de limiter cet accès toutes les fois que le secret serait insuffisamment protégé.

Un impératif imposé en premier lieu aux professionnels de la santé astreints au secret, qui ne peuvent prétendre à aucune appropriation des révélations qui leur ont été faites.

## B - L'exclusion de toute appropriation du secret médical

**976.** En réalité, si légalement des brèches existent pour justifier et autoriser la levée du secret, elles se réduisent à une simple égratignure sur le socle de l'obligation de préserver le secret mise à la charge des professions médicales. Le secret bénéficie d'une protection absolue, peu

---

<sup>1353</sup> Ils sont astreints au secret professionnel afin d'exercer leur mission de vérification et de contrôle, notamment auprès des laboratoires d'analyses, en vertu de l'article 9 du décret 46-1111 du 18 mai 1946, modifié par le décret 76-1004 du 4 novembre 1976 qui instaure la vérification des fichiers tenus principalement par les laboratoires d'analyse dont la gestion est confiée à un médecin.

<sup>1354</sup> CA Paris, 9<sup>ème</sup> ch. A, 9 janvier 1979, Gaz. Pal. Rec. 1980, jur. p.26. En l'espèce une femme médecin gérante du laboratoire d'analyse s'était opposée à la communication des registres au motif de l'inviolabilité du secret médical.

<sup>1355</sup> Les juges ont confirmé le refus de communication des registres au contrôleur de la Direction générale de la concurrence, du fait que les secrets des personnes figurant dans le fichier étaient insuffisamment protégés. Il est de fait que les registres contenaient non seulement les prix des prestations, mais aussi tous les mentions personnelles concernant les malades, tels que les noms, les adresses, et les résultats de chaque analyse, Cass. crim., 17 juin 1980, J. Penneau D.1981.258 ; voir également JCP 1982, II, 9721, note G. Flécheux.

importe si le praticien obtient le consentement de l'intéressé, et si la révélation ne porte pas sur les secrets du patient<sup>1356</sup>. La violation du secret professionnel est retenue, même si le médecin agissait dans l'intérêt de son patient « afin de prévenir toute tentative d'escroquerie »<sup>1357</sup>, ou « si le fait révélé par le médecin pouvait être connu indépendamment de cette révélation »<sup>1358</sup>, étant admis que la révélation publique du secret n'atténue pas l'obligation pesant sur le praticien.

**977.** La protection légale du secret est telle, que même pour la défense de ses propres droits, le médecin ne peut révéler ce qu'il a appris sous le sceau de la confiance. Peu importe qu'il subisse un harcèlement de la part d'un de ces patients<sup>1359</sup>. Dans le registre judiciaire il est à noté que le secret médical est opposable au procureur de la République en ce que « la révélation des confidences s'adresse à un tiers »<sup>1360</sup> à la relation privilégiée. La seule hypothèse de révélation envisagée, n'est possible que si elle recouvre les faits prévus à l'article L.226-14 du Code pénal<sup>1361</sup>. De même que le médecin est « libre de ne pas fournir son témoignage » s'il ne veut pas encourir le risque de violer le secret professionnel<sup>1362</sup>, seule l'amnistie lui permettrait de se soustraire à la sanction prévue<sup>1363</sup>. Le médecin n'a pas la libre disposition des secrets qu'il recueille, il n'en est le dépositaire que dans le seul intérêt de ses patients.

Cette brève étude des conditions dans lesquelles peut être envisagée la levée du secret médical n'avait d'autre but que de démontrer la difficulté à laquelle se heurte l'assureur quand il envisage la possibilité d'accéder aux secrets sur l'état de santé ses assurés. En effet, seule une disposition légale peut justifier la révélation des informations couvertes par le secret, et il n'en

---

<sup>1356</sup> Dans une espèce, un médecin participant à un reportage destiné à être diffusé dans la presse, avait organisé une séance au cours de laquelle une patiente avait été photographiée avec son consentement, dans son cabinet. Un acte décrit comme « un manquement à l'honneur » et constitutif de la violation du secret professionnel, CE 4<sup>e</sup> et 1<sup>ère</sup> s. sect. réun., 28 mai 1999, n°189057, D. 1999. 185.

<sup>1357</sup> CA Versailles 1<sup>re</sup> ch. 30 avril 1990, D.1991.360. En l'espèce le médecin avait toutes les raisons de croire que l'état de son patient se dégradait suite à l'absorption de médicaments au contenu douteux produits par un laboratoire pharmaceutique. Le médecin s'est procuré l'intégralité du rapport pathologique et a confirmé son contenu et y ajoute les prélèvements de son patient qu'il a en sa possession.

<sup>1358</sup> J. Penneau, *L'obligation au secret professionnel du médecin, devoir de son état*, D. 1991.360 (pour une obs. critique de la décision).

<sup>1359</sup> Le médecin qui porte plainte, ne peut décrire la pathologie dont souffre son harceleur pour attester de la véracité de ses dires sans encourir la violation du secret professionnel. Il ne peut que décrire ce qu'il subit, sans entrer dans la confiance du profil de son poursuivant, même si cela était utile aux forces de l'ordre, Cass. crim., 18 juillet 1984, D. 1985. 404.

<sup>1360</sup> CA Lyon, 17 janvier 1980, Gaz. Pal. Rec. 1981, jur. p. 491, note N.J. Mazen.

<sup>1361</sup> V. supra n°971.

<sup>1362</sup> Cass. crim, 16 décembre 1992, n°90-86.385.

<sup>1363</sup> CE 4<sup>e</sup> et 1<sup>ère</sup> s. sect. réun., 22 Septembre 1993, en application des articles 14 et 7 de la loi n°88-828 du 20 Juillet 1988. En l'espèce pour n'avoir pas vérifié si le bénéfice de l'amnistie était applicable, la décision du Conseil national de l'ordre des médecins était entachée d'une erreur de droit.

est aucune en faveur de l'assureur. Cependant il va tenter de surmonter l'obstacle du secret médical en se ménageant un accès par le biais de l'assuré qui lui, n'est pas astreint au secret.

## *§2 - Les modes d'accès au secret médical envisagés par l'assureur*

**978.** L'assureur bénéficie d'une brèche au sein de l'édifice du secret médical dans laquelle il ne manquera pas de s'engouffrer : L'assuré-patient à la libre disposition de ses secrets. Dès lors, toute révélation n'est envisageable qu'avec son étroite collaboration. C'est ainsi que l'assureur a tenté de s'aménager un accès privilégié au secret en imposant à l'assuré la production d'un certificat médical (Sous paragraphe 1) ou en négociant l'assurabilité de son risque de santé aggravé en échange de leur révélation (Sous paragraphe 2).

### *Sous paragraphe 1 - La controverse de l'accès au secret par la délivrance d'un certificat médical*

**979.** Pour obtenir des détails sur les secrets relatifs à l'état de santé de l'assuré, l'assureur n'a pas hésité à mettre le médecin traitant à contribution en systématisant la pratique de la remise du certificat médical imposée à l'assuré (A) une pratique largement admise avant d'être remise en cause par les professions médicales, soucieuses de resituer l'intérêt du patient au centre de la révélation de son état de santé (B).

#### *A - La délivrance du certificat médical et l'intérêt de l'assureur*

**980.** L'assureur n'a pas manqué de solliciter, celui-là même, qui est astreint de la manière la plus indéfectible au secret professionnel, le médecin traitant de l'assuré<sup>1364</sup>, par le biais de la remise du certificat médical. Ce n'est pas un document anodin en ce qu'il renferme une information portant sur un secret protégé, mais l'assureur pourra prétendre à une telle divulgation si elle transite par l'assuré (1), ou par un tiers légitime (2).

#### *1 - L'assuré à l'origine de la révélation de ses secrets à l'assureur*

**981.** Il est à noter que dans un premier temps, l'assureur a pu obtenir des renseignements sur l'état de santé de l'assuré en s'adressant directement à son médecin traitant. Pièce maîtresse et incontournable du secret de l'assuré, le médecin fait l'objet de toutes les convoitises, à tel point que, comme le souligne M. Sargos, « ... il a été ainsi fait état de compagnies d'assurance qui proposaient de 'missionner' le propre médecin traitant de

---

<sup>1364</sup> Nous étudierons plus particulièrement le rôle du médecin traitant, sous l'angle de la renonciation du secret médical, supra n°1030 et suiv.

l'assuré ! »<sup>1365</sup>. Dans un premier temps, la chambre civile avait accepté qu'un assureur obtienne directement un certificat établi par le médecin traitant, position certes très favorable pour l'assureur, mais prise en violation absolue des principes déontologiques auxquels est soumis le médecin traitant, qui ne peut en principe pas révéler l'état de santé de ses patients à des tiers<sup>1366</sup>.

Depuis, le secret a repris son emprise et l'assureur n'a plus pu prétendre à ce mode de transmission directe des données portant sur l'état de santé de ses assurés, sans leur consentement. Le médecin traitant ne peut divulguer l'état de santé de son patient directement à l'assureur. De même que l'assureur ne peut subordonner sa garantie à la production d'un certificat médical précisant la nature et la gravité de la maladie de l'assuré<sup>1367</sup>, ni envisager de contacter directement le médecin traitant de l'assuré en vue d'obtenir personnellement des informations. Ce cloisonnement du secret médical est approuvé par un auteur avisé<sup>1368</sup>, d'autant que la production du certificat médical obéit à une procédure strictement réglementée d'un point de vue déontologique ne prévoit pas de transmission à un tiers<sup>1369</sup>.

**982.** L'assuré n'est pas soumis au secret, à ce titre, il est libre de disposer des informations figurant dans son dossier médical, et donc libre de divulguer la réalité de son état de santé. C'est ainsi que dans le cadre contractuel l'assureur peut prévoir, voire même imposer l'obligation pour l'assuré de présenter un certificat médical lors de la souscription de la garantie. Le médecin traitant n'est plus en mesure de refuser de délivrer un certificat médical si ses patients lui en font la demande<sup>1370</sup>, c'est un droit qui ne peut leur être dénié<sup>1371</sup>.

C'est la raison pour laquelle, en principe, le certificat remis en main propre au patient ne participe pas à la divulgation du secret, même s'il est destiné à l'assureur, le comportement du médecin se limite à donner le certificat médical à son patient qui reste libre de divulguer, ou

---

<sup>1365</sup> Rapport P. Sargos, note sous arrêt Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 Janvier 1999, JCP G, 1999, n° 6, II 10025 « constitue une violation du secret médical la remise par le médecin conseil à l'assureur d'une lettre émanant du médecin traitant de l'assuré » p. 333- 335.

<sup>1366</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 Juin 1993, n° 91- 16.067. Les juges ayant décidé que la veuve d'un assuré ne pouvait s'opposer à la production d'un certificat médical établi à la demande de l'assureur et directement transmis par le médecin traitant.

<sup>1367</sup> Cass 1<sup>re</sup> civ., 18 Mars 1986, n° 84-15.702; concernant une assurance de groupe l'assureur avait inclus une clause prévoyant le dédommagement des frais d'annulation à la condition de la présentation d'un certificat médical très détaillé.

<sup>1368</sup> P. Sargos, *Assurance et secret professionnel : de l'opposition à la réconciliation*, Lamy assur. Bull. A, Décembre 2000, p.3.

<sup>1369</sup> Voir Bull. Ordre des médecins Octobre 2005 p.5.

<sup>1370</sup> Pour les cas admettant qu'il en délivre un si la demande émanait directement de l'assureur, voir supra n°.

<sup>1371</sup> Cass.1<sup>re</sup> civ., 28 janvier 1966, D. 1967.447. Dans le même sens mais concernant la transmissions de fiches manuscrites, CE 11 février 1972, JCP G, 1973, II, 17363 ; et pour la production d'une attestation médicale en justice, Cass. crim., 5 novembre 1981, n° 81-90. 488.

non, son secret. Techniquement, ce n'est pas le médecin qui révèle le secret mais le patient-assuré, dès lors il ne peut être fait état de violation du secret professionnel<sup>1372</sup>.

**983.** Mais du seul fait de son contenu, la délivrance d'un certificat médical n'est jamais sans conséquences. D'une part, il pourrait être utilisé à des fins contraires aux intérêts de l'assuré. Et d'autre part, il participe, même de manière indirecte à la révélation du secret en faveur de tiers<sup>1373</sup>. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de bien déterminer qui à la qualité de tiers au regard de la relation confidentielle, en effet, seuls les secrets divulgués et concernant directement le patient au cours de la relation privilégiée avec son médecin sont protégés<sup>1374</sup>. L'assureur étant un tiers absolu à la relation nouée entre l'assuré et son médecin, un nouveau mécanisme de révélation indirecte du secret est mis en place. Désormais, la remise du certificat médical pourra se faire directement entre le médecin traitant et le médecin conseil si l'assuré y consent.

## *2 - Le médecin traitant à l'origine de la révélation des secrets au médecin conseil*

**984.** En principe, les certificats médicaux sont recouverts du secret professionnel, mais, ils peuvent faire l'objet d'une transmission dans le cadre d'une révélation que nous pourrions appeler « *indirecte* », car elle ne s'opère pas directement entre l'assureur et le médecin traitant, mais par le biais du médecin conseil qui est un professionnel de la santé lui-même astreint au secret médical, dont la légitimité semblait s'intégrer à la notion de secret partagé<sup>1375</sup>.

**985.** Si elle est justifiée, la difficulté de cette transmission porte sur le contenu de la révélation, notamment en cas de maladie ignorée par le patient. Dès lors, deux options

---

<sup>1372</sup> Cass. crim., 23 janvier 1996, D. 1997. 320.

<sup>1373</sup> C'est ainsi qu'un médecin ayant remis à l'époux de sa patiente un certificat médical, n'avait pas commis l'infraction de la violation du secret professionnel, mais avait engagé sa responsabilité civile, étant condamné au versement de dommages et intérêts pour le préjudice moral subi par sa patiente, CA Toulouse 25 octobre 1999, JCP 2000 G, IV, 1763.

<sup>1374</sup> Parfois la divulgation indirecte de l'état de santé révélé dans un certificat médical remis à un tiers, emporte une solution qui pourra sembler étonnante. C'est ainsi qu'une patiente avait pu produire un certificat médical de son médecin traitant contenant des révélations sur le comportement agressif de son mari, sans que l'on puisse retenir la violation du secret professionnel à l'encontre du médecin. En effet, ces faits confiés en vertu de sa « qualité de médecin s'est faite à un tiers, (l'épouse) ... le mari n'était pas le patient du prévenu », Cass. crim. 23 janvier 1996, n° 94-81.232, v. note J. Penneau, D. 1997. 320. Les secrets des tiers (le mari) évoqués au cours de ces confidences, ne seront pas à l'abri de la divulgation, et subiront en quelque sorte les dommages collatéraux de l'application stricte des principes du secret professionnel. Pour bénéficier d'une protection absolue, il est de ce fait conseillé, en cas de divorce ou de séparation houleuse, de consulter les mêmes médecins que son conjoint, seule solution pour éviter les divulgations inopportunes.

<sup>1375</sup> B. Beignier *Secret médical et assurances de personnes*, D.1999.46. Cependant, il nous semble que la notion de secret partagé ne peut trouver à s'appliquer dans le cadre d'une transmission de documents entre un médecin traitant et un médecin conseil. V. supra n°1030 pour les conditions d'application du secret partagé entre professionnels de santé.

s'offrent au médecin traitant. Soit, il ne déclare rien dans le certificat médical, opposant au médecin conseil le même droit au silence qu'à son patient. Soit, soucieux de ne pas causer de préjudice à son patient<sup>1376</sup>, il dévoile au médecin conseil la réalité et l'étendue de la pathologie dont est atteint son patient, ce dernier étant toujours maintenu dans l'ignorance.

Cette dernière hypothèse était celle préconisée par le Conseil national de l'ordre des médecins, qui conseillait alors de collaborer en toute transparence avec le médecin conseil prévoyant « qu'un tel certificat et des pièces l'accompagnant pourraient à titre exceptionnel, être transmis directement sous pli confidentiel, au médecin de l'assurance après demande, écrite de préférence, du malade »<sup>1377</sup>. Il faut garder à l'esprit que l'accord du patient n'est lié qu'à la transmission des documents, et pas à leur contenu. Il n'a en théorie pas accès au contenu de son secret, le pli confidentiel s'entendant dans le sens d'une enveloppe cachetée, pouvant être directement envoyée au médecin conseil ou remise en main propre à l'assuré.

**986.** Mais si l'assuré décidait d'ouvrir l'enveloppe supposée n'être lu que par le médecin conseil, quel effet cela aurait-il sur sa maladie, et surtout qui serait responsable des effets néfastes pouvant se répercuter sur sa santé ? La réponse est malaisée. D'autant que si le médecin traitant peut faire valoir son droit au silence, il semble peu, voire inconcevable que le médecin conseil en fasse autant, en tant que mandataire il sera dans l'obligation au moment opportun de prendre en compte la maladie ignorée de l'assuré lors de l'établissement de son rapport à l'assureur. Dans ces conditions quelles sont les limites d'une telle révélation ?

Dans une espèce assez révélatrice de la mécanique protectrice du secret, un médecin qui cumulait les qualités de médecin traitant et d'expert pour une compagnie d'assurance, a été condamné pour violation du secret professionnel après avoir divulgué à l'assureur des informations recueillies dans le cadre de son activité de médecin traitant<sup>1378</sup>. Ce cas d'espèce nous démontre les limites de la révélation par le médecin traitant de l'état de santé d'un assuré-patient, et ce, qu'elle soit effectuée par le biais du patient, sous enveloppes cachetées, ou envoyées directement au médecin conseil. Ces transmissions participent d'une manière ou d'une autre à la violation du secret professionnel, tout en nuisant aux intérêts thérapeutiques de l'assuré.

## B - La délivrance du certificat médical et l'intérêt de l'assuré

---

<sup>1376</sup> En l'absence de production de pièces, l'assureur pourrait refuser de prendre en charge le risque soumis à garantie.

<sup>1377</sup> Bulletin de l'ordre des médecins. *Secret médical et assurances*. Mai 1994, n°5 p.3.

<sup>1378</sup> Que le médecin ne se soit pas désisté de sa mission d'expertise, alors que le conflit d'intérêts était flagrant était déjà une erreur en soi, mais qu'il se livre à un mélange des genres en divulguant les secrets confiés dans le cadre d'une consultation privée, ne pouvait échapper à la sanction, CA Paris 14 Mars 2000.

**987.** Le mode de transmission « *indirecte* » du certificat médical portant sur un état de santé ignoré du patient, n'est plus repris depuis que le Conseil de l'ordre des médecins a radicalement modifié la pratique concernant la délivrance d'un certificat médical faite directement au médecin conseil<sup>1379</sup>. Ainsi, dès le mois d'Octobre 2000<sup>1380</sup>, il était préconisé de ne pas accéder aux demandes du médecin conseil en lui délivrant directement des certificats médicaux, la seule remise envisageable étant de le donner en main propre à l'assuré, qui reste libre de décider s'il le transmet ou non à son assureur.

**988.** Le secret médical connaît un nouveau regain depuis la loi sur les droits du malade<sup>1381</sup>, qui situe désormais le patient au cœur du système de santé, mais aussi au cœur des révélations de toutes les informations le concernant<sup>1382</sup>. Toute divulgation d'une donnée médicale ne peut être envisagée que si elle est faite dans son unique intérêt. L'assureur aura quelques difficultés à faire valoir son droit à bénéficier d'informations couvertes par le secret dans ce contexte. En pratique, le médecin se contente de retranscrire le minimum d'information sans entrer dans le détail de la pathologie de son patient. Dans ce cas, même si le certificat médical est remis par l'assuré, son contenu ne s'avèrera d'aucune utilité pour lever le secret sur son état de santé. Ce cloisonnement du secret médical, a cependant favorisé l'élaboration d'une garantie qui présente l'originalité de créer un accès privilégié au secret le plus protégé de notre législation en faveur de l'assureur.

Sous paragraphe 2- L'accès au secret en contrepartie d'un accès à  
l'assurance

**989.** Certains risques de santé indécélables seront hors d'atteinte pour l'assureur toutes les fois que la levée du secret porte sur l'intimité des assurés (A). Pour contourner la problématique de la légitimité du droit au respect de la vie privée, dont procède le secret médical, les principaux acteurs de la relation d'assurance, ont favorisé une concertation dont l'aboutissement a permis l'élaboration d'un mécanisme d'assurance préservant les intérêts de chaque protagoniste en contrepartie de la révélation d'un secret inaccessible (B).

A - La dissimulation légitime du risque de santé aggravé

**990.** L'étendue de la gravité de l'état de santé d'un assuré peut être mise hors de portée, car en principe, aucune question d'ordre intime ne peut être posée par l'assureur lors de la

---

<sup>1379</sup> Cette position a par la suite été étendue à tous les cas de transmission du certificat médical au médecin conseil, sans distinction fondée sur l'ignorance ou la connaissance de l'assuré-patient sur la réalité de son état de santé.

<sup>1380</sup> Bulletin de l'ordre des médecins. Octobre 2000 p. 5. op cité.

<sup>1381</sup> Loi n° 2002-303 du 4 Mars 2002.

<sup>1382</sup> Dont les articles 1111-1, 1111-2 et suivants du Code de la santé public.

description du risque (1), ce qui permettait à certains patients atteints des maladies les plus graves de garder, de la manière la plus légitime qui soit, tous leurs secrets rendant de ce fait l'utilisation des questionnaires inefficace (2).

### *1 - Le droit au respect de la vie privée*

**991.** La grande réforme des assurances du 31 Décembre 1989, mettant fin au principe de la déclaration spontanée, impose désormais au souscripteur de répondre exactement aux questions posées. Mais l'assureur qui détient l'initiative des questions afin d'avoir une opinion du risque, ne peut pas faire figurer de questions ayant trait aux aspects intimes de la vie privée de l'assuré potentiel. Il ne peut donc pas l'interroger sur sa sexualité<sup>1383</sup>, et cette limite revêt toute son importance face à l'émergence de maladies telles que le Syndrome d'Immunodéficience Acquise<sup>1384</sup>. Pour l'assureur, dès que la contamination aura été décelée par un test de séropositivité, il ne fait aucun doute qu'il s'agit d'un risque aggravé. Mais le système de la déclaration guidée fonctionne de telle sorte que, l'assureur est dans l'impossibilité de demander à son assuré potentiel s'il est atteint du virus du SIDA, ni lui demander de faire un test de dépistage<sup>1385</sup>.

**992.** L'assuré reste donc libre de maintenir sous le seau du secret, un élément fondamental pour son cocontractant. Pourtant les conséquences de cette maladie dont l'issue peut être mortelle, auront de graves répercussions sur l'état de santé du souscripteur. Dès lors, sur la base du principe des déclarations provoquées, l'assureur est mis dans l'impossibilité absolue de se faire une opinion exacte du risque à garantir, sans porter atteinte à la vie privée du souscripteur. D'autant que la nature même du virus du SIDA est longtemps restée réfractaire à toute classification d'usage en matière de risque de santé.

### *2 - l'inefficacité du questionnaire de santé*

**993.** Le questionnaire est également rendu inefficace d'un point de vue technique, du seul fait de l'impossibilité de répertorier et donc, de définir le virus<sup>1386</sup>. En effet, être séropositif ne signifie pas être malade, c'est ainsi que, tout en se sachant atteint du virus du SIDA, il était

---

<sup>1383</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 octobre 1970, note Lindon, D.1970.765.

<sup>1384</sup> Le syndrome du SIDA, maladie d'origine virale caractérisée par la chute brutale des défenses immunitaires de l'organisme. Une personne séropositive présente un sérodiagnostic positif par le virus du SIDA (Le Robert).

<sup>1385</sup> Un avis en date du 20 Février 1990 du conseil national du SIDA sollicitait des pouvoirs publics de veiller à l'interdiction pesant sur l'assureur de subordonner la souscription d'une assurance au test de dépistage du VIH.

<sup>1386</sup> Pour une étude complète voir le rapport de C. Petit, « *La séropositivité doit être déclarée lors de la conclusion du contrat d'assurance* », note sous l'arrêt Cass 1<sup>re</sup> civ., 7 Octobre 1998.



possible au souscripteur de répondre par la négative à la question fondamentale « Êtes-vous atteint d'une maladie ? »<sup>1387</sup>.

Une autre difficulté survient, si l'on tient compte de la distinction entre la phase de séropositivité diagnostiquée et de SIDA avéré<sup>1388</sup>, un critère désormais utilisée par la Cour de Cassation<sup>1389</sup> pour attester de l'existence de la maladie<sup>1390</sup>. C'est ainsi, que « la deuxième chambre a confirmé la pertinence de la distinction des phases de l'infection à plusieurs reprises »<sup>1391</sup>.

**994.** Cependant toutes ces distinctions techniques ne nous sont pas d'un grand secours, l'assureur étant dans l'impossibilité de poser la seule question pertinente en ce domaine car liée aux mœurs et à la sexualité de l'assuré potentiel, ou de faire pratiquer un test de dépistage du SIDA. Le risque aggravé de santé pouvait valablement être passé sous silence par les souscripteurs qui n'en était pas à un stade avancé de la maladie.

Mais dans le même temps, les malades avérés du SIDA, dont les symptômes pathologiques étaient visibles sous la forme de stigmates physiques, se retrouvaient systématiquement exclus du système des assurances. Le secret excluait l'obtention d'une garantie, ce qui en définitive était une situation insatisfaisante pour toutes les parties intéressées à la relation d'assurance.

## B - L'existence d'une communauté d'intérêts autour du secret

**995.** Le risque de santé aggravé nécessitait une conciliation afin de permettre aux personnes les plus vulnérables d'accéder à une garantie (1). En contrepartie, le souscripteur doit

---

<sup>1387</sup> C'est Mme Lambert Faivre qui se référant à la classification « OMS/CDC (Center for Disease Control) » fondée sur des critères cliniques, a démontré la possibilité de définir le SIDA dès l'apparition des pathologies reconnues de l'infection. Ce texte adopté dès 1986 aux États Unis est actuellement en vigueur en France ainsi que dans les pays européens. Y. Lambert Faivre, *L'indemnisation des victimes post transfusionnelles du Sida : hier, aujourd'hui et demain*, RTDC Janv. Mars 1993 p.1. En 1993 une nouvelle classification est entrée en vigueur aux États Unis, fondée sur l'essence même du virus en observant l'abaissement intrinsèque du taux de défense immunitaire en mesurant le taux de lymphocytes T4 dans le sang. La maladie est désormais avérée chez les personnes contaminées et doit faire l'objet d'une déclaration auprès de leur assureur « dès que le taux de lymphocytes T4 devient inférieur à 200 par mm<sup>3</sup> », ce qui représente moins d'un cinquième du niveau normal pour une personne en bonne santé. Le CDC d'Atlanta est entré en vigueur aux États Unis le 1<sup>er</sup> Janvier 1993. Cette nouvelle classification implique cependant d'augmenter considérablement l'évaluation statistique du nombre de personnes atteintes d'un point de vue pathologique du virus du SIDA. Cette classification est reprise à l'article R. 3221 du Code de la sécurité sociale, Décret n°93-676 du 27 Mars 1993, prenant en charge à 100% les personnes séropositives asymptomatiques (dont la maladie n'était pas déclarée) et celles atteintes d'un SIDA avéré.

<sup>1388</sup> Le rapport du Pr Montagnier met en évidence que « compte tenu des données actuelles et prévisibles de la science » 90 % des personnes séropositives bénéficieront d'un délai de 12 ans à compter de leur séroconversion avant que le SIDA ne soit avéré.

<sup>1389</sup> La 2<sup>ème</sup> chambre de la Cour de Cassation en matière de fonds d'indemnisation verse aux victimes atteintes du SIDA les 2/3 de l'indemnisation au cours de la phase de séropositivité et le dernier 1/3 lorsque le SIDA est déclaré.

<sup>1390</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 Juillet 1993, n° 92-06.001, n° 92-06.002; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 Février 1994, n° 93-06.006.

<sup>1391</sup> Rapport de C. Petit, op. cit.

renoncer à certains aspects de sa vie privée, en répondant loyalement au questionnaire de risque (2).

### *1 - L'accès concerté au risque de santé aggravé*

**996.** En définitive la possibilité de dissimuler un risque de santé aggravé rendait ce secret bien encombrant. C'est donc sous l'impulsion des associations de malades de SIDA qu'à été signée le 3 Septembre 1991, entre les représentants des institutions d'assurance et le Ministère de la Santé la « Convention sur l'assurabilité des personnes séropositives et sur les règles de confidentialité du traitement des informations médicales par les assurances » également dénommée « Assurance et SIDA »<sup>1392</sup>. Cette convention n'impose pas aux assureurs de prendre en charge tous les risques de santé aggravée, mais rend ce risque assurable. En définitive nous pourrions penser que la convention aménage un échange de bons procédés, selon lequel, l'assureur offre sa garantie en échange de la révélation d'un secret jalousement gardé car, indécélable.

**997.** L'assureur n'est pas en mesure de subordonner sa garantie à l'exécution d'un test de dépistage, mais il peut désormais poser une question relative à l'existence d'un test. En cas de réponse positive, cela lui servira de levier pour accéder à des secrets relevant de la vie privée du déclarant. L'assureur aura désormais le droit de lui demander d'une part, le résultat du test de dépistage de séropositivité, et d'autre part, s'il est atteint d'une infection liée à une immunodéficiences acquise. En contrepartie, toute personne séropositive pourra bénéficier d'une garantie en fonction d'une tarification spécifique qui tiendra compte de l'aggravation du risque garanti<sup>1393</sup>. Une telle convention emporte des incidences sur les motivations du souscripteur à dissimuler l'aggravation de son état de santé : il n'a plus besoin d'opposer son secret à l'assureur. L'existence de sa maladie est certes soumise à l'appréciation de l'assureur, mais désormais être atteint du virus du SIDA ne signifie plus être exclus de la relation d'assurance.

**998.** Après trois ans de fonctionnement, il s'est avéré que les intérêts en présence étaient suffisamment protégés<sup>1394</sup>, même si comme le souligne Jean Michel Belorgey « la capacité des

---

<sup>1392</sup> Cette convention permettait l'accès à l'assurance de décès pour les personnes atteintes du virus du SIDA, et souscrite en vue de garantir les prêts contractés pour l'acquisition d'un logement Et étendue dès 1993 pour les prêts contractés en vue de l'acquisition de locaux et matériels professionnels.

<sup>1393</sup> Le taux de cotisation pouvant varier de 5 à 7 % du capital emprunté selon la durée du contrat.

<sup>1394</sup> Afin de procéder à l'amélioration de l'assurabilité des personnes séropositives, le comité Belorgey était chargé dès 1999 par le gouvernement de présenter de nouvelles propositions afin d'encadrer la confidentialité des dossiers et de limiter toutes les formes d'exclusions. Très rapidement les travaux ont étendu ce principe d'assurabilité à tous les risques de santé aggravés telles que les maladies chroniques, ou le cancer. Le 19 Septembre 2001 la convention « visant à améliorer l'accès à l'emprunt et à l'assurance des personnes présentant un risque de santé aggravé » dite « convention Belorgey » était signée entre les pouvoirs publics, les associations

opérateurs à accepter sans y être vraiment contraints, sinon par une exigence éthique ou le souci de leur image, sans que cela leur ouvre de perspectives vraiment alléchantes »<sup>1395</sup>. Mais l'intérêt pour l'assureur de se soumettre à un outil conventionnel offre l'avantage d'éviter « ce qu'aurait pu imposer un coup de force du législateur »<sup>1396</sup>, notamment en réglementant la divulgation de cette information sous l'angle du strict respect des principes fondamentaux, parmi lesquels figure au titre du respect de la vie privée, le secret médical, et mettre hors de portée de manière claire et définitive toute tentative d'appréhension par l'assureur, des secrets ayant trait à l'état de santé du souscripteur<sup>1397</sup>.

**999.** Dès lors, rien ne s'oppose à une description réelle du risque car les cas les plus graves bénéficieront d'une assurance même si l'état de santé de l'assuré est gravement atteint<sup>1398</sup>. L'assureur incite l'assuré à ne pas avoir de secrets, car aucun secret ne sera sanctionné pour inassurabilité. Mais si le choix de conclure ou non une assurance est un droit laissé à l'appréciation de l'assureur qui dispose toujours de son droit de discrimination légale<sup>1399</sup>. Comme tous les risques soumis à garantie, c'est par le biais du questionnaire de santé que l'assureur pourra se faire une opinion du risque de santé soumis à garantie.

## *2 - Le renouveau du questionnaire de santé*

**1000.** Avec la convention AREAS, l'article L. 113-2, 2° du Code des assurances reprend tout son intérêt, le souscripteur présentant un risque aggravé de santé, et ce, qu'il soit séropositif ou atteint d'un cancer, est soumis à l'obligation de répondre aux questions, notamment pour ce qui ressort des tests sérologiques déjà pratiqués, et les infections consécutives au développement de la maladie.

C'est ainsi qu'en cas de séropositivité déjà dépistée, les juges ont pu retenir « qu'en omettant de signaler sa séropositivité qui est une affection de nature à entraîner des conséquences graves sur sa santé, voire mortelles, l'assuré s'est abstenu de porter à la connaissance de la

---

de consommateurs et de personnes présentant un risque de santé aggravé, les établissements de crédits et les assureurs.

<sup>1395</sup> J.M Belorgey, *La convention BELORGEY : deux ans après...*, Médecine et droit n° 61 2003 p.103-104.

<sup>1396</sup> J. M. Belorgey, op. cit.

<sup>1397</sup> La convention a été reconduite sur les mêmes principes pour trois années supplémentaires, selon une circulaire FFSA, du 3 Novembre 2004.

<sup>1398</sup> Le 6 Janvier 2007, une nouvelle convention consacrée légalement par la loi n° 2007-131 du 31 Janvier 2007 relative à l'accès au crédit des personnes présentant un risque aggravé de santé lui a été substituée, la convention s' « Assurer et Emprunter avec un Risque Aggravé de Santé » (convention AREAS). Les modifications portent notamment sur les montants, et l'âge requis qui ont été revus à la hausse. Le montant maximal de prêts immobiliers et professionnels passe de 250 000 à 300 000 Euros ; l'âge requis au terme de l'assurance est désormais porté à 70 ans. Mais l'avancée notable concerne l'assurabilité du risque invalidité et donc de la perte totale et irréversible d'autonomie.

<sup>1399</sup> V. supra n°33.

société d'assurance une information importante par le seul fait qu'il lui laissait croire se trouver en excellente santé »<sup>1400</sup>, la même solution sera a fortiori retenue si la séropositivité est avérée<sup>1401</sup>, notamment à la suite d'un examen pré-nuptial<sup>1402</sup>. En l'espèce, il est à noter que l'avocat général fonde le rejet du pourvoi, sur l'existence de la convention « Assurance et SIDA » de 1991, soutenant que « malgré les termes généraux du questionnaire qui a servi de base à l'acceptation du risque, il est manifeste que le fait de se savoir séropositif constitue un élément déterminant du contrat que l'assuré se devait de porter à la connaissance de l'assureur qui l'interrogeait sur sa santé »<sup>1403</sup>.

D'autant que dans le même temps, la subtile distinction sur laquelle s'appuyait la jurisprudence portant sur la distinction entre séropositivité et maladie semble désormais abolie, les juges ayant souverainement apprécié la séropositivité comme étant une infection virale évolutive qui de ce fait « constitue une maladie »<sup>1404</sup>.

**1001.** Les différentes conventions mises en place depuis 1991 ne légitiment plus le droit au secret se rapportant aux aspects les plus intimes de la vie privée. Si le souscripteur connaît le résultat des examens médicaux lui révélant une sérologie HIV positive, il est tenu conformément à l'article L. 113-2 du Code des assurances de répondre loyalement aux questions posées<sup>1405</sup> par l'assureur qui non seulement accède au secret pouvant masquer un risque de santé mais pourra également en vérifier le contenu<sup>1406</sup>.

**1002.** Ce traitement du risque aggravé de santé permet à l'assureur de concilier les contraintes pesant sur la préservation du secret de santé, avec l'activité professionnelle de l'assurance. Un mécanisme placé sous les auspices des pouvoirs publics qui permettent de concilier les intérêts de toutes les parties au contrat, les assurés bénéficient d'une garantie, l'assureur couvre le risque en limitant le plafond de garantie, tout en redorant l'image des entreprises d'assurance, qui même si elles bénéficient d'un droit de discrimination, pouvaient se voir reprocher l'exclusion systématique des personnes les plus démunies et les plus vulnérables, face à la maladie.

---

<sup>1400</sup> CA Rennes 1<sup>ère</sup> ch. B, 9 Novembre 1995, JCP G 1996, IV, n°1901 ; Cass 1<sup>ère</sup> civ., 7 Octobre 1998, n° 96-19.446.

<sup>1401</sup> L'assuré était suivi en raison de sa séropositivité mais avait répondu par la négative à la question « avez-vous une anomalie corporelle, une maladie chronique ou une affection chronique quelle qu'elle soit, nécessitant un suivi médical ? » CA Paris, 28 Mars 1997, Gaz. Pal. 6-7 Mai 1998 p.4.

<sup>1402</sup> Cass 1<sup>ère</sup> civ., 7 Octobre 1998, op. cit.

<sup>1403</sup> Conclusion de C. Petit, Avocat général à la Cour de cassation op. cit.

<sup>1404</sup> Cass 1<sup>ère</sup> civ., 4 Novembre 2003, n° 00-21.753.

<sup>1405</sup> Cass 2<sup>è</sup> civ., 22 Janvier 2004, n° 02-20.532, RCA 2004 note n°117, H. Groutel.

<sup>1406</sup> Mais seul le médecin conseil est habilité à étudier les réponses sera en mesure de soumettre le souscripteur à un contrôle médical lui permettant de décider s'il y a lieu de le soumettre à des examens médicaux.

Le sacrifice du secret n'est pas employé en vain. En cas de maladie très graves, il était nécessaire de faire abstraction des principes conducteurs du secret médical afin de ménager les intérêts de tous les partenaires de la relation d'assurance<sup>1407</sup>. En matière de secret médical une telle conciliation est rare, et les secrets des assurés ne seront pas aussi accessibles, du fait de l'absence de la notion d'intérêt commun pouvant exister entre l'assureur et ses assurés. C'est donc par le biais d'autres mécanismes que doit être envisagée la levée du secret médical.

**1003. Conclusion section 2 :** L'assureur n'est pas soumis au secret professionnel, et ne peut accéder au secret légalement protégé mis à la charge d'autres professionnels. De manière générale le secret professionnel constitue pour l'assureur un obstacle sérieux pour accéder aux secrets de ses assurés lorsqu'ils sont confiés à des tiers astreint à une obligation de non divulgation.

**1004. Conclusion Chapitre 2 :** Même placé sous les auspices d'une protection légale, il existe toujours des brèches au sein des remparts établis en vue de protéger les secrets ayant trait à la vie privée ou à l'intimité des personnes que l'assureur saura utiliser au mieux de ses intérêts. En matière bancaire, le secret sera accessible en favorisant le transfert non pas des données contenues dans les fichiers informatiques, mais des clients eux-mêmes en les dirigeant vers l'assureur qui sera en mesure de leurs poser toutes les questions utiles. En matière judiciaire, le secret susceptible de démontrer la mauvaise foi de l'assuré sera accessible par la seule lecture du jugement retenant la responsabilité et les manquements des assurés. En matière médicale, c'est par le biais de l'assuré lui-même que certains éléments portant sur la réalité du risque de santé pourront être dévoilés.

**1005. Conclusion Titre 1 :** Les seuls secrets opposables à l'assureur seront ceux auxquels il était présumé avoir eu accès par le biais de la représentation. Paradoxalement, le secret paraît très accessible à l'assureur, non qu'il soit insuffisamment protégé, mais que les différentes dispositions élaborées en vue de protéger les secrets en principe les plus inaccessibles, pourront être contournées. Cependant il convient de bien distinguer notre propos, le secret en tant que tel est réellement protégé, car son contenu sera placé hors de portée de l'assureur, mais si les conséquences du secret, avaient une influence sur l'évaluation du risque initial ou

---

<sup>1407</sup> Mais il faut reconnaître, comme le souligne le rapport établi en date du 23 juillet 2008, par le Sénat que l'assureur limite la possibilité de mettre en œuvre la convention AREAS. V. M.T. Hermange, *La Convention AREAS : bilan et perspective*, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat n° 491, 2007-2008, 23 juillet 2008, relevant que des progrès sont encore nécessaires, notamment pour que le risque invalidité soit réellement pris en compte par les assureurs, et pour que les banques acceptent la mise en place de garanties alternatives.

sur les conditions du versement de la garantie, il pourra être d'une manière ou d'une autre levé en faveur de l'assureur. De ce fait l'assureur est en mesure d'accéder à la seule information déterminant son engagement contractuel, à savoir, si l'assuré a été de mauvaise foi.

Le secret médical semble le plus protégé, et le plus inaccessible des secrets professionnels, et par là-même celui auquel va s'attacher l'assureur qui en convoite la levée.

## Titre II : La levée du secret

**1006.** C'est au secret le plus inaccessible que nous allons nous attacher : Le secret médical. Ces données hautement protégées intéressent l'assureur, mais il est important de souligner que cet intérêt n'est pas motivé par la nécessité de tout savoir sur la vie privée des assurés, mais par la nécessité de déterminer si, d'un point de vue contractuel et économique, son engagement était légitime. Pour y parvenir, il est indispensable de favoriser la circulation du secret ce qui suppose la possibilité de faire transiter le secret d'une relation privilégiée et légalement protégée dans un intérêt général, à une relation contractuelle conclue dans un intérêt privé.

**1007.** Le secret le plus protégé est celui qui porte sur des éléments de la vie privée dont procède le secret médical qui étant de nature générale et absolue, semble être à l'abri de toute révélation et donc de toute vérification. Ce secret inaccessible est l'enjeu d'intérêts totalement contradictoire, en ce qu'il se situe au centre du '*cercle vertueux*' pour ce qui est de la protection des informations qui nous sont les plus intimes ; et du '*cercle vicieux*' en ce qu'il ne permet pas à l'assureur de vérifier si les informations soustraites, ne sont pas de nature à fausser la réalité du risque garanti. Le secret médical objet de toutes les convoitises, point d'orgue de la divulgation la plus improbable dans la relation d'assurance, nécessitait la mise en place d'un régime dérogatoire élaboré à partir du contrat. L'intérêt d'une telle circulation est de favoriser à la fois, la protection et la divulgation du secret, tout en respectant les intérêts des cocontractants et des professionnels qui astreints à l'intangibilité du secret professionnel, devaient être mis à l'abri de tout risque de sanctions inhérentes à la violation du secret.

**1008.** Ce sont tous les ressorts du mécanisme oscillant entre protection et divulgation du secret médical qu'il nous faut étudier. La levée volontaire des secrets de l'assuré ne peut être envisageable qu'avec son consentement et son étroite collaboration avec le service médical de l'assureur (**Chapitre 1**). S'il n'y consentait pas, l'assureur devra procéder à la levée

involontaire du secret, c'est-à-dire en se plaçant sur le terrain judiciaire afin de laisser au juge le soin de se prononcer sur l'opportunité de la divulgation, ou sur la nécessité de maintenir la protection des secrets les plus intimes de l'assuré (**Chapitre 2**).

## Chapitre I : La levée volontaire du secret

**1009.** Le secret médical est une problématique incontournable en assurance<sup>1408</sup>. Le principe de la levée volontaire des secrets les plus protégés, signifie que l'assuré, qui n'est pas soumis au secret médical, accepte volontairement de révéler son état de santé à l'assureur, mais aussi de laisser ce dernier vérifier la réalité et l'étendue du risque de santé qui lui est soumis. Néanmoins, cet accès au secret médical même consenti, reste légalement protégé.

Il est donc nécessaire d'observer comment s'articule la divulgation du secret médical, tout en tenant compte du mécanisme inhérent au respect du secret professionnel auquel sont astreints tous les professionnels de la santé (**Section 1**). Cela nous permettra de dégager les principes directeurs instaurés en vue de protéger le contenu du secret médical, dont la teneur exacte ne peut être révélée à l'assureur même s'il circule au sein de sa propre entreprise (**Section 2**).

### Section 1 - L'accès au secret portant sur l'état de santé du souscripteur

**1010.** Dans le cadre du contrat d'assurance, le secret médical peut être envisagé comme un obstacle à sa bonne exécution, l'assureur ne pouvait donc pas laisser l'opportunité de sa divulgation à l'entière discrétion du proposant.

Face aux secrets portant sur l'état de santé lors de la déclaration de risque, il est impératif de déterminer comment s'articule le mécanisme de la renonciation du secret médical au regard de l'intérêt légitime de l'assureur à accéder au secret de santé de l'assuré (**Sous section 1**), et ce, même s'il ne peut prétendre qu'à une circulation indirecte et très restreinte de ses secrets (**Sous section 2**).

---

<sup>1408</sup>Pour une étude complète du secret médical en assurance, voir les articles de : M. Amzalac, *Les seules exceptions au secret médical*, Gaz Pal. 1971, doct. p.113 ; P. Bichot, *Le secret médical un outil redoutable à la disposition des assurés de mauvaise foi*, Lamy assur. Bull. actu. Déc. 2004 ; G.Durry, *Le secret médical opposé à l'assureur : La fin des incertitudes*, Risques 2005, n°61 p.132 ; L. Fonlladosa, *La preuve d'une exclusion de garantie anéantie par le secret médical*, Lamy Assur. 1998 n°39, p.1-4 ; B. Graisely et A. Haertig, *Convention du 19 Septembre 2001 visant à améliorer l'accès à l'assurance des personnes présentant un risque de santé aggravé : commentaires et perspectives*, Médecine et droit 2003, n° 61 p. 105-114 ; H. Groutel, *Preuve de la déclaration inexacte du risque et secret médical*, RCA, 2004, chr. n°18 ; L.Grynbaum, *Déclaration inexacte du risque : secret médical : assurance sur la vie*, Resp.civ. et assur. Juin 2001 n° 207 p.24 ; S. Porchy, « *Volonté du malade et responsabilité du médecin* », 1994, Thèse Lyon III ; P. Sargos, *Assurance et secret professionnel*, rev. Lamy dr. Aff. n°34, n°41 p. 2124 ;

## Sous section 1 - la renonciation volontaire de l'assuré au secret médical

**1010.** La circulation du secret médical ne peut être envisagée qu'avec la participation active de l'assuré qui doit accepter de lever le voile sur la réalité de son risque de santé. Un tel consentement n'est pas anodin, car il suppose l'abandon de prérogatives relevant des droits fondamentaux. C'est la raison pour laquelle la renonciation au secret médical ne s'est pas immédiatement imposée aux parties (§1), d'autant qu'il était nécessaire de surmonter un obstacle semblant a priori irréductible, telle que la légitimité de l'action du médecin conseil à qui il appartient de vérifier l'état de santé de l'assuré, à seules fins de préserver les intérêts de l'assureur (§2).

### *§1 - Les modalités de la renonciation au secret médical*

**1011.** C'est l'intérêt de l'assuré-patient qui fait l'objet de la protection exercée à travers les secrets dont il a la libre disposition, ce qui signifie également qu'il peut y renoncer par le biais de clauses spécifiques auxquelles le déclarant accepte de se soumettre. Une fois cet accord obtenu, le secret médical est 'désacralisé' pour les besoins d'un contrat de droit privé (A). Cependant, si l'assureur est en mesure d'obtenir des informations sur l'état de santé du souscripteur, cela ne signifie pas qu'il aura librement accès au contenu de ces secrets, mais que cette révélation ne pourra être envisagée que dans un cadre contractuel très précis, au sein duquel la volonté de l'assuré ne peut plus être ignorée (B).

#### A - Le droit de renoncer à la protection du secret médical

**1012.** Le secret médical procède d'un élément de la vie privée, dès lors, sa protection est auréolée d'une valeur sacramentelle relevant du domaine des droits fondamentaux (1). Néanmoins il est possible de renoncer à cette protection, mais seulement si elle est envisagée de manière limitée et exceptionnelle (2).

#### 1 - Le droit d'aliéner un droit fondamental

**1013.** Le secret médical est instauré dans un intérêt général, ce qui lui imprime un caractère absolu en ce qu'il procède d'un droit fondamental : le droit au respect de la vie privée. L'objet de ce secret est de protéger les droits portant sur les attributs purement personnels d'un individu<sup>1409</sup>. Cependant loin d'être mis hors de portée certains attributs de la personnalité

---

<sup>1409</sup> Le respect de la vie privée est un principe notamment protégé par : L'article 9 du Code civil tel qu'il est issu de la loi n° 70-643 du 17 Juillet 1970, et ayant acquis une valeur constitutionnelle, depuis que le conseil constitutionnel apprécie les limites de certaines libertés fondamentales en les confrontant au droit au respect de la vie privée. L'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne, Nice 2000. L'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en date du 4



permettent à leur titulaire d'aliéner, non pas leurs droits dans leurs principes, mais, certains des aspects portant sur cet objet. Toute personne peut consentir dans le cadre de l'exercice de sa liberté individuelle ou contractuelle, à renoncer à la protection de ses secrets, dans les limites imposées par l'ordre public.

**1014.** Le principe du consensualisme appliqué au contrat d'assurance permet de maintenir en équilibre les intérêts en présence, quand il est question de l'état de santé du souscripteur. Le secret médical n'est plus perçu comme un droit fondamental et absolu mis hors de portée de toute tentative d'ingérence de l'assureur, mais ramené, du seul fait de l'existence du consentement du déclarant, sur le terrain contractuel.

C'est ainsi que l'assureur ne peut produire un document couvert par le secret médical qu'à la condition que l'assuré ait renoncé au bénéfice de ce secret. Une position confortée par Mme Lambert-Faivre, favorable à ce que le secret médical ne puisse être levé que par une autorisation expresse de l'assuré ou de ses ayants droits<sup>1410</sup>. C'est donc la reconnaissance du principe selon lequel, l'assuré peut valablement renoncer à la protection d'un droit fondamental tel que le secret médical. Mais cette renonciation ne peut s'exercer que de manière restreinte, et dans un cadre strictement défini.

## 2 - L'étendue de la renonciation

**1015.** La renonciation reste une notion délicate à délimiter quand on envisage la forme sous laquelle elle doit se présenter. Si la renonciation est expresse, aucun doute ne pèse sur l'accord de volonté donné par le souscripteur. Il accepte de révéler ses secrets de son plein gré et de manière spontanée, mais quelle valeur peut-on accorder à une renonciation effectuée de manière tacite ? Est-elle présumée exister dès la souscription d'un contrat d'assurance ?

La question est d'importance car peut-on à la fois décider de souscrire une assurance et dans le même temps décider de ne pas collaborer en dissimulant le seul secret intéressant l'assureur. Ce paradoxe mérite d'être soulevé et, comme un auteur ne manque pas de souligner, « Ne pourrait-on considérer que toute personne ayant volontairement souscrit une telle assurance lève systématiquement par avance le secret médical ?... »<sup>1411</sup>. Cela nous permettrait d'envisager un système fondé sur l'accord tacite d'une renonciation au secret

---

Novembre 1950 (version consolidée après l'entrée en vigueur du protocole n°11). Les articles 1 à 10 de la convention pour la protection des Droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, Oviedo, en date du 4 Mars 1997 ; L'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, en date du 10 Décembre 1948 ; Et les articles 16 et 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en date du 16 Décembre 1966 .

<sup>1410</sup> Y. Lambert-Faivre « *Droit du dommage corporel* », précis Dalloz éd. 1999. p.98.

<sup>1411</sup> J. Kullmann (sous la direction de), Lamy assurance édition numérique 2007 n° 333.

médical procédant de la seule souscription au contrat d'assurance<sup>1412</sup>. Le souscripteur « *entrerait en assurance comme un dévot entrerait dans les ordres* », en abandonnant tous ses secrets sur l'autel de la bonne foi contractuelle. Si l'admission du principe d'une renonciation tacite au secret médical présente le mérite d'être simple et pleine de bon sens d'un point de vue contractuel, la réponse juridique y répond clairement par la négative, ce que plusieurs auteurs s'accordent à regretter<sup>1413</sup>.

**1016.** Si la renonciation tacite pure et simple ne peut être prise en compte, elle peut cependant se déduire d'un acte ou d'un comportement implicite valant renonciation. Un arrêt pouvait laisser penser que cette forme de renonciation tacite était envisageable<sup>1414</sup>, d'autant que la jurisprudence à semblé marquer un assouplissement perceptible, en faveur de la renonciation tacite, si les faits tendent à démontrer l'existence d'une volonté, même ténue, à renoncer de se prévaloir de son secret. Le consentement pourra être déduit du seul comportement du déclarant qui, en acceptant de se soumettre à une nouvelle expertise, serait supposé, avoir renoncé à son droit au secret<sup>1415</sup>. En la matière, il ne peut y avoir de demie mesure : C'est tout ou rien. Si le déclarant formule la moindre révélation, ou accepte un seul acte, même le plus anodin ayant trait à son état de santé, il sera supposé avoir renoncé au secret médical<sup>1416</sup>.

**1017.** Mais dans la pratique des assurances, de telles appréciations semblent aléatoires, car soumises à l'appréciation souveraine des juges du fond, ce qui ne permet pas d'envisager un contournement systématique d'une renonciation volontairement consentie. Dès lors, seule la renonciation expresse du déclarant à se prévaloir du secret portant sur sa santé est

---

<sup>1412</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 octobre 2002, n° 99-17.187, D. 2002. 3186, en l'espèce, des ayants droits avaient tenté de s'opposer à la renonciation de leur auteur sur le droit au secret médical, mais il a été retenu que l'accord donné lors de la souscription était de nature à figer le consentement.

<sup>1413</sup> S. Abravanel-Jolly, *Le secret médical en assurance de personnes*, RGDA 2005, p. 899 ; J. Kullmann (sous la direction de) Lamy assurances, édition numérique 2006, n° 331.

<sup>1414</sup> En l'espèce, une assurée avait invoqué la violation du secret médical à l'encontre de l'assureur qui produisait, contre sa volonté, des documents de nature à démontrer qu'elle avait gardé le secret sur son état de santé, a déboutée de sa demande. Mais en réalité, une lecture plus approfondie de l'arrêt démontre que ce rejet ne procédait pas de la violation du secret, ni d'un accord tacite de l'assurée, mais fondé sur l'existence d'un aveu implicite sur ses omissions volontaires « dès lors qu'elle n'avait jamais contesté l'existence des faits révélés par ces documents... » En l'absence de toute contestation sur le contenu des documents médicaux, l'assurée reconnaissait implicitement avoir été de mauvaise foi envers son assureur, Cass 1<sup>re</sup> civ., 10 décembre 1996, n° 94-17.317, D. 1998. 117. Voir cependant en sens contraire, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 juin 2005, n° 04-13.509, RGDA 2005, p. 693, note J. Kullmann, en l'espèce il était retenu qu'un document couvert par le secret médical ne peut être produit par l'assureur sans le consentement exprès de l'assuré.

<sup>1415</sup> Cass 1<sup>re</sup> civ., 26 Septembre 2006, n° 05-11.906, D. 2006. 2414.

<sup>1416</sup> CEDH 27 Août 1997, n° 2083792, D. 2000.521. En l'espèce, la requérante suédoise avait présenté une demande d'indemnisation auprès de la sécurité sociale qui a obtenu son dossier médical du service de gynécologie qui la suivait. Dans son considérant 56-2, la Cour n'a pas retenu la violation du secret médical au motif que « cette règle de confidentialité ne jouait pas pour les informations détenues par le service gynécologique qui portaient sur des éléments pertinents aux fins de la décision de la Caisse de la demande d'indemnisation... ».

envisageable. Pour plus de sûreté, elle devra être imposée sous la forme de clauses contractuelles, par lesquelles le déclarant s'engage à autoriser à l'assureur l'accès aux documents et aux renseignements nécessaires, lors de l'appréciation du risque de santé soumis à garantie.

#### B - L'effectivité des clauses de renonciation du secret protégé

**1018.** La renonciation expresse au secret médical, est organisée par des clauses spécialement prévues à cet effet dans la police. C'est donc avec le consentement de l'assuré et dans le cadre de la déclaration de risque initiale, que l'assuré est en mesure de renoncer au droit au secret médical instauré dans son intérêt. Ce principe permet de subordonner la garantie à la production et à la divulgation d'éléments directement liés à l'état de santé du souscripteur. C'est ainsi que les compagnies d'assurance ont pu valablement insérer dans tous les documents contractuels, une clause stipulant que l'assuré s'engageait à se laisser examiner par le médecin de la compagnie<sup>1417</sup>. Une pratique que conforte un arrêt selon lequel « en acceptant la divulgation de certains éléments le concernant, *avait* renoncé lui-même et par avance au secret médical »<sup>1418</sup>.

**1019.** Cependant cette position doit être nuancée, sur ce point l'arrêt du 15 Juin 2004<sup>1419</sup> reconnaît la possibilité de renoncer au secret médical, par le biais d'une clause expressément prévue au contrat, mais « refuse d'analyser la levée du secret médical comme une *obligation contractuelle systématique* de tout contrat d'assurance de personnes »<sup>1420</sup>. La clause n'est pas envisagée de manière systématique et définitive, nous pouvons donc supposer que l'assuré peut soit, revenir sur son consentement, soit la refuser dès la souscription.

La seule conclusion d'un contrat d'assurance comportant une clause de renonciation, n'emporte pas en elle-même la renonciation irréfragable au secret médical. Il est nécessaire de distinguer d'une part le contrat et d'autre part l'acte de renonciation. Il s'agit de deux actes distincts, procédant de deux volontés distinctes manifestées par même personne. L'assuré qui marque la volonté de conclure un contrat d'assurance, pourra dans le même temps marquer son refus de renoncer au secret médical.

**1020.** C'est ainsi que certaines clauses pourront sembler d'une validité incertaine. Certes leur intérêt est indéniable en ce qu'elles aménagent les effets du secret empreint d'absolutisme au

---

<sup>1417</sup> CA Poitiers 10 Juin 1987, JCP G 1988, IV, 212.

<sup>1418</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 octobre 2002, n° 99-17.187, op. cit.

<sup>1419</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 Juin 2004, n° 01-02.338, S. Abravanel-Jolly, *Le secret médical en assurance de personnes*, RGDA 2005, p. 899.

<sup>1420</sup> M. Cauchy et A. Dionisi Peyrusse, *Le droit au secret médical et son application en matière d'assurance*, D.2005.1313.

profit de l'assureur. Mais elles restent cependant soumises à l'appréciation des juges qui soucieux de trouver un équilibre entre les intérêts des cocontractants ne permettent pas d'immixtion injustifiée aux secrets relatifs à l'état de santé de l'assuré.

Dans ce sens, le terme de la renonciation au secret médical est ce que l'on pourrait appeler '*un faux ami*'. Une telle renonciation ne signifie pas que l'on renonce à la protection légale du secret, mais que l'on accepte dans un cadre très précis et à des personnes précises, d'accéder à certains éléments couverts par le secret. Plutôt qu'une renonciation au secret il nous semble qu'il faudrait évoquer une '*autorisation d'accès limité au secret*' ou '*une divulgation restreinte du secret*'. L'acte de renonciation ne porte pas atteinte à la protection du secret. La divulgation est enfermée dans un cadre très strict, dont sont exclus tous les tiers, et au sein duquel seul un médecin, car étant lui-même astreint au secret peut intervenir, et ce, dans des conditions très spécifiques.

## *§2 - Les conditions de l'intervention du médecin conseil*

**1021.** L'assuré qui renonce au bénéfice accordé à la protection de ses secrets les plus intimes, ne signifie pas que ses secrets seront accessibles à tous. Cela signifie qu'ils pourront être dévoilés à une certaine catégorie de personnes, qui étant elles-mêmes soumises au secret médical, seront en mesure de bénéficier d'une révélation contrôlée, qui s'exécutera sous les auspices d'une obligation de non divulgation envers les tiers. La renonciation en elle-même est insuffisante pour l'assureur, elle n'est que le levier qui légitimera l'intervention du médecin conseil qui sera habilité à accéder au secret médical.

Mais avant d'accéder au secret le plus intime du postulant puisque contenu dans son corps, il faudra accéder à la certitude que l'assureur, qui ne possède aucune compétence en matière médicale, est en mesure d'avoir recours à un avis médical pertinent, susceptible de l'informer sur la réalité de l'état de santé du souscripteur. Cela nécessite la collaboration d'un médecin chargé de conseiller les compagnies d'assurance au mieux de leurs intérêts. L'intervention du médecin conseil s'insère dans un mécanisme lui permettant de passer l'obstacle du secret médical auquel il reste tenu déontologiquement (A). Ce qui nous incite à rechercher le fondement légal qui lui permettra de prendre connaissance du secret (B).

### *A - La légitimité de l'intervention du médecin conseil*

**1022.** Avant de déterminer les conditions dans lesquelles le médecin conseil serait en mesure d'intervenir en matière de vérification du risque de santé, il est nécessaire d'envisager le mécanisme lui permettant d'exercer sans qu'il soit retenu à son encontre la violation du secret médical (1), afin de délimiter le cadre dans lequel s'exécute sa mission (2).

## 1 - Le contournement de l'obstacle du secret professionnel

**1023.** Le rôle du médecin conseil est de conseiller l'assureur sur tous les risques de santé qui lui sont soumis. Cependant il convient de circonscrire son action qui dans le cadre de cette étude, qui être distinguée de l'expert judiciaire ou du médecin traitant de l'assuré, même s'il peut par ailleurs être habilité à exercer ses différentes fonctions<sup>1421</sup>. C'est avant tout un médecin, soumis aux mêmes règles déontologiques<sup>1422</sup> que tous ses confrères et donc, aux mêmes dispositions législatives, ayant trait au respect du secret professionnel<sup>1423</sup>.

La chambre criminelle qui observe la même jurisprudence depuis cent ans<sup>1424</sup>, reste très attachée à la stricte notion du secret professionnel auquel est soumis le médecin conseil. Dès lors, peu importe qu'il agisse en tant que mandataire<sup>1425</sup> des compagnies d'assurance, il doit respecter les principes régissant le secret professionnel, inviolable<sup>1426</sup> et absolu inhérent à la déontologie médicale. Il ne peut être un instrument destiné à s'approprier les secrets des assurés pour les révéler à l'assureur.

**1024.** Dans ces conditions, le secret médical auquel est soumis le professionnel de santé est-il réellement de nature à empêcher le médecin conseil de vérifier une déclaration de risque en faveur de l'assureur ? Dès 1966<sup>1427</sup> il était apparu que la conception absolutiste du secret médical paralysait toute recherche de la preuve tant sur un plan pénal que civil. Néanmoins, à cet égard, la position de la chambre civile est plus nuancée, ne serait ce que pour permettre une application effective de l'article L. 112-3 du Code des assurances, imposant à l'assuré de déclarer le risque devant être couvert. Tandis que la doctrine, pourtant peu favorable à la levée du secret médical préconisait dès 1988, la mise en place d'un système permettant de concilier la possibilité pour l'assureur de se préconstituer des moyens de preuve tout en ménageant le secret.

Le secret professionnel n'est plus un obstacle à l'action du médecin conseil. Cette légitimité permet aux compagnies d'assurances d'évaluer le risque sans se contenter des questionnaires

---

<sup>1421</sup> Pour un exemple de praticien ayant cumulé les fonctions de médecin traitant et de médecin conseil auprès de ses patients, v., CA Paris, 14 Mars 2000, op. cit.

<sup>1422</sup> Décret n° 95-1000 portant code de déontologie médicale (JO 8 Septembre 1995), D.1995. 452.

<sup>1423</sup> Article 226-13 du code pénal.

<sup>1424</sup> M. Amzalac, *Les seules exceptions au secret médical*, Gaz Pal. 1971, doct. p.113.

<sup>1425</sup> Cass. crim., 17 Mai 1973, JCP 1974, II, n° 17712, note G. Rosenthal ; D.1973.582, note P.J. Doll.

<sup>1426</sup> Cass. crim., 19 Décembre 1885, S.1886, 1. 86 cette décision assimile le secret professionnel à un contrat de dépôt inviolable dont le médecin-confident serait garant. Voir T. Corr. Amiens, 12 Mars 1902, DP 1902, 2. 493 qui qualifie le dépôt d' « éternel ».

<sup>1427</sup> Intervention de M. le Procureur général Aydalot, au IVème colloque juridique de Trieste Octobre 1965, RGAT 1966, p. 115, référence citée par M.A Péano, *le secret et les exigences de la preuve en matière d'assurance*, RCA, 1993, n°11 p. 2-3.

de santé établis lors de la souscription du contrat<sup>1428</sup> et de confier cette mission de vérification du risque à des médecins conseils spécialement mandatés à cet effet.

## 2 - Le contrat de mandat du médecin conseil

**1025.** Le médecin conseil est un médecin dont la particularité est qu'il n'intervient pas dans l'intérêt thérapeutique de l'assuré, sa mission s'inscrit dans la préservation des intérêts commerciaux de l'assureur. C'est l'examen du dossier par le médecin conseil qui complètera le système du questionnaire médical, afin de vérifier si l'assuré a déclaré loyalement son risque médical. Le rôle de vérification auprès de l'assuré est légitimé par le jeu des clauses contractuelles, par lesquelles l'assureur prévoit l'intervention du médecin conseil. Il s'agit pour l'assuré de s'engager à se laisser examiner par un médecin qu'il n'a pas choisi<sup>1429</sup>, mais aussi à le libérer de son obligation au secret professionnel dans le cadre de ses relations avec la compagnie d'assurance<sup>1430</sup>. C'est ainsi que l'on ne pouvait tenir grief au médecin conseil de l'assureur d'avoir violé le secret professionnel<sup>1431</sup> dès lors qu'il ne joue pas, auprès de l'assuré, le rôle de confident, mais celui de mandataire de l'assureur, qui doit rendre des comptes à son mandant, et ce, même si souscrivant à la remarque de M. Sargos, nous pouvons nous demander s'il ne faudrait « pas parler plutôt de son employeur »<sup>1432</sup>.

**1026.** Les juges du fond consacrent le rôle de vérification dévolu au médecin conseil et admettent que l'assuré « ne pouvait ignorer la mission de ces praticiens, agissant non comme des confidentiels nécessaires mais en qualité de mandataires de l'assureur »<sup>1433</sup>. Le médecin conseil n'intervient pas auprès de l'assuré pour le soigner, mais pour vérifier ses déclarations. Une position confirmée par un arrêt en date du 3 Janvier 1991 qui précise que le médecin de la compagnie d'assurance ayant fait passer une visite médicale au souscripteur n'était « pas tenu au secret professionnel au regard de l'assureur qui l'a mandaté en vue de contrôler les déclarations du souscripteur »<sup>1434</sup>. L'intervention du médecin conseil consiste à dire si, l'état de santé de l'assuré correspond bien à la déclaration, ou au questionnaire de santé qu'il a rempli, sans cependant entrer dans le détail des pathologies de l'assuré<sup>1435</sup>.

---

<sup>1428</sup> J. Penneau obs. Sous arrêt CA Paris 28 Septembre 1988, D.1989.319.

<sup>1429</sup> Cass 1<sup>re</sup> civ., 21 Novembre 1966, RGAT 1967, p. 365, obs. A.B. L'assuré ayant valablement consenti en acceptant la police, à ce que le médecin conseil soit relevé de son obligation au secret professionnel.

<sup>1430</sup> CA Poitiers 10 Juin 1987op. cit. note n°1324.

<sup>1431</sup> Pour une révélation des antécédents à l'occasion d'un sinistre, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 Mai 1972.

<sup>1432</sup> P. Sargos, op. cit..

<sup>1433</sup> CA Paris 3 Février 1989, Resp. et assur. 1989, comm. 323.

<sup>1434</sup> Cass 1<sup>re</sup> civ., 3 Janvier 1991, RCA, 1991 comm. 116.

<sup>1435</sup> TGI Paris, 18 Décembre 1989, RGAT 1991, p. 140, obs. J.Bigot. Pour le cas d'une personne se sachant séropositive et ayant souscrit plusieurs assurance-vie en prenant soin à chaque fois de ne pas dépasser le montant au delà duquel il aurait été dans l'obligation de se soumettre à un examen médical.

**1027.** Ensermé entre la nécessité de divulguer les secrets de l'assuré lors de la souscription du contrat d'assurance, et la protection des secrets portant sur son état de santé réel, force est de constater que le médecin conseil exerce son activité dans le cadre d'un contrat de mandat qui ne procède pas des dispositions de l'article 1984 et suivant du Code civil. En effet, comme le souligne un auteur « la singularité de ce mandat par lequel le mandataire ne pourrait pas rendre compte de sa mission en remettant à son mandant les documents nécessaires à l'accomplissement de celle-ci »<sup>1436</sup>. Le mandat est d'une application très limitée quand il est question de divulguer les secrets couvrant la réalité du risque de santé du souscripteur.

**1028.** Ces limites sont expressément prévues par le code de déontologie médicale qui stipule que « cette mission d'intermédiaire (*doit s'exécuter*) en tenant compte des intérêts du patient et se récuser si les siens sont en jeu »<sup>1437</sup>. Le médecin conseil mandaté par la compagnie, ne perd pas sa libre appréciation quand aux modalités de l'exercice de son mandat. Il ne doit pas se soumettre aveuglément à toutes les demandes de l'assureur. Sa mission s'exerce dans le cadre du respect des principes directeurs du secret professionnel, et de la préservation des secrets les plus intimes de l'assuré. C'est cette indépendance qui le distingue d'un simple mandataire et a fortiori d'un simple employé.

Le médecin conseil se voit donc reconnaître le droit d'agir au nom et pour le compte de son mandant, qui est l'assureur. Cela lui donne la légitimité d'accéder à des éléments contenus dans le dossier médical du patient qui sont sous la protection du médecin traitant. Dès lors, il nous faut déterminer dans quelles conditions un tel échange d'informations, entre ces deux praticiens œuvrant pour des intérêts contradictoires, peut être justifié en droit.

B - Le fondement de l'accès au secret accordé au médecin conseil

**1029.** Il s'agit d'observer comment les rapports entre médecins traitant et médecins conseils sont articulés en vue d'accéder et de protéger le secret lié à la santé du souscripteur. Et ce, tout en restant hors du champ de la violation du secret professionnel. Pour cela, nous devons rechercher si le fondement de la divulgation des informations relatives à l'état de santé de l'assuré s'exerce en application de la notion de secret partagé entre ces deux professionnels de santé (1) ou de par la seule application d'une clause de renonciation consentie par l'assuré (2).

1 - Le mode du partage des secrets entre le médecin traitant et le  
médecin conseil

---

<sup>1436</sup> L.Grynbaum, *Déclaration inexacte du risque : secret médical : assurance sur la vie*, Resp.civ. et assur. 2001 n° 207 p.24 note sous CA Caen, 5 Décembre 2000.

<sup>1437</sup> L'article 46 encadre les modalités d'accès au dossier par un intermédiaire. Décret n° 95-1000 du 6 Septembre 1995, D.1995 p.452 (Ancien code de déontologie médicale).

**1030.** La divulgation du secret médical peut s'opérer par le biais du secret partagé (a) cependant cette notion correspond à une définition très stricte, qui ne semble pas à s'appliquer à la divulgation du secret médical dans le cadre de l'assurance (b).

*a - Les principes directeurs du secret partagé*

**1031.** Le secret médical est en principe cloisonné entre le médecin traitant et le médecin conseil<sup>1438</sup>. De même que la doctrine semble très méfiante vis-à-vis du libre accès du dossier médical au médecin conseil<sup>1439</sup>, mais, un arrêt<sup>1440</sup> en a admis la validité<sup>1441</sup>, dans la mesure où aucun texte n'interdisait cette transmission, encore faudrait-il savoir sur quel fondement un tel partage de secret serait envisageable ? Pour déterminer le mode selon lequel le secret pourra circuler entre le médecin conseil et le médecin traitant. Nous pourrions envisager dans un premier temps que cette divulgation procède de la notion du secret partagé.

**1032.** Le secret partagé doit être entendu de manière très restrictive. Il faut en effet que les professionnels susceptibles de partager une information confidentielle aient la même qualité, la même compétence, et exercent les mêmes fonctions dans un domaine déterminé. En effet, « le secret partagé est toujours un secret »<sup>1442</sup>. Le médecin qui dévoile le contenu du dossier de son patient à une personne également soumise au secret professionnel, tel qu'un avocat ou un notaire, se rend coupable du délit de violation du secret médical. Il est nécessaire que les deux professionnels soient « issus du même cercle »<sup>1443</sup>. À part le médecin traitant auquel s'est confié l'assuré, la seule autre personne apte à connaître le contenu du secret médical ne peut être qu'un autre médecin. D'autant qu'étant soumis à la même obligation de se taire, le secret continue de bénéficier d'une protection absolue. Mais tous les médecins peuvent-ils bénéficier du partage des secrets ?

**1033.** Une condition supplémentaire est requise pour que le secret soit valablement partagé. Il est impératif que l'objectif poursuivi par ce partage du secret soient en faveur de l'intérêt thérapeutique du patient. Cela signifie très concrètement que chaque professionnel de santé n'accède aux informations couvertes par le secret, que dans le seul but de soigner le patient.

---

<sup>1438</sup> V. supra n° 984.

<sup>1439</sup> B. Beignier, *Secret médical et assurances de personnes*, D. 1999. 46 ; J. Penneau, D. 1999. 381.

<sup>1440</sup> CA Paris 28 Septembre 1988, D. 1989. 319.

<sup>1441</sup> Au regard des articles anciens L.710-2 et L.710-2-2 du Code de la santé publique, actuellement codifiés sous l'article L.1111-7 du Code de santé publique.

<sup>1442</sup> Ph. Conte « *Droit pénal spécial* », éd. Litec 2003, n°338 et suivant.

<sup>1443</sup> V. Peltier, op. cit. n°32



Le secret partagé ne trouve sa légitimité que si « *l'union fait la force* » contre la maladie. Le secret partagé n'est destiné qu'à favoriser un échange de compétence<sup>1444</sup>.

C'est ainsi qu'en matière médicale, suite au développement des spécialisations disciplinaires et de la modernisation des technologies<sup>1445</sup>, il est devenu courant qu'un patient n'ait pas affaire à un seul médecin, mais à une équipe médicale qui selon sa spécialité, aura vocation à intervenir au cours de différentes phases du traitement. À cette occasion, le secret matérialisé par le contenu du dossier médical, pourra être transmis à tous les intervenants qui se succèdent au chevet du malade, ce qui leur permet d'exercer la maîtrise de leur art à partir des mêmes éléments. C'est à cette condition que nous serons dans une hypothèse de secret partagé<sup>1446</sup>. Une configuration qui ne correspond pas au cadre dans lequel le médecin conseil et le médecin traitant sont amenés à collaborer.

#### *b - L'exclusion du secret partagé en assurance*

**1034.** En matière d'adhésion à un contrat d'assurance, nous pouvons dans un premier temps remarquer que ce n'est pas le médecin traitant du souscripteur qui intervient mais le médecin de l'assureur spécialement mandaté à cet effet, et dont l'activité consiste à vérifier la réalité du risque envisagé. Dans ce contexte, il n'est pas dépositaire du secret de l'assuré mais un représentant des intérêts de l'assureur qu'il est tenu de renseigner, non pas sur le contenu d'un secret mais sur l'existence ou non, d'un secret opposé à son mandant.

**1035.** Si l'on tient compte de cette dernière condition, il semblerait que le médecin conseil qui recueille des données auprès du médecin traitant en vue de protéger les intérêts de l'assureur, ne puisse se prévaloir du secret partagé pour légitimer l'exercice de sa mission. En effet l'objet de sa démarche ne concerne pas l'intérêt thérapeutique de l'assuré, mais la vérification de ses déclarations. Nous pourrions même penser que le partage du secret pourrait en définitive nuire aux intérêts du patient-assuré, rendant de ce fait un tel partage de secret illicite. Le médecin conseil ne peut se prévaloir de la notion de secret partagé pour inciter le médecin traitant à révéler les secrets dont il est dépositaire, surtout depuis que le Conseil de l'Ordre des médecins s'oppose à tous rapports direct entre ces deux praticiens<sup>1447</sup>.

<sup>1444</sup> Cependant le secret partagé est également imposé au sein des différentes commissions mise en place en matière de fonds de garantie, notamment le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommage (article L.421-1 du Code des assurances) le fonds paritaire de garantie (L.931-35 du Code de la sécurité sociale), et le fonds de garantie (L.431-1 du Code de la mutualité)... Le secret partagé subi dans ce cas une certaine variante dans la mesure où il n'est instauré que dans l'intérêt poursuivi par ses commissions et dont l'activité nécessite un partage loyal et fiable des informations pour atteindre un objectif tendant à l'efficacité de leur action.

<sup>1445</sup> Et du rôle accordé au médecin traitant qui dans le cadre de la coordination des soins doit au cours d'une consultation préalable déterminer en fonction des symptômes quel spécialiste sera en mesure d'intervenir.

<sup>1446</sup> Voir pour une étude détaillée, V. Peltier op. cit.

<sup>1447</sup> V. supra n°980 et suivant pour la délivrance des certificats médicaux.

C'est donc sur un fondement autre que le secret partagé qu'il faut envisager la divulgation du secret médical entre deux médecins œuvrant en faveur d'intérêts contradictoires. Il semblerait que cette collaboration entre le médecin conseil de l'assureur, et le médecin traitant de l'assuré doive trouver sa justification dans l'acte de renonciation de l'assuré.

## 2 - La renonciation justifie l'accès au secret confié au médecin traitant

**1036.** Seul le consentement de l'assuré légitime le partage des informations protégées entre le médecin conseil et le médecin traitant. Le secret pourra être révélé, même s'il ne tend pas à œuvrer dans l'intérêt thérapeutique du patient du fait de l'existence à la renonciation au secret médical par l'assuré. Cette solution déjà admise, a été conforté par ce qu'un auteur nomme « le renouveau du secret partagé »<sup>1448</sup>. Il est de fait que le secret médical prend une nouvelle orientation depuis la loi du 4 mars 2002<sup>1449</sup>, qui place le consentement du patient au centre du système de la divulgation des informations liées à son état de santé. Le secret est certes toujours général et absolu, mais la volonté du maître du secret ne peut plus être ignorée.

**1037.** C'est ainsi qu'avec le consentement exprès de la personne concernée, toutes les informations confidentielles portant sur son état de santé pourront faire l'objet d'un recueil, et d'une transmission même par voie électronique<sup>1450</sup>. Un auteur propose que l'assuré autorise son médecin traitant à répondre aux sollicitations du médecin conseil des compagnies d'assurance<sup>1451</sup> le déliant de ce fait de son obligation au secret. Ce qui est envisageable si le consentement de l'assuré démontre qu'il renonce à se prévaloir du bénéfice du secret médical. Sans bénéficier de la maîtrise absolue de ses secrets de santé<sup>1452</sup>, l'assuré peut autoriser qu'ils soient divulgués à un médecin autre que son médecin traitant, et ce, même s'il n'intervient à aucun moment pour le soigner.

C'est sur le fondement du principe de la renonciation au secret médical et de l'évolution législative aménageant la révélation à distance du secret, que le médecin conseil pourra accéder à certaines informations divulguées sous le sceau de la confidentialité. Mais l'accès autorisé au médecin conseil ne permet pas la divulgation sans restriction des secrets à son

---

<sup>1448</sup> V. Peltier, op. cit. n°33.

<sup>1449</sup> Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, relative « aux malades et à la qualité du système de santé » (JO 5 mars 2002, p. 4161).

<sup>1450</sup> Article 1111-8 du Code de santé publique, ces fichiers informatisés sont soumis à la réglementation de la CNIL selon l'article 1110-4 dudit Code.

<sup>1451</sup> Y. Lambert-Faivre, « *Droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation* », 4<sup>ème</sup> éd. Dalloz 2000, n°51.

<sup>1452</sup> En effet il ne faut pas perdre de vue que le médecin traitant bénéficie d'un droit d'opposition à la divulgation du secret médical, qui est le droit au silence, qu'il peut librement exercer et qui se fonde sur le secret professionnel.

mandant. Il faut donc déterminer ce qui peut être réellement révélé à l'assureur qui n'a en principe aucune légitimité pour accéder à de telles informations.

## Sous section 2- Les modalités de la révélation des secrets entre le médecin conseil et l'assureur

**1038.** L'accès au secret portant sur le risque de santé est accessible au médecin conseil qui aura connaissance du contenu des données qu'il recueille. Mais cela ne lève pas la protection accordée au secret médical qui s'imposant toujours vis-à-vis des tiers, ne peut de ce fait être divulgué à l'assureur. Il est nécessaire d'étudier les conditions dans lesquelles ces données pourront être transmises et utilisées par l'assureur (§1). Afin de comprendre pourquoi cette forme de transmission indirecte des secrets, rend la position du médecin conseil très délicate au regard de la révélation de l'état de santé réel de l'assuré (§2).

### *§1 - Le mode de transmission du secret médical à l'assureur*

**1039.** Vis-à-vis de l'assureur, l'accès au secret a subi une réelle évolution. À l'origine, il était admis que l'assureur pouvait accéder au contenu des données personnelles composant le secret médical si elles transitaient par le médecin conseil (A), cependant cette forme de transmission indirecte a été par la suite condamnée, excluant par là même de manière irrévocable l'assureur du cercle de la circulation des secrets de santé de l'assuré (B).

#### A - L'ancien mode de révélation du contenu des secrets à l'assureur

**1040.** Dans un premier temps, pour contourner les principes contraignants inhérents au secret professionnel, la première chambre civile<sup>1453</sup> semblait favorable, à ce que les informations confidentielles puissent être valablement transmises à l'assureur, si elles « transitaient » par le médecin conseil. Cette transmission de document, tel qu'un certificat médical dévoilant l'antériorité de la maladie à la souscription du contrat d'assurance, pouvait se faire sans aucune vérification ni appréciation du médecin conseil qui, confiné au simple rôle de messenger, déposait le secret de l'assuré obtenu auprès du médecin traitant, directement entre les mains de l'assureur.

**1041.** Cette forme de transmission indirecte était validée du seul fait qu'elle transitait par un tiers dont la neutralité ne pouvait être mise en doute, puisqu'il était à la fois un médecin et le mandataire de l'assureur. En réalité si cette position plusieurs fois adoptée par la suite<sup>1454</sup>, était

---

<sup>1453</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 Janvier 1991, n° 89-13.808.

<sup>1454</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 Janvier 1993 RCA, 1993, n° 348 ; Cass 1<sup>re</sup> civ., 10 Décembre 1996, D. 1998. 117, note S. Choisez.

contraire aux principes déontologiques régissant la profession médicale puisqu'elle faisait abstraction du seul intérêt devant être protégé : le secret de l'assuré. Même si elle présentait l'avantage de maintenir l'équilibre des intérêts contractuels en présence, tout en surmontant l'obstacle du secret médical, ce mode de révélation était voué à l'abandon.

**1042.** C'est un arrêt en date du 6 Janvier 1998, qui posera le principe selon lequel, l'accès direct de l'assureur au contenu du secret transmis par le médecin conseil, qui en avait reçu la confiance directement par médecin traitant devait être fermement condamné<sup>1455</sup>. Depuis lors, peu importe la forme de la divulgation, l'assureur ne peut accéder aux informations portant sur le secret médical de l'assuré. C'est ainsi qu'un médecin conseil ayant transmis à l'assureur une lettre rédigée par le médecin traitant, et dévoilant les secrets du souscripteur lors de la déclaration de risque, a été sanctionné pour violation du secret médical<sup>1456</sup>. Pourtant dans cette espèce, il n'avait fait que transmettre le document litigieux obtenu de gré à gré, à son mandant, n'étant pas de ce fait à l'origine de la révélation mais seulement de la transmission de l'information. Mais si cette possibilité était autrefois permise, de telles pratiques ne sont plus justifiées<sup>1457</sup>.

**1043.** Nous comprenons que l'idéal pour l'assureur soucieux d'avoir une opinion exacte du risque devant être couvert, serait de pouvoir questionner directement le médecin traitant du souscripteur, mais cela est désormais impossible. Dès lors, tout le mécanisme de l'accès au secret médical repose sur le médecin conseil qui n'est plus envisagé comme un simple élément de transmission des données médicales. Sa fonction devient plus délicate à exercer, en effet « L'évaluation des risques en matière d'assurance de personnes oblige à une prudente procédure qui repose sur la recherche d'un compromis satisfaisant des intérêts contradictoires...

Le point de rencontre de ces intérêts divergents se trouve dans la mission qui est celle du médecin conseil »<sup>1458</sup>. La protection des secrets dont il est dépositaire ne permet plus de limiter son action à un rôle passif. Le médecin conseil devient la pierre angulaire de l'accès au secret médical dont est exclu l'assureur.

---

<sup>1455</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 Janvier 1998, n° 95-19.902 et 96-16.721. Dans cette espèce, le document litigieux avait été remis par le médecin conseil à l'assureur.

<sup>1456</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 Janvier 1999, n° 96-20.580, voir, rapport P. Sargos JCP G 1999, II, 10025; B. Beignier, *secret médical et assurance de personnes*, D. 1999. 13; G. Durry, *secret médical et preuve d'une fausse déclaration du risque*, Risques n° 39, Septembre 1999 p. 120; G. Courtieu, *secret médical; secret défense ou secret de polichinelle ?* RCA, 1999 chron. n° 13 op. cit.

<sup>1457</sup> Pour prendre la mesure de ce revirement de jurisprudence, il est important de garder à l'esprit qu'il s'insère dans le contexte très médiatique de l'affaire « Gûbler ».

<sup>1458</sup> B. Beignier, *secret médical et assurances de personnes*, D. 1999.469.

## B - L'exclusion de l'assureur de l'accès au secret médical de l'assuré

**1044.** C'est dans le cadre de la renonciation volontaire<sup>1459</sup> qu'un nouveau mécanisme est élaboré, prenant en compte la nécessité de concilier des principes fondamentaux régissant le secret médical et les principes directeurs du droit des contrats. Le traitement du secret médical s'insère désormais au sein de trois relations distinctes liant concomitamment l'assuré à son assureur, à son médecin traitant, et au médecin conseil. D'une part, l'assureur n'a plus accès au secret de l'assuré sans son accord, et s'il l'obtient, c'est au médecin conseil de recueillir ce secret auprès de l'assuré lui-même ou de ses confrères et d'analyser les conséquences que peuvent entraîner ce secret sur l'appréciation du risque. Et ce, à la seule condition que l'assuré ait consenti à de tels échanges.

**1045.** Désormais, la jurisprudence retient que les secrets transmis par le médecin traitant au médecin conseil ne peuvent être divulgués à un tiers. Il ne peut plus être ignoré que ces deux professionnels sont tous deux astreints au secret professionnel<sup>1460</sup>. Le médecin conseil peut, obtenir des informations du médecin traitant du souscripteur à condition qu'il ne dissimule pas à ses confrères les intérêts qu'il représente<sup>1461</sup>, et qu'il ne divulgue pas le contenu des informations obtenues à l'assureur qui l'a mandaté<sup>1462</sup>.

**1046.** Cette position est confortée par l'état actuel des textes<sup>1463</sup>. La divulgation du secret médical est strictement encadrée et ne peut circuler que dans un cercle restreint qu'à la condition que l'assuré ait donné son consentement. Mais la levée volontaire n'est d'aucun effet sur la protection du secret vis à vis des tiers non autorisés, qui perdure et continue de s'imposer principalement à l'assureur, rendant la mission de ses mandataires qui eux, auront accès au secret, très ambiguë du fait de la communauté d'intérêts les liant.

### *§ 2 - L'étendue des révélations du médecin conseil à l'assureur*

---

<sup>1459</sup> V. supra n°1010 et suivant.

<sup>1460</sup> En l'espèce le médecin conseil avait divulgué le secret à l'assureur au motif qu'il était son mandant, un point de vue que réfute désormais la Cour de cassation, et qui ne permet pas la divulgation du contenu des secrets de l'assuré à l'assureur, sous prétexte de l'existence d'un contrat de mandat entre l'assureur et le médecin conseil. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 Janvier 1998 op. cit. note n°1361.

<sup>1461</sup> Pour un médecin conseil ayant obtenu des renseignements sur un assuré sans informer le médecin traitant qu'il agissait dans l'intérêt d'une compagnie d'assurance. Cass. Crim., 17 Mai 1973, D. 1973. 583.

<sup>1462</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 Janvier 1998, op. cit. L'arrêt énonce les conditions dans lesquelles la divulgation entre le médecin traitant et le médecin conseil est recevable.

<sup>1463</sup> Notamment en tenant compte des dispositions de la loi du 4 mars 2002 sur les droits des patients et du Code de déontologie médical, modifié en 2005.

**1047.** L'assureur ayant obtenu de son assuré la renonciation au secret médical, pourra par le biais du médecin conseil accéder indirectement à la réalité du risque de santé qu'il entend garantir (A) mais il faut garder à l'esprit que le médecin conseil protège et sert les seuls intérêts de l'assureur, une position qui ne peut le dispenser de limiter les divulgations qu'il sera amené à faire à son mandant (B).

#### A - L'ambiguïté de la mission du médecin conseil

**1048.** Il est constant que s'il appartient au médecin conseil d'informer son mandant du caractère mensonger de la déclaration de risque, l'assureur n'a pas à savoir de quelle pathologie le souscripteur est atteint. La mission du médecin conseil est de servir de révélateur, quant aux conséquences de l'existence d'un secret sur le risque. Il ne peut en aucun cas dévoiler le contenu du secret de santé de l'assuré.

C'est la position préconisée par la Cour de cassation dans son rapport annuel de 1999<sup>1464</sup>, qui envisage la mission du médecin conseil sous l'angle d'un exercice de comparaison, entre ce que l'assuré déclare et ce qu'il peut constater. Il doit seulement rédiger un rapport succinct de la situation médicale de l'assuré<sup>1465</sup>, sans qu'il soit fait mention des éléments, ni du contenu des documents médicaux qui lui ont été transmis, mais il peut s'en inspirer sans pour autant entrer dans le détail du dossier médical<sup>1466</sup>. L'assureur n'a accès qu'à l'avis portant sur l'appréciation médicale que le médecin conseil peut se faire du questionnaire de santé rempli par l'assuré.

**1049.** D'un point de vue contractuel, la seule information susceptible de menacer l'équilibre du contrat est l'inexactitude avec laquelle a été rempli le questionnaire de santé, et non le contenu confidentiel des informations portant sur l'état de santé de l'assuré, ce dernier bénéficie d'une protection sans cesse réaffirmée par la jurisprudence européenne<sup>1467</sup>, car rattachée au respect de la vie privée. L'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme précise que la protection des données médicales revêt une importance fondamentale dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée, et que le caractère confidentiel des informations sur la santé constituait un principe essentiel juridiquement protégé<sup>1468</sup>.

**1050.** Comme certains auteurs nous pourrions relever « que l'on ne voit pas très bien la différence entre la révélation directe à l'assureur de la pathologie de l'assuré au jour de la

---

<sup>1464</sup> Rapport Cour de cassation 1999, Documentation fr. 2000, p. 403 et suivante.

<sup>1465</sup> Rapport P.Sargos, sous Cass 1<sup>re</sup> civ., 12 Janvier 1999, JCP G, 1999 II, n°10025.

<sup>1466</sup> CA Caen, 5 Décembre 2000, RCA, 2001, comm. n°207.

<sup>1467</sup> CEDH, 25 Février 1997, Z c/ Finlande, rec. 1997-I ; 27 Août 1997, MS c/ Suède, rec.1997-IV ;

<sup>1468</sup> D. 2000. 521, note I. Laurent-Merle.

souscription, grâce à la communication des renseignements fournis par le médecin traitant, et l'indication dans un rapport que l'assuré souffrait d'une maladie qui n'a pas été déclarée dans le questionnaire. Le résultat est rigoureusement identique »<sup>1469</sup>. Ce qui accentue l'ambiguïté du mandat exercé par le médecin conseil. Certes le résultat est identique sur le plan du refus de la prise en charge du risque. Mais en termes de protection du secret l'assureur ne peut avoir un libre accès au contenu exact du dossier personnel du patient. La légitimité de l'intervention du médecin conseil s'inscrit dans « le respect du secret ... (sans)... permettre à l'assuré de dissimuler son état de santé »<sup>1470</sup>, c'est donc dans l'intérêt de la bonne exécution du contrat qu'il est permis à l'assureur d'accéder à certaines informations par le biais du médecin conseil, et avec le consentement de l'assuré.

**1051.** Cette position ne signifie pas que l'assureur bénéficie d'un accès illimité au secret médical de l'assuré, mais que le médecin ne pourra pas se voir reprocher la violation du secret professionnel s'il se contente de répondre aux questions de la compagnie d'assurance, sans entrer dans le détail des affections dont souffre l'assuré<sup>1471</sup>, ni l'état de ses pathologies<sup>1472</sup>. La conciliation du principe de la bonne foi contractuelle et du respect du secret professionnel repose sur les modalités de l'exercice de la renonciation et de la mission du médecin conseil.

#### B - La révélation limitée des secrets de l'assuré

**1052.** Le médecin mandaté par l'assureur aux seules fins de vérifier l'étendue réelle du risque de maladie, ou de décès qu'il sera amené à prendre en charge ne viole pas le secret professionnel s'il se contente de répondre aux questions posées sans donner de précisions. Le Code de déontologie médicale prévoit expressément que « le médecin chargé du contrôle est tenu au secret vis-à-vis de l'administration ou de l'organisme qui l'emploie, auquel il ne peut fournir ni ne doit fournir que ses conclusions sur le plan administratif sans indiquer les raisons d'ordre médical qui les motivent »<sup>1473</sup>. À cet égard il doit s'efforcer de maintenir une certaine réserve tendant à l'obtention de renseignements, une décision ancienne, mais dont la solution ne serait pas démentie actuellement avait retenue la responsabilité de l'assureur au titre de complicité par provocation d'un délit de violation du secret professionnel.<sup>1474</sup> Le médecin

---

<sup>1469</sup> L. Grynbaum, op. cit.

<sup>1470</sup> D. Duval-Arnould, *Le juge civil face au secret médical*, D. 2004.2682.

<sup>1471</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 Juin 1993, Resp.civ. et ass. 1993, comm 321.

<sup>1472</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 Mars 1986, RGAT 1986, p.204, obs. J.-L. Aubert.

<sup>1473</sup> Article 81 du Code de déontologie médicale.

<sup>1474</sup> En l'espèce, le médecin conseil avait fait preuve d'une insistance proche de l'excès de zèle, en abusant de sa qualité de médecin pour imposer à une infirmière l'obligation de lui révéler le contenu du dossier médical d'un accidenté qui comportait toutes les observations des médecins qui l'avait soigné, T. Corr. Lyon 7 décembre 1971, D. 1972. 609.

conseil ne peut intervenir que dans le cadre d'une mission de contrôle, d'expertise et de conseil.

**1053. Conclusion section 1 :** L'accès au secret le plus général et absolu est accessible à l'assureur de manière certes indirecte mais certaine. C'est par le biais de la renonciation de l'assuré à la protection élaborée dans un intérêt général qu'il pourra renoncer à la protection des éléments portant sur son intimité dont procède son état de santé. Une fois la renonciation acquise, l'assureur pourra recueillir et vérifier cet ensemble de données sensible par le biais de son mandataire, le médecin conseil. La renonciation étant instituée par le biais de clause contractuelle, c'est donc sur le fondement de la loyauté contractuelle que l'assureur aura accès à un secret légalement protégé.

Après avoir déterminé dans quelles conditions l'assureur pouvait avoir accès au secret, il faudrait être en mesure d'observer comment seront utilisées les données de santé recueillies par le médecin conseil au sein même de l'entreprise d'assurance.

## Section 2 : La circulation du secret médical au sein de l'entreprise d'assurance

**1054.** Il appartient à l'assureur de veiller à la protection des secrets les plus intimes de l'assuré recueillis par le médecin conseil. Cette obligation de protection s'impose tout au long de la procédure de vérification des données relatives à l'état de santé des assurés. Le secret est mis hors de portée de tous les tiers exerçant dans l'entreprise, y compris de l'assureur qui reste exclus du contenu du secret.

Au cours de la procédure du recueil et du traitement des données médicales, le secret doit subir une phase de transformation, afin qu'il soit divulgué dans des conditions respectant la protection des confidences accordées par l'assuré (**Sous section 1**). Cependant, cette procédure de révélation des secrets pourrait laisser apparaître un mode d'utilisation du secret bien plus étendu que l'on pourrait le penser (**Sous section 2**).

### Sous section 1 - La protection des secrets recueillis par le médecin conseil

**1055.** Il appartient à l'assureur de se conformer à la nature du secret médical dont la protection ne peut être remise en cause. Il doit mettre en place une procédure favorisant la protection absolue du secret médical, tant au niveau du traitement des données qui doit être



confié à un service médical indépendant (§1) qu'au niveau de la gestion des résultats du traitement des données secrètes, qui circuleront entre les différents services situés généralement au sein même de l'entreprise d'assurance (§2).

*§1 : L'analyse des secrets par le service médical de  
l'assureur*

**1056.** Les secrets recueillis au profit de l'assureur par le médecin conseil devront, du seul fait de leurs contenus, bénéficier d'une confidentialité absolue au sein d'une procédure confidentielle, dont l'organisation est mise en œuvre par le service médical de l'assureur (A). Il procédera alors au traitement des secrets médicaux consistant à traduire en termes de risque ce que révèle l'état de santé de l'assuré (B).

A - La protection du secret au cours de la procédure de vérification  
du risque de santé

**1057.** La procédure de vérification du secret médical ne peut être envisagée sans que l'assuré n'ait été préalablement informé des conditions dans lesquelles sera analysé et vérifié le risque de santé qu'il soumet à garantie (1), à cet effet, il appartient à l'assureur de veiller à ce que le secret bénéficie d'une protection absolue au sein même du service médical (2).

1 - L'information préalable de l'assuré des conditions d'utilisation  
de ses secrets

**1058.** L'assureur qui obtient de ses assurés la renonciation au secret médical, doit veiller à ce que le candidat ait une information claire et précise, des conditions procédurales dans lesquelles son secret pourra être lui communiqué en termes de gestion du risque. La phase de la souscription ou de l'adhésion à un contrat d'assurance vie ou de personnes, s'inscrit dans un impératif d'appréciation des risques nécessitant des examens et un contrôle médical, confié à des médecins intervenant dans le seul intérêt de l'assureur. Il est impératif que l'assuré ait conscience de la spécificité de cette procédure médicale, qui ne tend pas à le traiter ou à le soigner, mais à découvrir ce qu'il représente en termes de facteur de risques.

**1059.** L'intervention du service médical ne tend qu'à conseiller et définir une sélection des normes d'acceptation de risques favorable aux intérêts économiques de l'assureur. En contrepartie, l'assureur est garant de la confidentialité devant être attachée au traitement administratif des informations recueillies. Il lui appartient de concilier les impératifs d'ordre éthique avec l'activité d'assurance. L'assureur n'a aucun droit d'accès au contenu du secret médical, mais il a l'obligation de veiller à ce que toutes les données recueillies soient bien à

l'abri au sein du service médical créé à cet effet. Il est responsable de toute divulgation inopportune des secrets de ses assurés au sein même de l'entreprise d'assurance.

## 2 - La protection des secrets de l'assuré au sein du service médical

**1060.** Le recueil et le traitement des données portant sur l'état de santé d'une personne s'inscrit dans une procédure délicate, au cours de laquelle le médecin conseil à l'obligation de préserver le secret de l'assuré. C'est un impératif imposé par le Code de déontologie médicale et selon lequel «Les renseignements médicaux contenus dans les dossiers établis par ce médecin (*conseil*) ne peuvent être communiqués ni aux personnes étrangères au service médical ni à une autre administration »<sup>1475</sup>. Le contenu des données relatives à l'état de santé des assurés ne peut circuler hors du service médical. Ce service est dirigé par un médecin conseil, également appelé « médecin chef » ou « médecin du siège » qui est seul responsable et donc le garant des secrets de l'état de santé des assurés pour le compte de la compagnie d'assurance<sup>1476</sup>. C'est en toute indépendance qu'il va, au besoin en s'entourant de collaborateur extérieur à l'entreprise, procéder à l'examen du souscripteur.

**1061.** Le service médical est un endroit totalement indépendant et séparé des autres services de l'entreprise. Cette autonomie visant à s'affranchir de tous tiers non autorisés de prendre connaissance des secrets de l'assuré, peut s'observer à travers le mode de transmission directe du questionnaire de santé au service médical sous enveloppe cachetée, destinée à soustraire les secrets au service administratif de l'assureur. Les déclarations de risque pourront concerner entre autres, des antécédents de maladie ou d'accident, ou de traitement en cours, les arrêts maladie, les pathologies existantes ou ayant existées, et les interventions chirurgicales subies. Ces secrets seront soustraits à l'assureur par la remise directe des documents sensibles au service médical. Une fois en possession des secrets de santé du déclarant, le médecin conseil sera en mesure de procéder au recueil, au traitement, et à l'analyse des données médicales en les appréciant sous l'angle du facteur de risque afin d'émettre un avis sur l'opportunité de la prise en charge du risque.

## B - L'appréciation du secret en fonction de la déclaration de risque initiale

**1062.** Le rôle du médecin conseil s'inscrit dans une mission très précise, il doit vérifier qu'aucun secret a priori indécélable n'entache la réalité de l'état de santé du souscripteur (1),

---

<sup>1475</sup> Article 81 alinéa 2 du Code de déontologie médicale.

<sup>1476</sup> Il convient de le distinguer pour éviter tout amalgame, le médecin conseil qui ne doit pas être confondu avec l'expert judiciaire, ni avec le médecin contrôleur des organismes de sécurité sociales.

en révélant des éléments tendant à modifier l'opinion que l'assureur pouvait se faire du risque qui lui est soumis à garantie (2).

## 1 - La recherche du secret indécélable

**1063.** Le corps humain est un secret en soi, toute personne à un moment ou l'autre de sa vie, a été malade ou a eu un accident, qu'il s'agisse du rhume le plus bénin, ou d'une maladie incurable, l'état de santé d'un assuré potentiel, intéresse au plus haut point les sociétés d'assurances. Tous les questionnaires de déclaration de risque ne seront pas soumis à une procédure d'examen médical, de par son coût élevé, et de par le nombre croissant des demandes d'assurances seuls quelques dossiers feront l'objet d'une attention plus soutenues. Il semble que ce choix soit lié à des impératifs économiques, si le montant élevé de la garantie devant être accordée le nécessite, et en cas de fortes présomptions liées au secret que l'on tenterait de soustraire à l'assureur.

**1064.** Le fait de porter une cicatrice, d'être atteint d'une infirmité, ou d'un handicap apparent étant des caractéristiques visibles à l'œil nu, ne sont pas de nature à occulter une information. Par contre, l'assuré porteur d'une maladie du cœur, d'une insuffisance rénale, d'un diabète ; ou faisant usage de produits stupéfiants, d'une consommation excessive d'alcool, de café, ou de tabac, sont des éléments de nature à altérer son état de santé, ou à démontrer une nature « *addictive* », et par conséquent, à augmenter le risque soumis à l'assureur. Mais tous les risques de santé ne pourront être appréhendés qu'après avoir procédé à des examens médicaux.

**1065.** C'est la raison pour laquelle les sociétés d'assurances se sont dotées de services médicaux, dont l'activité liée à l'appréciation du risque se compose d'examens, et de contrôles entièrement consacrés à ce risque indécélable, celui que l'on peut si facilement dissimuler, et auquel les médecins vont s'attacher à découvrir.

## 2 - La révélation d'une omission volontaire

**1066.** L'examen médical est constitué du questionnaire initial, complété d'une demande d'information complémentaire, elle-même suivie d'un examen médical plus spécifique, tel que des analyses biologiques, des radiographies, des échographies, ou tout autre examen complémentaire pouvant s'avérer utile à la découverte des secrets du souscripteur. Dès lors, si des réponses au questionnaire semblent contradictoires, voire incohérentes, elles peuvent laisser supposer un risque ignoré ou dissimulé, qui fera l'objet d'un questionnaire de santé

plus détaillé, auquel pourra être joint une demandes de pièces justificatives ou d'un certificat médical du médecin traitant<sup>1477</sup>.

**1067.** La présence du médecin conseil est indispensable car seule susceptible d'aider l'assureur à cerner les dossiers mensongers, sans avoir à lui transmettre les éléments du dossier. Il ne peut que dévoiler le résultat de sa recherche. Sa présence est un garde fou nécessaire qui ne peut être réduit à rapporter fidèlement tout ce qu'il a vu compris et entendu, Il doit trier les informations et donner son avis en fonction des déclarations faites initialement. Son rôle est de déterminer si l'assuré a réellement dévoilé tous ses secrets en remplissant le questionnaire de santé. Et donc s'il s'est comporté en toute bonne foi.

**1068.** La mission du service médical s'inscrit dans le cadre de la révélation indirecte des secrets relevant de l'état de santé réel du souscripteur. Son rôle est inséré dans un impératif de gestion du risque qu'il ne lui appartient pas de définir mais de vérifier. Une fois le dossier médical étudié, il transmet un avis sur l'assurabilité du risque soumis au service chargé de la gestion des risques sans dévoiler le contenu des secrets de santé.

## *§2 - la révélation partielle du secret aux services de gestion du risque*

**1069.** Le service médical, émet un avis purement administratif destiné à être transmis au service de la gestion des risques qui, sans prendre connaissance du secret, sera en mesure de déchiffrer sa portée à l'aide d'une codification instaurée entre les deux services (A). Cependant la proximité et l'implication de ces deux services œuvrant dans l'unique intérêt de l'assureur, nous incitent à nous demander si les secrets sont réellement protégés lorsqu'ils circulent au sein de l'entreprise d'assurance (B).

### A - L'appréciation administrative du risque de santé

**1070.** Le secret est révélé de manière très restreinte au service de la gestion des risques (1), qui n'aura en principe accès qu'à un avis émis sous la forme d'un code par le service médical (2).

#### 1 - la protection administrative du secret médical

**1071.** Dès la demande de souscription, le demandeur à l'assurance doit être informé de la répartition des rôles entre le service médical de la société d'assurance quand à la vérification du questionnaire de santé, et les modalités de la transmission des résultats au service de

---

<sup>1477</sup> Ce dernier devra remettre son certificat médical sous enveloppe non cachetée, en main propre à son patient qui le transmettra au service médical de l'assureur. Le médecin traitant ne pouvant transmettre de documents directement au médecin conseil de l'assurance, voir Bulletin Ordre médical, Octobre 2000, p.5.

gestion du risque. L'assuré doit savoir que son état de santé aura vocation à être pris en compte pour l'évaluation du risque qu'il soumet à la garantie de l'assureur. La principale particularité de la transmission du résultat des recueils de données médicales, est qu'elle s'opère dans la plus grande confidentialité. Le service administratif de la gestion des risques, ne peut avoir accès aux données médicales, mais seulement à un avis. La teneur exacte de l'état de santé du déclarant reste un secret pour tous les autres services de la compagnie d'assurance.

**1072.** Le secret est protégé par une procédure mise au point dans le « Code de bonne conduite concernant la collecte et l'utilisation de données relatives à l'état de santé en vue de la souscription, ou l'exécution du contrat d'assurance »<sup>1478</sup> renforcée, par des dispositions figurant en annexe de la convention AERAS<sup>1479</sup> qui reprennent les remarques formulées par le Conseil national de l'Ordre des médecins<sup>1480</sup>. Cela concerne principalement les réseaux informatiques du service médical, qui ne peuvent être connectés au service de la gestion du risque de la compagnie. Matériellement, cela implique que les locaux, le matériel de bureau, les archives et les meubles de rangements soient totalement distincts entre les deux services.

La spécificité de cette transmission est qu'elle s'opère au moyen d'une codification permettant d'allier la nécessité de protéger le contenu du secret médical, tout en permettant une évaluation du risque soumis à garantie.

## 2 - la divulgation codifiée du secret

**1073.** La procédure de vérification du secret de santé est opérée en deux temps. D'une part, le service médical est chargé de vérifier la réalité de la déclaration de risque et donc, d'ôter toute suspicion concernant les secrets que l'on serait tenté de dissimuler à l'assureur. Et d'autre part, le service d'appréciation et de gestion du risque qui, sur la base de l'avis rendu, sera en mesure de décider si le risque qui lui est demandé de garantir peut être pris en charge.

**1074.** Cet avis est formulé sous l'aspect d'un document type fondé sur l'anonymat de l'assuré désormais identifié par un numéro de dossier, qui révèle son état de santé en fonction d'un code aménagé sous la forme de réponses à choix multiples, entre le service médical et le service d'appréciation des risques.

---

<sup>1478</sup> Pour une étude complète de la procédure, Lamy Assurances édition numérique 2006, n° 3466.

<sup>1479</sup> Loi n° 2007-131 du 31 Janvier 2007 relative à l'accès au crédit des personnes présentant un risque aggravé de santé.

<sup>1480</sup> R. Saury, *Secret médical et compagnies d'assurance*, Actualité, rapport et travaux du Conseil national de l'Ordre des médecins, Avril 2000.

C'est ainsi qu'il pourra être conseillé d'accepter la souscription à un tarif normal, ou avec une surprime, ce choix laissant supposer un risque faible, ou préconiser une acceptation sous condition. Il pourra s'agir de prévoir au contrat une exclusion de la garantie pour certaines maladies, ce qui induit l'existence d'une pathologie existante régulièrement déclarée par le souscripteur. Ces avis représentent un indice fiable indiquant que le souscripteur s'est montré de bonne foi lors de sa déclaration de risque.

**1075.** Si le service médical estime que le souscripteur s'est montré de mauvaise foi il n'hésitera pas à en faire part au gestionnaire du risque, tout en préservant le secret médical.

C'est ainsi qu'un ajournement du dossier peut signifier soit la découverte d'une pathologie dont l'appréciation du risque nécessite un délai pouvant aller jusqu'à cinq ans afin de délimiter son évolution ou sa disparition. Soit la découverte d'un secret que le souscripteur a préféré ne pas révéler à son assureur ce qui motivera une sanction immédiate avec son éviction temporaire à l'obtention d'une garantie. Mais il pourra aussi être conseillé un refus pur et simple de la prise en charge du risque, signifiant soit l'existence d'un très grand risque de maladie qui ne pourrait être compensé par une surprime, soit l'existence d'un ou plusieurs secrets, de nature à fausser tout le questionnaire de santé par exemple<sup>1481</sup>.

L'avis porté sur les dossiers soumis au service médical est prépondérant, lui seul étant en mesure de détecter la présence d'un secret dans le questionnaire de santé rempli par le demandeur à l'assurance. C'est cet avis qui permettra à la compagnie d'assurance de ne pas se laisser abuser en matière de sélection médicale du risque. Certes, cette information codifiée est divulguée de manière très sélective, et ne permet pas de mettre un nom sur la maladie du déclarant. Mais, pour un professionnel averti de l'assurance, une double lecture de cet avis lui permettrait de prendre la mesure de la gravité de l'état de santé du souscripteur.

**B - Les apparences d'une procédure protégeant le secret médical**

**1076.** En termes de gestion du risque, l'accès au secret médical ne tend qu'à un seul objectif la protection des intérêts de l'assureur. Nous pouvons nous demander si le traitement du secret médical au sein de l'entreprise d'assurance, ne subit pas les apparences d'une protection générale et absolue des secrets des assurés. Il paraît difficilement concevable que deux services aussi proches protégeant les mêmes intérêts, et partageant les mêmes lieux de vie tels que la cafétéria, la machine à café... Soient si autonomes et indépendants. La procédure semble à première vue très respectueuse des secrets de l'assuré vis-à-vis de

---

<sup>1481</sup> V. Lamy assurances 2006, op. cit.

l'assureur, cependant comme le soulignent certains auteurs, des incohérences susceptibles d'entraîner un conflit d'intérêts méritent d'être soulevées.

**1077.** C'est ainsi que l'absence de rapport hiérarchique entre, les médecins conseil de la compagnie et le personnel du service médical reste dommageable en matière de contrôle des informations pouvant être transmises, d'autant que « ce problème de relation hiérarchique devient crucial vis-à-vis des personnels des services d'acceptation des risques dont, d'une part, on sait qu'ils ne sont pas sous l'autorité d'un médecin et dont, d'autre part, on voit bien qu'ils sont parties prenantes '*dans la décision de la société*' transmise au candidat à l'assurance »<sup>1482</sup>. Cette absence de hiérarchie peut créer un conflit d'intérêts entre les deux services, dont on peut supposer que l'issue sera toujours appréciée en faveur des intérêts de l'assureur. C'est cette communauté d'intérêt entre les différents services qui fait une large place au doute.

**1078.** De plus, si cette procédure très élaborée aboutie de manière certaine à une fragmentation du contenu du secret médical du souscripteur, des doutes peuvent subsister quand à la confidentialité absolue de ces données de santé. En reprenant l'hypothèse d'une codification fondée sur l'anonymat, et les mentions d'usages apposées par le service médical indiquant les suites devant être données au dossier. Le gestionnaire du risque sera en mesure, à partir du numéro de dossier, supposé rendre le souscripteur anonyme, de retrouver son dossier et l'informer des suites données à sa souscription. Il est donc possible à partir d'informations fragmentées transmises entre deux services totalement indépendants de retrouver une identité et de l'associer à son état de santé.

L'élaboration de cette procédure est très paradoxale, dès lors que le propre du secret médical est d'empêcher toute révélation portant sur l'état de santé d'une personne, alors que de toute évidence, certaines informations protégées seront révélées au service de gestion des risques. Certes ils ne connaissent pas le nom des pathologies, mais avec le code utilisé ils savent qu'elles existent. C'est donc une protection très altérée du secret médical qui est envisagée avec le principe de la renonciation. D'autant que sous certains aspects, il semblerait qu'elle favorise une forme de révélation, allant au-delà de la simple appréciation de la bonne ou de la mauvaise foi de l'assuré, au moment de la déclaration de son risque de santé initial.

## Sous section 2 - L'étendue de la révélation du risque de santé

---

<sup>1482</sup> Convention du 19 Septembre 2001 visant à améliorer l'accès à l'assurance des personnes présentant un risque aggravé de santé : commentaire et perspective, Médecine et droit 2003 n° 61 p. 108.

**1079.** Par certains aspects, il semblerait que le secret de l'assuré soit le levier utilisé par l'assureur pour avoir une connaissance si certaine du risque, que l'aléa pourrait en être neutralisé. En effet, c'est en principe pour limiter toute incursion du secret dans le contrat, que l'assureur a obtenu l'accès au secret médical, et ce, au nom du principe de la loyauté et de la bonne foi contractuelle (§1). Cependant, il semblerait que la procédure de risque de santé ne se limite pas à la seule découverte du mensonge de l'assuré sur son état de santé réel au moment de la souscription. À terme cette vérification du secret médical sert à étudier le risque dans sa totalité, l'assureur peut donc bénéficier d'une connaissance allant au-delà de ce que pouvait savoir l'assuré de son état de santé, lors de la description de son risque (§2).

### *§1 - l'utilisation de la bonne foi pour accéder au secret médical*

**1080.** Le secret médical est rendu accessible par le biais de la renonciation, l'assuré qui n'aurait rien à cacher de ses déclarations initiales, se soumettra à la procédure de vérification du risque de santé pour démontrer sa bonne foi (A). Mais il peut s'avérer que le principe de la bonne foi permettra d'accéder à des révélations allant bien au-delà de simples omissions de déclarations de risque à l'assureur (B).

#### **A - La pertinence de l'acte de renonciation du secret médical**

**1081.** L'assureur qui est à l'origine de la recherche du secret pouvant lui être dissimulé sera tenu à l'écart de ce secret, la seule donnée tangible à laquelle il peut prétendre est de savoir si une information lui a été dissimulée, et si ce secret est de nature à affecter l'étendue du risque garanti. De prime abord, il ressort de cette procédure de vérification des risques que ce n'est pas tant le contenu du secret qui importe mais la réalité de son existence, rendant de ce fait légitime le cadre dans lequel s'inscrit l'appréciation médicale du risque initial. L'assureur est en mesure de connaître la seule chose qui l'intéressait : si oui, ou non, le déclarant avait maintenu le secret sur l'étendue de son risque de santé initial.

**1082.** Mais nous pouvons nous apercevoir, qu'en définitive, ce que l'assureur est en mesure de savoir, va bien au-delà de cette seule révélation des secrets de l'assuré.

La classification et les différents grades utilisés entre le service du risque et médical, nous révèle l'existence d'un code permettant de répertorier toutes les informations recueillies et classées en fonction de leurs contenus exacts, et non en fonction du comportement de l'assuré lors de la déclaration de risque. Selon nous, le mensonge, ou la mauvaise foi était le seul élément recherché par le service médical, il n'émettrait qu'un avis limité à une réponse positive ou négative.



C'est un système de révélation des risques que nous avons déjà pu observer dans le secteur bancaire et pour laquelle un auteur n'avait pas hésité à utiliser le terme '*d'hypocrisie*', car fondé sur des données réelles<sup>1483</sup>. Le secret médical est révélé sous sa forme la plus limitée, mais il n'en demeure pas moins, qu'il est utilisé de la manière la plus étendue possible. En effet, il ne se limite pas à ce qu'a pu déclarer l'assuré, mais à tout ce que les analyses et les examens médicaux ont pu révéler. Le souscripteur accepte de le laisser accéder à sa vie intime, afin de démontrer qu'il n'avait pas menti. Mais l'acte de renonciation de l'assuré va bien au-delà de la seule révélation qu'il entendait accorder à l'assureur : la démonstration de sa bonne foi.

#### B - La renonciation générale et absolue à ses secrets

**1083.** Par l'acte de renonciation, l'assuré s'engage à tout dire à son assureur par loyauté, il lui transmet toutes les informations qu'il a en sa possession, et tous les documents qui lui sont demandés. S'il s'y refusait cela serait perçu comme un acte de déloyauté, car partager ses secrets avec son assureur implique nécessairement de mettre l'assureur en mesure de vérifier si l'assuré n'a pas menti et donc s'il n'a pas été déloyal.

**1084.** Mais en droit des assurances la bonne foi cumulée au principe de la renonciation s'inscrit dans une véritable politique de divulgation interne à l'entreprise, cela emporte pour l'assuré, l'obligation de tout révéler, mais aussi pour l'assureur le droit de tout vérifier. Concrètement cela signifie que l'assureur qui recueille le consentement de l'assuré est en mesure de se donner les moyens de rechercher, par le biais de son service médical, si l'assuré est bien de bonne foi, mais aussi de déterminer s'il n'existait pas d'autres faits non déclarés car non connus, ou non demandés à l'assuré.

**1085.** La bonne foi est donc un outil permettant d'accéder à tous les secrets de l'assuré et pas seulement à garantir un échange loyal fiable et réciproque des confidences recueillies. Le service médical de l'assureur est en mesure d'accéder à des informations médicales allant au-delà des prévisions contractuelles de l'assuré lorsqu'il a consenti à la renonciation de ses secrets. Un simple prélèvement sanguin sera de nature à révéler plusieurs pathologies, ou maladies, et tout autant de circonstances relevant de la vie privée. Il pourra s'agir d'un diabète ou d'une grossesse, qui sera par exemple, ignorée d'une assurée. Si la question n'était pas posée dans le questionnaire de risque, c'est un fait qui ne révélera pas la mauvaise foi de l'assurée. Mais ce facteur pourra être pris en considération par le médecin conseil qui rendra

---

<sup>1483</sup> V. supra n° 903.

son avis au service de gestion des risque, non pas en révélant la grossesse, mais en préconisant une surprime, fondée sur l'état de santé réel de l'assurée.

Cet accès au secret de santé pose un réel problème car, certains assurés pourront en toute bonne foi ignorer qu'ils sont atteints d'une maladie, leur médecin traitant ayant le droit de garder le silence sur son état de santé réel. L'assureur même indirectement est en possession d'informations que l'assuré lui-même ignorait.

**1086.** Certes, il ne pourrait être retenu à l'égard de l'assuré une mauvaise foi caractérisée, mais il serait informé de la gravité de son état de santé par l'assureur et non par son médecin traitant. Dans les faits, nul n'est besoin de mentionner la gravité d'un état de santé, le simple refus de prendre le risque en charge sera susceptible de soulever quelques interrogations dans l'esprit de l'assuré, a fortiori s'il était dans le même temps dirigé vers son médecin traitant. Ce dernier se verrait contraint de lui révéler la réalité sur la gravité de sa maladie contre son gré, s'il avait décidé de faire valoir son droit au silence, et qui, sans l'intervention de l'assureur aurait certainement agi autrement dans l'intérêt thérapeutique de son patient. Ce qui est contraire à toute éthique médicale.

**1087.** L'autre difficulté majeure concerne l'impossibilité de savoir précisément comment sera traité ce 'surplus' d'informations recueillies au cours des divers examens pratiqués. Il ne pourrait être reproché à l'assureur de faire de la rétention d'information, puisqu'il est censé ignorer le contenu exact du secret médical. De plus, le médecin conseil n'intervient pas dans l'intérêt thérapeutique de l'assuré, il est donc en mesure de faire le choix de ne rien dévoiler des résultats des analyses et conseiller au souscripteur de consulter son médecin traitant. Mais que deviennent les données révélant une maladie ?

Nous pouvons supposer qu'ils resteront dans les dossiers constitués par les services médicaux des compagnies d'assurance. Une fois révélé, un secret n'est jamais oublié, et sera dûment intégré au risque pris en charge par l'assureur, s'il accepte de contracter, ou s'il se représentait plusieurs années plus tard.

**1088.** Dans de telles conditions, il est évident que la confiance envers l'assuré ne sera acquise qu'après avoir été confirmée par l'avis du médecin conseil. Et, non en se fondant sur l'exactitude du risque initialement déclaré. De même que le risque soumis ne sera accepté qu'après une étude de l'état de santé global du souscripteur, en tant que facteur de risque étudié, dans sa totalité. L'assuré qui renonce au secret médical, renonce de manière inconditionnelle à tous ses secrets de santé, tout en permettant à l'assureur de gérer la totalité du facteur risque qui lui est proposé. De ce fait, il semblerait que ce soit le mode d'utilisation

de la renonciation à laquelle a consentie l'assuré qui en définitive n'est pas assez protégée, et pas le secret médical en tant que tel. D'une part, on ne peut pas limiter par avance l'accès à un secret strictement défini, et d'autre part, une fois levé, le secret dévoilera toujours plus de renseignements que les parties ne l'avaient envisagé initialement. La levée du secret médical volontairement consentie par le souscripteur crée une asymétrie des connaissances en faveur de l'assureur.

## *§2 - L'accès au secret médical et la neutralisation de l'aléa*

**1089.** Le secret médical s'inscrit dans une fonction allant bien au-delà de la simple révélation des omissions frauduleuses de déclaration de risque des assurés. L'utilisation de l'accès concerté au secret semble être conçue pour connaître le risque réel de santé (A), à terme, la levée du secret concrétise la maîtrise de l'aléa (B).

### A - La connaissance réelle du risque de santé

**1090.** La renonciation, envisagée à la lumière de la nouvelle législation portant sur les droits des malades<sup>1484</sup>, permet à toute personne de disposer des secrets inhérents à son état de santé et donc, d'en disposer comme elle l'entend. Et notamment pour collaborer loyalement avec l'assureur. Mais en définitive, l'assureur sera en mesure de puiser, même indirectement, des données bien plus importantes, que la simple révélation de la mauvaise foi de l'assuré qui mentirait sur son état de santé.

**1091.** La révélation du secret médical permet d'accéder à nos secrets les plus intimes. Certes l'assureur peut découvrir les fausses déclarations, ce qui est légitime, mais il est également en mesure de déterminer l'étendue du risque réel que représentent les souscripteurs. La difficulté est que le dossier médical va permettre à l'assureur de limiter sa prise de risque au maximum, en déterminant un profil de l'assuré idéal. Il paraît évident que pour bénéficier d'une prise en charge, selon les critères de l'assureur, il vaut mieux être jeune et en bonne santé. L'intérêt commercial de l'opération d'assurance étant de se ménager la perception de primes sur une très longue période.

**1092.** L'assureur étant un commerçant, ce choix est compréhensible, mais l'accès au dossier médical ne va pas seulement lui permettre de choisir ses assurés. En pratiquant toute une série d'examens médicaux, qui se déroulent sur plusieurs heures, voire plusieurs jours, le service médical est en mesure de rechercher, et de trouver toutes les maladies en sommeil et susceptibles d'intervenir à plus ou moins brève échéance. Cela permet à l'assureur de

---

<sup>1484</sup> Le secret est désormais « institué dans l'intérêt des patients » L. 1110-4 du Code de la santé publique.

rationnaliser le facteur risque pour ne garder que les assurés les plus fiables, et donc les plus intéressants d'un point de vue économique.

Le choix opéré à partir du recueil des données médicales démontre que l'assureur peut en savoir bien plus sur l'état de santé du souscripteur, que le souscripteur lui-même. C'est cette connaissance du souscripteur en tant que facteur risque, qui nous incite à penser que l'assureur est en mesure de maîtriser l'élément fondamental du contrat d'assurance : l'aléa.

## B - L'assureur et la maîtrise de l'aléa

**1093.** Nous l'avons vu, le questionnaire de risque fonde le droit de l'assureur à poser toutes les questions en relation avec le risque. Mais avec le risque de santé, l'assureur est en mesure de savoir bien plus de choses qu'il n'aurait pensé à le demander dans le questionnaire initial. La difficulté est que la renonciation ne peut être envisagée comme la renonciation à tous ses secrets, ce qui serait contraire aux principes fondamentaux très protecteurs des secrets relevant de l'intimité des personnes.

De plus, il nous semble qu'en ayant une vision aussi claire et précise de l'état de santé de la personne, l'assureur se donne les moyens de parvenir non pas à la maîtrise absolue, mais pour le moins, bien supérieure à ce que sait l'assuré de l'aléa pesant sur sa propre personne. Par le biais de son service médical, l'assureur est en mesure de s'approprier les secrets de ses assurés et de les utiliser à leur insu pour limiter au maximum leurs prises de risque. C'est ce choix sélectif qui supprime ou à tout le moins neutralise le hasard, et donc, l'aléa. Désormais, c'est l'assureur qui devient maître des secrets. Il a la maîtrise de la connaissance réelle du risque, et par là même de la relation d'assurance.

**1094.** D'un point de vue chronologique, la procédure dans laquelle s'insère l'accès au secret médical, est faite avant la conclusion du contrat, et permet effectivement à l'assureur de limiter sa prise de risque si l'état de santé du souscripteur n'était pas satisfaisant. Pourtant, l'accès au secret ne doit être utilisé que pour relever l'existence d'une fraude qui est un contexte plus légitime que l'accès au secret servant à limiter l'aléa.

De plus, nous ne pouvons savoir avec certitude ce que recherchent et ce que découvrent le service médical dans le plus grand secret de leurs laboratoires. Nous ne pouvons nous départir d'un doute quant à une utilisation allant au-delà des prévisions de l'assuré quand il accepte de renoncer à la protection de ses secrets les plus protégés. C'est un aspect pouvant inciter certains souscripteurs à ne pas renoncer à leurs secrets les plus intimes, ou à remettre en cause la clause de renonciation à laquelle ils avaient initialement consenti. L'assureur sera alors contraint d'envisager la forme d'une levée involontaire des secrets des assurés.

**1095. Conclusion section 2 :** L'assuré est libre de renoncer au bénéfice du secret médical en faveur de l'assureur qui exercera la faculté de vérifier ce qu'il a déclaré par l'intermédiaire d'un professionnel de la santé indépendant le médecin conseil. La divulgation du secret est envisagée de manière très restrictive au sein de l'entreprise d'assurance mais de manière très efficace en ce que l'information utile à l'activité de l'assurance sera dévoilée dans toute son ampleur pour tout ce qui concerne le risque de santé souscrit.

**1096. Conclusion chapitre 1 :** L'accès indirect au secret médical semble ménager l'intérêt légitime de l'assuré qui ne divulgue son secret qu'à des médecins astreints au secret, et les intérêts de l'assureur qui n'aura pas accès au contenu du secret, mais à l'information nécessaire, à savoir, si les déclarations initiales relevaient de la bonne ou de la mauvaise foi de l'assuré. Dans de telles conditions, il semblerait que la circulation des secrets les plus protégés ne puisse se départir d'un doute lié à la protection des seuls intérêts de l'assureur.

Même si le contenu du secret n'est pas divulgué, il ne fait aucun doute que la seule révélation de son existence même sous une forme codifiée, permet d'en évaluer le risque de manière si certaine que cela influe sur l'existence même de l'aléa. Le secret médical est certes protégé, mais pas l'utilisation des données qu'autorisent son accès. Vu sous cet angle, il nous semble que le secret servira de levier pour accéder à la connaissance parfaite du risque de santé et donc à la neutralisation de l'aléa.

Si l'assuré ne renonce pas au secret, il pourra s'opposer à toute divulgation en brandissant le spectre de la violation du secret médical, l'assureur devra alors porter le litige devant l'autorité judiciaire pour envisager la levée involontaire du secret, sur le terrain judiciaire.

## **Chapitre 2 - La levée involontaire du secret**

**1097.** L'assuré est en mesure de s'opposer à la circulation du secret au bénéfice du médecin conseil et donc d'empêcher l'assureur d'accéder à la réalité du risque de santé. Si l'assureur souhaite accéder au secret, il devra saisir l'autorité judiciaire qui a seule compétence pour se prononcer sur la légitimité de la demande tendant soit à protéger, soit à divulguer les données personnelles couvertes par le secret médical.

**1098.** La levée involontaire du secret obéit à deux intérêts certes contradictoires, mais légitimes face au secret. Le secret peut à la fois faire l'objet d'une demande de l'assureur, tendant à sa levée, pour révéler la mauvaise foi de l'assuré ; et d'une demande de protection de l'assuré, afin de préserver le droit au respect de son intimité. Le juge occupe un rôle très

particulier dans la procédure tendant à la levée des secrets car, s'il ne fait aucun doute qu'il est le protecteur naturel des droits fondamentaux attachés à la personne, le législateur ne lui a pas réservé un accès privilégié au secret médical.

**1099.** De ce fait, la complexité de la procédure et le contexte dans lequel elle s'intègre ne permettra pas systématiquement de permettre la levée des secrets de l'assuré sans son consentement. Le secret est donc l'enjeu de deux intérêts légitimes mais totalement contradictoires, en ce que ceux de l'assuré commandent la protection absolue des secrets, là où ceux de l'assureur imposent leurs divulgations (**section 1**).

Cette radicale opposition face au secret trouve naissance au sein d'une contrariété de textes et de principes fondamentaux, dont certains imposent la protection générale et absolue du secret médical, qui sera opposable au pouvoir judiciaire. Il est donc nécessaire d'observer les circonstances dans lesquelles le juge sera contraint d'apprécier qui, de l'assureur ou de l'assuré défend la position la plus légitime en matière de secret (**Section 2**).

## Section 1 - Les enjeux contradictoires de la légitimité du droit au secret et du droit de la preuve

**1100.** Lors de déclaration du risque initial, toute l'opération d'assurance de personnes repose sur l'état de santé du déclarant. Cette notion est certes protégée car relevant de l'intimité des personnes, mais s'agissant de données nécessaires pour l'évaluation du risque devant être garanti, l'équité commande que l'on ne puisse se soustraire à son obligation de déclaration des risques en opposant systématiquement à l'assureur un droit au secret absolu.

L'accès au secret médical est confronté au droit de la preuve, dès lors, pour accéder au secret, deux régimes distincts auront vocation à s'appliquer selon que l'assuré renonce pour les besoins de la procédure à la protection du secret médical, auquel il est en droit de prétendre (**Sous section 1**), ou s'il exerce ce droit, et qu'il refuse de consentir à l'accès de tous les documents révélant son état de santé (**Sous section 2**).

### Sous Section 1 - L'accès au secret médical consenti par l'assuré

**1101.** L'assureur pourra décider de procéder à la vérification de la réalité de l'état de santé du souscripteur sur le terrain judiciaire. Cependant s'il compte démontrer que l'état de santé du déclarant a fait l'objet d'une fausse déclaration, il sera confronté à l'obligation de rapporter la

preuve du caractère mensonger des déclarations initiales (§1), ce qui ne peut être envisagée que par le biais d'une expertise ordonnée par le juge (§2).

*§1 - la légitimité de l'assureur de provoquer en justice la levée du secret dissimulant le risque de santé*

**1102.** L'action de l'assureur en justice fonde sa légitimité d'accéder aux secrets de ses assurés sur l'obligation qui leur est faite de décrire précisément le risque soumis à garantie (A), en effet, en cas de fausses déclarations, l'assureur sera en mesure de soulever la mauvaise foi de l'assuré, ce qui n'est possible que s'il démontre le caractère mensonger de la déclaration initiale (B).

A - L'appréciation légitime du risque initial de santé

**1103.** La simple évocation des notions de secret médical et de bonne foi lors de la souscription du risque, présente une antinomie paraissant de prime abord difficilement conciliable. Il suffit d'envisager la souscription d'une assurance vie quand l'on se sait atteint d'un mal incurable, et de soustraire cette information capitale lors de sa déclaration de risque en se retranchant derrière le secret médical. Un tel secret ne peut être opposé à l'assureur du point de vue de la loyauté requise dans l'exécution du contrat. La légitimité de l'assureur à accéder au secret de santé procède de l'article L. 113-2 du Code des assurances<sup>1485</sup>. La fiabilité des réponses apportées aux questionnaires de santé, participe à l'appréciation exacte du risque que l'assureur s'engage à garantir.

**1104.** Il faut donc considérer que l'action en justice de l'assureur tend principalement à vérifier les déclarations faites par l'assuré, soit en obtenant la possibilité de produire en justice des documents médicaux qui lui ont été fournis par le médecin conseil, soit en imposant leur production aux personnes qui ont de tels documents en leur possession.

L'assureur n'engage pas une action tendant à une recherche généralisée des secrets de l'assuré. Sa démarche s'inscrit dans une recherche ciblée, car le secret recherché concerne tous les faits qui ont été dissimulés volontairement alors qu'une question précise les concernant avait été posée. Dans ces conditions, la recherche des secrets de l'assuré est limitée, au cadre fixé dans le questionnaire de déclaration de risque contrairement à l'acte de renonciation consenti dans le cadre contractuel.

---

<sup>1485</sup> Cet article impose à l'assuré de déclarer tous les faits « de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge ». En application de ce principe déclaratif, le questionnaire pourra servir de révélateur des fausses déclarations et influencer sur le versement de la garantie s'il s'avérait que la description matérielle du risque était fautive.

**1105.** Cette légitimité de l'assureur était autrefois admise par la jurisprudence, en ce qu'elle voyait à travers le secret médical invoqué par l'assuré, un moyen d'écartier tout élément de preuve contraire à ses prétentions. C'est ainsi que l'assureur pouvait valablement produire un document attestant de la réalité de l'état de santé d'un assuré par son médecin traitant, du seul fait que l'assuré était « contractuellement obligé d'informer l'assureur de manière loyale et complète »<sup>1486</sup>. Certains arrêts sont fondés sur la nécessité de respecter les dispositions de l'article L. 113-2 du Code des assurances et « de fournir à l'assureur toutes indications nécessaires à l'appréciation du risque assuré »<sup>1487</sup>. Selon un auteur c'est pour « éviter la paralysie de la preuve »<sup>1488</sup> que le secret devait être révélé. Le premier coup d'arrêt à cette vision faisant prédominer le droit de la preuve au droit au secret médical, se fera par deux arrêts rendus en 1998<sup>1489</sup> et 1999<sup>1490</sup>, qui sanctionneront la divulgation du secret médical directement à l'assureur et réaffirmeront la nécessaire protection des secrets ayant traités à l'intimité des personnes. Néanmoins, même s'il ne peut être envisagé que de manière limitée, l'accès au secret médical est la seule opportunité laissée à l'assureur d'obtenir les éléments de preuve démontrant la mauvaise foi de l'assuré.

#### B - La légitimité d'accéder à la preuve de la mauvaise foi de l'assuré

**1106.** L'assuré est tenu de répondre exactement aux questions posées par l'assureur. Si les déclarations sont fausses en application de l'article L.113-8 du Code des assurances, qui définit la mauvaise foi de l'assuré, l'assureur est en droit de demander la nullité du contrat. Mais s'il ne peut en apporter la preuve, même en cas de mauvaise foi avérée, la nullité ne pourra être prononcée.

En se retranchant derrière le secret professionnel les fausses déclarations de l'assuré ne peuvent être attachées à la mauvaise foi. Il est nécessaire de bien cerner la difficulté car l'assuré n'est pas lié par le secret médical, il reste libre dévoiler tous ses secrets même les plus intimes<sup>1491</sup>. Donc en principe, rien ne semble s'opposer à la divulgation de son état de santé à son assureur, si ce n'est la volonté de soustraire des éléments de preuve pouvant nuire à ses intérêts.

---

<sup>1486</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 janvier 1991, n°89-13.808.

<sup>1487</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juin 1993, M. A. Peano *Le secret médical et les exigences de la preuve en matière d'assurance*, RCA, 1993, chron. n°34.

<sup>1488</sup> M. A. Peano *Le secret médical et les exigences de la preuve en matière d'assurance*, op. cit.

<sup>1489</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 janvier 1998, op.cit.

<sup>1490</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 janvier 1999, op. cit. note 1371.

<sup>1491</sup> V. supra n°.



**1107.** Le secret dont l'assureur demande la levée, doit être en priorité recherché en fonction des critères d'appréciation du risque auxquels l'assureur a démontré un intérêt lors du questionnaire initial<sup>1492</sup>. Les questions relevant de la vie privée et formulées de manière générale, sont permises et, autorisent l'assureur de s'informer sur tous les éléments déterminants pour apprécier le risque.

**1108.** Le secret médical n'est pas appréhendé sous l'angle du droit au respect de la vie privée dont procède l'état de santé, mais sous l'angle de l'intérêt légitime du souscripteur à garder son secret, mis en opposition avec l'intérêt de l'assureur à se prémunir du secret en se ménageant des éléments de preuve<sup>1493</sup>.

C'est ainsi que certains arrêts ont pu sembler avantager de manière flagrante les intérêts de l'assureur, à qui il était reconnu le droit de violer le secret médical si le secret de l'assuré visait à protéger un intérêt non légitime<sup>1494</sup>. L'intérêt légitime de l'assureur étant de démontrer que le souscripteur avait maintenu le secret sur la réalité de son risque de santé. Cette position comme le souligne un auteur, est « conforme aux principes directeurs dégagés par la Cour dans son rapport de 1993... insistant sur l'idée que le respect du secret ne doit servir qu'à protéger les intérêts légitimes de celui qui l'invoque »<sup>1495</sup>. L'intérêt de l'assureur est de démontrer la fausse déclaration de l'assuré afin de soulever sa mauvaise foi et obtenir la nullité du contrat.

**1109.** Nul doute que cette nouvelle conception contenait les prémices d'une nécessité à ramener le débat développé autour de la thématique du secret médical sur le terrain de l'obligation de loyauté contractuelle à laquelle sont en principes tenus les cocontractants. La lecture du rapport de la Cour de cassation<sup>1496</sup> laisse apparaître que l'existence même du secret n'a qu'une seule fonction, celle de tenir en échec les tentatives de l'assureur à démontrer la mauvaise foi de l'assuré. Une position révélant à quel point, « l'exigence de la bonne foi dans

---

<sup>1492</sup> Cet intérêt se révèle par le biais des questions posées tant sur l'état civil, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 juin 1986, n° 84-17.293, RGAT 1986, p. 383, note F. Chapuisat, en l'espèce l'assuré avait dissimulé la réalité de sa situation matrimoniale, il s'agissait d'une erreur indifférente car ne modifiant pas le risque, la mauvaise foi n'avait de ce fait pas été retenue, mais dans son principe, la question portant sur la situation matrimoniale de l'assuré était licite. Cependant si la profession réellement exercée tend à aggraver considérablement le risque souscrit, cela permet de retenir la mauvaise foi des assurés, voir Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1993, n° 91-17.201, RGAT 1994, p. 114, note J. Kullmann, pour un assuré fiché au grand banditisme op. cit. Voir également, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 mai 2005, n° 04-10.851, RGDA 2005, p. 615, note L. Mayaux, pour l'activité réellement exercée par le gérant d'un bar, qui organise en réalité des soirées festives « jusque tard dans la nuit » ce qui modifie le risque souscrit.

<sup>1493</sup> M.A Peano, *le secret médical et les exigences de la preuve en matière d'assurance*, op. cit.

<sup>1494</sup> G. Orst, *Secret médical et recherche de l'état antérieur en assurance de personne*, Revue fr. dommage corp. 2002-1, p.47.

<sup>1495</sup> S. Choisez, *Le secret médical et la preuve de la fraude rapportée par le médecin conseil de la compagnie d'assurance*, D. 1998.117.

<sup>1496</sup> Rapport de la Cour de cassation, année 1993, Documentation fr. 1994, p. 330.

la relation contractuelle, fondée sur l'article 1134 du Code civil (...) s'accommode fort mal du caractère absolu du secret médical »<sup>1497</sup>.

**1110.** L'assuré est tenu de dire toute la vérité à son assureur. S'il s'oppose à la divulgation du secret, il place l'assureur dans « l'impossibilité de prouver les réticences et omissions volontaires qu'il lui imputait »<sup>1498</sup>. Dans ces conditions, la levée involontaire des secrets procède de l'obligation de loyauté inhérente au contrat. C'est ainsi qu'un auteur espérait en 1998 qu'un arrêt de principe soit rendu « sous le visa de l'art. 1134, al. 3, c. civ., exigeant que les contrats soient exécutés de bonne foi »<sup>1499</sup>. Mais force est de constater plus de dix années plus tard, que c'est dans un sens plus protecteur des secrets que s'est orientée la jurisprudence. Dès lors, il appartiendra au juge d'apprécier l'opportunité de la levée du secret par le biais d'une expertise judiciaire<sup>1500</sup>.

## *§2 - L'expertise judiciaire exercée avec le consentement de l'assuré*

**1111.** Le juge bénéficie d'une appréciation souveraine matière de secret pour déterminer si l'assuré est de bonne ou de mauvaise foi. Cependant il ne possède, en principe, aucune connaissance en matière médicale, de plus il n'est pas habilité par le législateur à prendre connaissance du contenu du secret.

Le juge est donc mis dans l'obligation d'accéder aux données médicales par l'entremise d'un tiers autorisé, maîtrisant des connaissances et des compétences relevant de l'art de la médecine, et soumis au secret professionnel: l'expert médical (A). Seul l'expert sera habilité à prendre connaissance de tous les documents afférents à l'état de santé d'un assuré, afin de rédiger un rapport destiné à éclairer le juge sur la réalité de son état de santé (B).

### A - Les modalités de l'intervention de l'expert judiciaire

**1112.** Il appartient au juge d'identifier les situations nécessitant la levée des secrets protégés, afin d'apprécier s'ils sont utilisés pour se soustraire à l'obligation de loyauté et de bonne foi dont procède le contrat d'assurance. À cet effet, le médecin expert est désigné afin d'exécuter une mission précise (1) nécessairement ordonnée et encadrée par le juge (2).

#### 1 - La désignation de l'expert judiciaire

---

<sup>1497</sup> J. Kullmann RGDA 2005, p.105, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 Décembre 2004, n°02-12539.

<sup>1498</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 janvier 1991, n° 89-13.808.

<sup>1499</sup> S. Choisez, *Le secret médical et la preuve de la fraude rapportée par le médecin conseil de la compagnie d'assurance*, op. cit.

<sup>1500</sup> Cass 1<sup>re</sup> civ., 11 octobre 2000, n° 98-15.818 ; Cass 1<sup>re</sup> civ., 4 Octobre 2000, n° 97-20.867.

**1113.** L'expert<sup>1501</sup> intervient à l'occasion d'un « évènement médical » qui est la source du litige entre les protagonistes. Il pourra s'agir de décrire ou, d'évaluer les séquelles d'un dommage, et principalement pour ce qui intéresse notre sujet, de contrôler une situation par rapport aux déclarations faites au cours de l'exécution du contrat. Dans le cadre de la relation d'assurance il existe plusieurs hypothèses nécessitant l'intervention d'une expertise. En effet il est possible en cas de divergences de point de vue, d'envisager une expertise privée<sup>1502</sup> ou amiable dans le cadre des déclarations recueillies lors de la souscription du contrat ou de la réalisation du sinistre.

**1114.** La demande faite au juge de procéder à la levée du secret médical, s'inscrit dans le cadre de l'expertise judiciaire. C'est une procédure contradictoire, au cours de laquelle toutes les parties sont informées régulièrement des différentes opérations d'expertises par l'expert<sup>1503</sup> désigné par le juge<sup>1504</sup>. Cependant l'expertise n'est pas de droit. Seul le juge peut apprécier l'opportunité d'une expertise, et seulement si la solution du litige nécessite un avis technique. Dans le cas contraire, le juge peut refuser d'ordonner une expertise<sup>1505</sup>.

---

<sup>1501</sup> D'un point de vue de l'appellation des experts il convient de faire une distinction comme le précise certains auteurs « Le terme de médecin conseil s'applique indifféremment aux médecins de la sécurité sociale et aux médecins des sociétés d'assurance. Cependant il tend à disparaître au profit de *médecin expert* comme pour les experts judiciaires. Cependant la majorité des sociétés d'assurance ont à la tête du service médical, un médecin responsable, salarié ou prestataire dénommé *médecin conseil*, *médecin chef*, ou *médecin au siège*. » Voir G. Creusot, G. Dumasdelage, C. Carbonnié, D. Rougé « *Expertises médicales, Dommages corporels, assurances de personnes, organismes sociaux* », 6<sup>e</sup> éd. 2006 Masson, p.3.

<sup>1502</sup> Il s'agit en fait de simples consultations effectuées à la demande de l'assureur qui désire être informée sur un point précis, généralement prévues au contrat ce sont des expertises amiables et contradictoires qui dans le cadre des accidents de la route ont été imposées par le législateur par la loi Badinter du 5 juillet 1985.

<sup>1503</sup> L'expert est défini comme « celui qui a acquis par l'usage une habileté spéciale dans un domaine technique. On peut définir plus généralement l'expert comme étant toute personne qui, dans un domaine déterminé, est en mesure de procéder à des examens, des constatations, des appréciations, des déclarations en les revêtant sinon du sceau de la vérité, mais tout au moins d'une valeur, d'une autorité supérieure tirée de ses connaissances techniques, de son expérience et de sa pratique. », v. Lamy assurances n°4620.

<sup>1504</sup> V. pour une étude complète « *Droit de l'expertise* » T. Moussa (Sous la direction de) F. Arbellot, F. Delbano, D. Loriferne, J.P.Martin, P. Matet, O. Salati, V. Vignot, Dalloz action éd.2009-2010.

<sup>1505</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 octobre 2000, n° 98-15.818.

La désignation de l'expert procède d'un choix spécifique fondé sur une liste d'expert<sup>1506</sup>, ou en référence à ses compétences particulières<sup>1507</sup>. De même que la mission de l'expert est strictement encadrée.

## 2 - La mission du médecin expert

**1115.** La mission de l'expert est fixée très précisément par le juge, le spécialiste n'a aucun pouvoir d'appréciation sur les modalités de son intervention<sup>1508</sup>. Sa présence n'est due qu'à ses compétences exercées dans un domaine précis<sup>1509</sup>, afin d'éclairer le magistrat et l'aider à se faire une opinion sur l'issue devant être donnée au litige qui lui est soumis. L'avis de l'expert ne lie pas le juge<sup>1510</sup> qui garde son pouvoir d'appréciation<sup>1511</sup>. Il lui est possible de faire abstraction des conclusions du rapport et de fonder sa décision sans se référer à l'expertise<sup>1512</sup>. Les éléments déterminants d'une expertise médicale, sont tous les documents composant le dossier médical de l'assuré. La quête de la vérité sur son état de santé passe par une étude des pièces du dossier sur lesquelles se fonde le rapport d'expertise. Il s'agit de vérifier et de contrôler le contenu des certificats médicaux, des attestations, des protocoles de soins, des examens complémentaires, les radiographies, les résultats d'analyses, et tous les documents y afférent.

## B - Le principe du libre accès au dossier médical

**1116.** Le libre accès au dossier médical sera autorisé à l'expert dès qu'il aura recueilli le consentement du patient qui fait l'objet de la protection. C'est ce qui légitimera sa mission

---

<sup>1506</sup> L'article 157 du Code de procédure pénale définit précisément la procédure au cours de laquelle doivent être pris en compte la qualité et le mode du choix de l'expert « Les experts sont choisis parmi les personnes physiques ou morales qui figurent soit sur une liste établie par le bureau de la Cour de cassation, soit sur une des listes dressées par la Cour d'appel... les modalités d'inscription et de radiation sont fixées par un décret en conseil d'État. À titre exceptionnel, les juridictions peuvent par décision motivées, choisir des experts ne figurant sur aucune de ces listes. ».

<sup>1507</sup> L'expert est de ce fait soumis au secret professionnel auquel sont soumis tous les experts et doit respecter toutes les règles déontologiques de la profession, selon le Code de procédure civile aux articles 244 selon lequel il est interdit au technicien « de révéler les autres informations dont il pourrait avoir connaissance à l'occasion de l'exécution de sa mission » et 247 « L'avis du technicien dont la divulgation porterait atteinte à l'intimité de la vie privée ou à toute autre intérêt légitime ne peut être utilisé en dehors de l'instance si ce n'est sur autorisation du juge ou avec le consentement de l'assuré ».

<sup>1508</sup> Selon l'article 249 du Code de procédure civile « Le juge peut charger la personne qu'il commet de procéder à des constatations. Le constatant ne doit porter aucun avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter ».

<sup>1509</sup> Ce que précise le Code de procédure civile aux articles 256 « lorsqu'une question purement technique ne requiert pas d'investigations complexes, le juge peut charger la personne qu'il commet de lui fournir une simple consultation » et 263 « L'expertise n'a lieu d'être ordonnées que dans les cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge ».

<sup>1510</sup> Article 246 du Code de procédure civile « Le juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions de l'expert ».

<sup>1511</sup> Cass 1<sup>re</sup> civ., 5 Juillet 1989, RGAT 1990, p.175, note L. Aynès.

<sup>1512</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 juillet 1989, op. cit.

auprès des professionnels de santé ayant eu accès au dossier. Si désormais il est admis que la renonciation doit être expresse. La jurisprudence a longtemps admis que ce consentement pouvait être tacite<sup>1513</sup>, voire même anticipée<sup>1514</sup>. En la matière, il nous semblait important de relever que dans certains domaines, le législateur prévoit des dérogations autorisant la révélation de ces secrets sans le consentement de la personne concernée, et ce, afin de démontrer qu'aucun aménagement n'est prévu en assurance (1). Dès lors, ce n'est avec le consentement de l'assuré et sur la base des documents médicaux obtenus, que l'expert sera en mesure de se prononcer sur la légitimité des secrets opposés à l'assureur (2).

## 1 - Les textes légaux imposant la levée du secret en faveur de l'expert médical

**1117.** L'accès au secret pourra expressément être prévu par des textes en faveur du médecin expert qui se voit accordé un libre accès aux dossiers médicaux, sans avoir au préalable obtenu le consentement du patient, et sans qu'il puisse lui être opposé la violation du secret professionnel par la personne concernée, ses ayants droits, ou les professionnels de santé en possession du dossier médical.

En matière pénale<sup>1515</sup>, un expert psychiatre est en mesure d'interroger seul le mis en examen<sup>1516</sup>, et d'accéder à toutes les pièces de son dossier médical, les révélations ainsi obtenues seront exploitées dans son rapport d'expertise, mais continueront de bénéficier de la protection du secret médical<sup>1517</sup>. De même que dans le cadre de l'instruction l'expert pourra bénéficier d'un accès à toutes les pièces nécessaire dans l'exercice de sa mission<sup>1518</sup> sans que l'on puisse lui opposer le droit au secret médical.

<sup>1513</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 Janvier 1991, n°89-13.808. « L'assuré, tenu de respecter les obligations mises à sa charge par le contrat d'assurance...avait renoncé implicitement mais nécessairement à se prévaloir du secret médical ». Dans le même sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 Septembre 2006, n°05-11.906. « L'assuré ayant sollicité une nouvelle expertise amiable et choisi l'expert ... (avait)... renoncé ainsi à se prévaloir du secret médical... ».

<sup>1514</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 Octobre 2002, n°99-17187. En l'espèce l'assureur avait subordonné le versement de la garantie au versement des pièces attestant la réalité de l'état de santé du souscripteur avant le décès. Cependant en sens contraire, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mars 1986, JCP 1986, II, 20629, note Guelphe, en l'espèce était annulée la clause qui subordonnait la garantie à la production d'un certificat médical.

<sup>1515</sup> Dans le cadre de l'interrogatoire, l'article 164 du Code de procédure pénale. Cependant l'interrogatoire doit respecter les dispositions des articles 114 alinéa 1 et 2 et 119 du Code de procédure pénale, selon lesquels l'interrogatoire doit avoir lieu en présence du magistrat instructeur de son greffier et de l'avocat du mis en examen. Et ce afin que l'aveu fait à l'expert ne puisse être remis en cause ultérieurement, et prévoit que l'expert ne peut poser des questions au prévenu que par l'intermédiaire du juge d'instruction Cass. crim., 29 janvier 2003, n°02-86.774. En l'espèce l'expert avait élaboré son rapport sur la base des actes de procédures « la Cour de cassation a estimé que sous couvert de mission d'expertise, le juge déléguait des pouvoirs relevant de sa seule compétence » v. C. Ambroise-Casterot Rép. Dalloz 'L'aveu' n° 30. V. également, J. Penneau *De quelques incidences du secret médical sur l'expertise judiciaire*, AJ Pénal avril 2009.169.

<sup>1516</sup> Article 163 alinéa 3 du Code de procédure pénale.

<sup>1517</sup> E. Archer *Les limites structurantes de la relation médecin magistrat*, AJ Pénal, 2004.147

<sup>1518</sup> Mais la perquisition et la saisie doivent s'effectuer selon les modalités de l'article 56-3 du Code de procédure pénale, c'est-à-dire en présence d'un magistrat assisté d'un OPJ.

**1118.** En matière civile, des dérogations spécifiques sont instaurées pour les dossiers médicaux des personnes bénéficiant d'un régime de protection, et celles dont l'état mental est remis en cause. Tous les documents afférents à leur santé seront accessibles en l'absence de consentement sur le fondement de l'article 901 du Code civil<sup>1519</sup>. Les juges admettent systématiquement que l'expert en charge de déterminer leur état mental ne peut se voir opposer la violation du secret médical<sup>1520</sup>. À cet effet, ils peuvent même bénéficier d'une transmission de documents par des tiers, tels que des ayants droits<sup>1521</sup>.

**1119.** En matière de responsabilité médicale<sup>1522</sup>, il ne peut être opposé de secret professionnel aux experts mandatés par les Commission Régionales d'Indemnisation<sup>1523</sup>. L'expert est libre de contacter les parties au litige, mais aussi tout tiers susceptibles de détenir des informations médicales. Dans ce cas précis, il n'y a pas lieu d'obtenir le consentement des patients pour accéder aux dossiers médicaux.

Ces hypothèses démontrent que le législateur est donc conscient des difficultés liées à la levée du secret médical en cours d'expertises judiciaires. Mais à aucun moment il n'a entendu privilégier l'assureur par des dispositions dérogeant du droit commun.

## 2 - L'étendue de la révélation à l'expert judiciaire

**1120.** L'expert ne peut prendre contact avec les professionnels de santé qui ont pris en charge le patient, que si ce dernier a renoncé à se prévaloir de la protection du secret médical. La circulation du secret ne peut être envisagée entre ces deux professionnels qu'avec l'accord exprès du patient<sup>1524</sup>. Il appartient à l'expert avant de commencer sa mission de prendre contact avec l'assuré et de recueillir son consentement<sup>1525</sup>. Ce consentement vaut pour toutes les pièces du dossier médical détenu par le médecin traitant<sup>1526</sup> ou par l'établissement de soin dans lequel le patient était hospitalisé<sup>1527</sup>. Le principe est très clairement posé, toute

---

<sup>1519</sup> Selon cet article « Pour faire une donation entre vifs il faut être sain d'esprit ».

<sup>1520</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 Mai 2002, n°00-16.305.

<sup>1521</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 Mai 1964, note Lindon JCP 1964, II. 13751.

<sup>1522</sup> L'article L. 1142-1 du Code de la santé publique créé par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 (JO 5 mars 2002), instaure une procédure de règlement amiable, placée sous l'égide des commissions régionales d'indemnisation (CRI), compétentes notamment en matière de maladies nosocomiales contractées dans un établissement de soin.

<sup>1523</sup> Article L.1142-12, alinéa 5 du Code de santé publique.

<sup>1524</sup> Selon l'article 84 du Code de déontologie médicale « Le médecin expert doit, avant d'entreprendre toute opération d'expertise informer de sa mission la personne qu'il doit examiner ».

<sup>1525</sup> Art. 107 du Code de déontologie médicale (ancien) « Un expert doit, avant d'entreprendre toute opération d'expertise, informer la personne qu'il doit examiner de sa mission et du cadre juridique dans lequel son avis est demandé ».

<sup>1526</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 janvier 1998, op. cit.

<sup>1527</sup> TA Nice, 9 Mars 2007, pour la communication du dossier médical par un établissement de soin au médecin conseil sans l'accord du patient, v. note F. Dieu, AJDA 2007.1089.

divulgarion du secret médical en faveur de l'expert, ne peut être obtenue qu'avec le consentement de l'assuré, cela signifie que si l'assuré ne donne pas son accord à son médecin traitant ou à tous professionnels de santé qui l'ont pris en charge aucun document ne sera transmis à l'expert, qui sera dans l'impossibilité matérielle de donner son avis et donc, de remettre son rapport au juge.

**1121.** Après avoir procédé au recueil de toutes les informations utiles, le secret levé dans l'intérêt de la manifestation de la vérité bénéficie toujours d'une protection générale et absolue envers les tiers<sup>1528</sup>, c'est-à-dire envers tous ceux qui n'exercent pas l'art de la médecine, au rang desquels se place l'assureur mais aussi le juge. Ce n'est qu'après avoir eu accès au dossier médical, et à tous les documents afférents que l'expert sera en mesure de soumettre un rapport circonstancié au magistrat qui l'a missionné. Cet accès est étendu à tous les commentaires des professionnels de santé, peu importe leurs formes, orales ou écrites que l'expert a pu recueillir à leur contact. Il peut également accéder à tout élément de nature technique, tels que les résultats des radiologies et des scanners, afin de se forger une opinion, non pas sur l'issue du litige, mais sur la nature et l'étendue de la pathologie dont est atteint le patient, afin de déterminer s'il connaissait la réalité de son état de santé au moment de la souscription.

**1122.** Pour le juge, les conclusions de l'expert ne s'imposent pas à sa prise de décision, mais vont l'éclairer pour déterminer si le secret opposé à l'assureur est légitime ou non. C'est à partir des éléments de preuves recueillis par l'expert et des déclarations de l'assuré que pourra être appréciée sa mauvaise foi. Le juge bénéficie dans ce domaine un pouvoir d'appréciation souverain qu'il exerce en vue de déterminer si les déclarations sont conformes et si elles sont de nature à modifier l'opinion que pouvait se faire l'assureur du risque garanti<sup>1529</sup>. La jurisprudence retenait autrefois<sup>1530</sup> la supériorité du droit à la preuve sur la légitimité du droit au secret de l'assuré qui « ne pouvait s'opposer à ce que fussent communiqués à l'expert judiciaire les pièces et documents le concernant »<sup>1531</sup>. Mais désormais il est admis qu'en l'absence de renonciation au secret de l'assuré, le médecin expert ne pourra ni avoir accès aux informations confidentielles le concernant, ni s'informer auprès des professionnels qui l'ont

---

<sup>1528</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 Mars 1997, n°95-12. 576, « il appartient au juge lorsqu'une expertise impliquant l'accès à des informations couvertes par le secret médical est nécessaire à la manifestation de la vérité, de prescrire des mesures efficaces pour éviter la divulgation de l'identité des malades ou consultants ».

<sup>1529</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 juin 1997, n° 95-16.931, RGDA 1997, p. 729, note L. Mayaux.

<sup>1530</sup> Cass. soc., 27 Avril 1967, JCP G 1968, II, 1541, note R. Savatier.

<sup>1531</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 Janvier 1991, RCA, 1991, comm. p.116.

pris en charge. Du point de vue de la preuve, le maître du secret reprend son emprise, car il est en mesure de s'opposer à la circulation de ses secrets.

## Sous section 2 - Les limites de l'accès au secret médical en l'absence du consentement de l'assuré

**1123.** En assurance, le secret médical représente un obstacle sérieux à la mission d'expertise, car en l'absence de tout consentement, la nature générale et absolue du secret reprend tout son empire. L'assuré est en mesure de s'opposer à toute divulgation, du secret médical en ce qu'il procède d'un droit sacralisé et inviolable dont il a la libre disposition (§1). Cela implique qu'il pourra légitimement s'opposer à la transmission de son dossier médical à l'expert (§2), néanmoins, de nouvelles limites semblent perceptibles, lorsque le maître du secret refuse catégoriquement de collaborer à la mission d'expertise ordonnée par le juge (§3).

### *§1 - La protection du secret médical en l'absence de renonciation*

**1124.** Le secret médical procède du droit au respect de la vie privée dont la protection générale et absolue s'impose à tous tiers non autorisés (A). De ce fait, la reconnaissance de la supériorité et de la légitimité du secret médical bouleverse fondamentalement le régime du droit de la preuve en assurance (B).

#### A - La légitimité du droit au secret de l'assuré

**1125.** La vérification de l'état de santé de l'assuré n'est envisageable qu'avec son consentement, obtenu sous la forme d'une renonciation à la protection absolue de son état de santé. Mais l'assuré peut librement refuser de consentir à la révélation de son état de santé (1), et ce, même s'il avait à un moment quelconque au cours de l'exécution du contrat accepté de renoncer au secret en faveur de l'assureur, car l'assuré est libre de se rétracter et de revenir sur sa décision à tout moment (2).

#### 1 - l'absence de renonciation consacre la protection du secret médical

**1126.** Tant le législateur qui « érige le secret médical parmi les droits de la personne »<sup>1532</sup>, que la jurisprudence européenne qui se fonde sur l'article 8 de la Convention européenne des

---

<sup>1532</sup> « Droit de la santé » C. Labrusse Riou, D. Truchet (sous la direction de) A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, éd. Thémis PUF. 2007, n°307.



droits de l'Homme<sup>1533</sup>, consacrent la protection du secret médical en ce qu'il fait partie intégrante du droit au respect de la vie privée dont procèdent les droits de la personnalité. C'est ce qui légitime le droit pour toute personne de tenir son état de santé secret<sup>1534</sup>.

**1127.** Cette reconnaissance du droit au secret médical, était opposée dès 1986 à l'assureur. Les juges vont alors marquer leur volonté de restreindre la divulgation de tous documents médicaux en posant le principe selon lequel, « sauf dans les cas où sa révélation est permise ou imposée par la loi, le secret médical doit être observé à l'égard des tiers »<sup>1535</sup>. Le droit au secret est fondé sur l'absence de dispositions législative imposant la levée en faveur de l'assureur, et renforcé par le principe selon lequel, la révélation de l'état de santé de l'assuré est soumise à sa seule volonté. Depuis 2004<sup>1536</sup> la jurisprudence pose le principe désormais bien établi, qu'en l'absence de l'accord de l'assuré ou de ses ayants droits, l'expert ne pourra obtenir la communication du dossier médical.

**1128.** Si l'assureur se voit reconnaître le droit de procéder à la levée du secret médical sur le plan judiciaire, au nom du respect du principe de la bonne foi contractuelle, il ne pourra être fait obligation à l'assuré de révéler le contenu de ses secrets, ni de l'imposer au professionnel de santé qui sont en possession de son dossier médical, au nom du droit au respect de la vie privée. Et ce, même si l'assureur détient par le biais de son médecin conseil les pièces justifiant la réalité de l'état de santé d'un assuré. C'est ainsi qu'un arrêt du 2 Juin 2005<sup>1537</sup>, confirmait l'impossibilité pour l'assureur de présenter un élément de preuve en l'absence du consentement de l'assuré.

## 2 - Le droit de rétraction d'une renonciation précédemment accordée

**1129.** l'assureur est mis dans l'impossibilité de produire les éléments de preuve dont il dispose, toutes les fois que l'assuré ne renonce pas au secret. Soit, l'assuré n'a pas consenti à la renonciation de ses secrets au moment de la souscription du contrat, mais en pratique en cas de refus, l'assureur ne s'engagera pas. Soit l'assuré avait accepté de renoncer à la protection du secret médical au moment de la souscription, mais pour revenir sur sa décision en cours de contrat. Dès lors la difficulté pour l'assureur, est qu'il ne pourra plus s'en prévaloir<sup>1538</sup>, car l'assuré garde la possibilité de se rétracter d'une renonciation précédemment accordée.

---

<sup>1533</sup> CEDH 27 Août 1997, D. 2000.521, note I. Laurent Merle.

<sup>1534</sup> CJCE 5 octobre 1994, D.1995.421, note J.L. Clergerie.

<sup>1535</sup> En l'espèce, l'assureur avait obtenu la délivrance d'un certificat médical, mais il estimait son contenu trop succinct et demandait en justice qu'il soit plus détaillé, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 Mars 1986, RGAT 1986, p.204.

<sup>1536</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 15 Juin 2004, n°01-02.338 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 Décembre 2004, n°02-12.539.

<sup>1537</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 Juin 2005, n°04-13.509, H. Groutel, RCA, 2005, comm. n° 269 ; J. Penneau D. 2006.689.

<sup>1538</sup> La renonciation implicite ayant été remise en cause ne jurisprudence.

**1130.** Le principe est posé dans un ancien arrêt, selon lequel « Si le secret médical peut être levé lorsque le malade a consenti valablement à la révélation, ce consentement doit être interprété strictement. Par suite, doivent être rejetés des débats, pour violation du secret médical, les renseignements fournis sur l'état de santé du souscripteur d'une assurance invalidité-décès à l'assureur par le médecin traitant de l'intéressé, dès lors qu'ils étaient postérieurs à l'adhésion et à la signature de la clause autorisant l'assureur à prendre toute information auprès du médecin traitant de l'assuré<sup>1539</sup>. L'autorisation ainsi donnée par l'assuré ne valait, en effet, que pour les renseignements à prendre lors de l'adhésion au contrat »<sup>1540</sup>.

Le principe dégagé par cet arrêt démontre que la clause de renonciation est d'interprétation stricte et seulement valable au cours de la phase de la souscription du contrat. C'est ce qui fonde le droit à l'assuré de revenir sur sa renonciation à tout moment en cours d'exécution du contrat, et notamment en cas de sinistre.

#### B - L'empêchement légitime de la levée involontaire du secret

**1131.** L'assurance ayant trait à la santé d'une personne reste la plus fragilisée face au secret, c'est un domaine attaché au corps humain, qui en tant que tel, renferme les secrets les plus intimes et donc, les plus difficiles d'accès. Ces secrets sont les plus insaisissables, mais aussi les plus inévitables, le corps humain étant du simple fait de son existence, soumis à la maladie dès sa naissance. Mais c'est également parce que ces secrets relèvent de la vie privée du maître du secret qu'il sera libre soit de les maintenir hors de portée, soit de les dévoiler. Selon un auteur, la renonciation au secret médical « est évidemment la plus simple et la plus saine car correspondant à la manifestation de la vérité »<sup>1541</sup>. Mais ce principe plein de bon sens procédant du principe de loyauté et de bonne foi, est loin d'être acquis car en définitive, rien ne peut obliger l'assuré à se soumettre à la demande de l'assureur.

**1132.** Le principe de loyauté commande de tout révéler à l'assureur, mais le secret médical constitue un obstacle infranchissable à toute révélation en ce qu'il constitue un empêchement légitime à toute production de preuve, même si elle contribue à la manifestation de la vérité. En effet, selon les articles 10 du Code civil « chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité », et l'article 11 du Code de procédure civile, stipule que « si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la demande de l'autre partie, lui enjoindre de le produire... ». Mais ces articles sont inopérants en matière de secret

<sup>1539</sup> Certes l'assureur n'est plus en mesure de contacter directement le médecin traitant, mais la solution trouve à s'appliquer au médecin conseil de l'assureur.

<sup>1540</sup> CA. Poitiers 10 Juin 1987 op. cit. Également cité par B. Beignier *secret médical et assurance de personnes*, D.1999.469.

<sup>1541</sup> J. Kullmann, Rép. Dalloz, *Assurances de personnes*, n°466.

professionnel, car nul n'est tenu d'apporter son concours si les éléments probants relèvent de la vie privée, qui est un « droit protégé indépendamment des motivations marquant la volonté de les maintenir secrètes »<sup>1542</sup>. Le secret médical constitue un empêchement légitime à la manifestation de la vérité.

**1133.** Sans revenir sur les principes fondamentaux dont procèdent le secret médical qui fonde sa légitimité sur des textes supra législatifs. L'assuré est en mesure de saisir le juge pour protéger le secret de toute appropriation non consentie, ou de toutes manœuvres tendant à lui imposer une telle divulgation<sup>1543</sup>. L'assuré pourra s'opposer à toute révélation sur la réalité de son état de santé en engageant une action au civil<sup>1544</sup>, et ce, même de manière préventive<sup>1545</sup>, en agissant sur le fondement de l'article 9 alinéa 2 du Code civil<sup>1546</sup> dont l'intérêt est d'obtenir l'intervention du juge sur une matière étrangère au droit de la responsabilité, afin de voir « prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité ». Le secret est protégé car le contrat d'assurance de personnes est un acte relevant de la vie privée. Mais il pourra également agir sur un fondement pénal<sup>1547</sup> pour violation du secret professionnel, si la divulgation était due à un professionnel de santé astreint au secret<sup>1548</sup>, et même cumuler plusieurs actions en cas de violation des principes déontologiques<sup>1549</sup> régissant la profession médicale<sup>1550</sup>.

---

<sup>1542</sup> D. Tallon Rép. Dalloz, *Droits de la personnalité*, n°69.

<sup>1543</sup> De manière générale ce n'est que si l'information est anodine que l'atteinte à la vie privée ne sera pas justifiée, v. C. Caron *Le caractère anodin de l'information chasse la vie privée* D.2004.1633. Mais cela ne s'applique pas au secret médical.

<sup>1544</sup> L'action tendant à assurer le secret du contrat basée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil nécessite la preuve d'une faute, qui pourra être la divulgation des éléments privés du contrat qui est une atteinte au droit au respect de la vie privée, du lien de causalité et d'un préjudice. La divulgation du secret porte un préjudice purement moral, mais qui bénéficie d'une grande faveur auprès des juges, car très facilement admis.

<sup>1545</sup> Si une action tendant à la préservation du secret sur l'existence du contrat d'assurance par « la voie délictuelle n'est pas encore ouverte, faute d'un préjudice actuel et certain ; l'intérêt pour agir peut être suffisant pour obtenir des mesures préventives ... dans l'article 9 du Code civil, qui donne un fondement formel à une action autonome. » Même si l'atteinte ne présente pas un caractère intolérable, Cass. crim. 3 mars 1982, D.1982.579, note Lindon. V. également pour une étude complète sur la protection de la vie privée, D. Tallon, V° *Droits de la personnalité, Protection des différents éléments de la personnalité*, Rép. Dalloz, n°33.

<sup>1546</sup> L. n°70-643 du 17 juillet 1970, D. 1970.199. Pour les enjeux sociaux du droit au respect de la vie privée, v. R. Badinter *le droit au respect de la vie privée*, JCP 1968, I, 2136.

<sup>1547</sup> Sur le fondement de l'article 226-13 du Code pénal.

<sup>1548</sup> L'article L. 1110-4 alinéa 5 du Code de santé publique prévoit un an d'emprisonnement pour violation du secret professionnel en l'absence du consentement du patient.

<sup>1549</sup> Article R. 4127-4 du Code de la santé publique qui instaure une sanction disciplinaire pour violation à une obligation d'ordre déontologique. Cependant la sanction de la violation du secret professionnel relève de la compétence du tribunal correctionnel, en effet, « il n'appartient qu'aux tribunaux de l'ordre judiciaire de se prononcer sur une telle action, à laquelle l'exercice d'une action disciplinaire ne peut faire obstacle », Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 Mars 1997, n° 95-12.576, D. 1997.315.

<sup>1550</sup> J. Moret-Bailly « *Essai sur les déontologies en droit positif* » Thèse de droit, Saint-Etienne 1996. L'auteur démontre que le secret professionnel est imposé à toutes les professions soumises à des règles déontologiques.

**1134.** D'autant qu'une nouvelle infraction semble particulièrement adaptée à notre sujet en ce qu'elle sanctionne toute révélation d'une information protégée à l'encontre « de celui qui la demande indûment... On peut ainsi imaginer un représentant d'une compagnie d'assurance... être poursuivi pour avoir obtenu ou tenté d'obtenir la communication d'informations confidentielles de santé »<sup>1551</sup>. Le strict respect du secret médical participe à un intérêt d'ordre public car « il n'y a pas de médecine sans confiance, de confiance sans confiance et de confiance sans secret »<sup>1552</sup>, ce qui exclu toute révélation.

Au sein de ce mécanisme protecteur des secrets relatifs à l'état de santé de l'assuré, aucune place n'est accordée aux intérêts de l'assureur même s'ils tendent au respect de la bonne foi contractuelle et à la manifestation de la vérité.

## *§2 - Le régime de la preuve du secret médical*

**1135.** La levée judiciaire du secret soulève la problématique de la charge de la preuve pesant sur l'assureur, en effet, il ne suffit pas de vouloir démontrer que l'assuré est de mauvaise foi, il faut le prouver. Mais il lui sera impossible de produire en justice des documents prouvant la mauvaise de l'assuré sans son consentement (A), et sera confronté à la protection absolue du secret médical (B).

A - L'improbable administration de la preuve de la mauvaise foi de l'assuré

**1136.** Si l'assuré revient sur sa renonciation au cours de l'exécution du contrat, et donc, de manière générale au moment de la survenance du sinistre, il pourra s'opposer à toute révélation de son état de santé et ainsi faire obstacle à tous les éléments de preuve que détient l'assureur. À défaut de consentement, ou de textes autorisant cet accès, il ne peut produire les éléments qu'il a en sa possession, sans encourir la violation du secret médical, même si la divulgation est faite par le médecin conseil.

**1137.** C'est ainsi que la production de la preuve ayant trait au secret devient « *ubuesque* » quand l'assuré n'a pas renoncé au bénéfice de son secret, et que le médecin conseil a en sa possession des documents attestant de manière certaine la mauvaise foi de l'assuré. Dans une espèce « *savoureusement* » commentée par M. Groutel<sup>1553</sup>, l'assureur étant dans l'impossibilité de produire les pièces détenues par le médecin conseil qui prouvaient

---

<sup>1551</sup> C. Bergoignan Esper, *La confidentialité des informations de santé peut-elle tenir face à la protection d'autres intérêts légitimes ? Le respect du secret médical dans la législation de notre pays : réalité ou illusion ?* D.2008.1918.

<sup>1552</sup> L. Portes « *À la recherche d'une éthique médicale* », éd. Masson 1954, p. 131. Également cité par B. Py, Rép. Dalloz V° *Secret professionnel*, n°10.

<sup>1553</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 Juin 2005, op. cit..

l'existence du secret (car elles auraient été écartées des débats), n'avait d'autres moyens que de demander au juge une mesure d'expertise, « ...c'est ainsi que la cour d'appel enferma l'assureur dans un cercle vicieux... d'où un dialogue de sourd entre la Cour d'appel et l'assureur... *'Vous ne produisez pas d'éléments rendant recevable la demande d'expertise'* *'Je les ai, mais je n'ai pas le droit de les produire'* *'vous ne les produisez pas donc je ne sais pas si vous les détenez réellement'* *'si je les détiens, mais je n'ai pas le droit de les produire'* *'certes, mais je ne suis pas obligé de vous croire'...* »<sup>1554</sup>. Nous voilà plongé au cœur du paradoxe inhérent au secret, Janus porte un masque, dont nous savons, non seulement qu'il dissimule un secret, mais aussi son contenu. Mais nous devons faire semblant de ne rien savoir, tant que nous ne pourrions ni soulever le masque, ni accéder à ce secret sans sa permission.

**1138.** Certaines exceptions peuvent être relevées en matière jurisprudentielle, la mauvaise foi de l'assuré ayant été retenue sur la base de documents médicaux, tel qu'un rapport médical établi à la demande de l'assureur et produit en justice contre la volonté de l'assuré<sup>1555</sup>, voire même obtenu de manière illicite<sup>1556</sup>. Mais de telles décisions très anciennes restent isolées, et ne trouveraient plus à s'appliquer en l'état actuel de la législation<sup>1557</sup>.

Néanmoins, l'assureur qui n'aura pas obtenu la renonciation volontaire de l'assuré dans le cadre contractuel n'en sera pas moins autorisé à porter le litige devant le juge du fond et obtenir la levée judiciaire du secret sur le fondement de l'article L. 113-8 du Code des assurances qui prohibe toute fausses déclarations intentionnelles. C'est ce qui fonde le droit de l'assureur pour « solliciter une expertise médicale afin d'administrer la preuve de cette réticence ou fausse déclaration intentionnelle »<sup>1558</sup>. Mais son action sera considérablement limitée en ce qu'en l'absence de consentement de l'assuré, l'assureur ne pourra produire aucun élément probant permettant de démontrer la mauvaise foi de l'assuré, d'autant qu'aucun texte n'impose la levée du secret en sa faveur.

## B - La protection légale et absolue du secret

**1139.** Les enjeux du secret sont à la hauteur de la contradiction qu'il crée, puisque c'est le législateur qui à la fois protège les secrets les plus intimes, et impose leurs divulgations lors

---

<sup>1554</sup> H. Groutel, *Secret médical et preuve d'une exclusion : expertise ordonnée par le juge*, Resp. civ. et assur 2005, comm. n° 269, p. 28.

<sup>1555</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juin 1993, n° 91-16.067, RCA, 1993, comm. n°348 ; M.-A. Peano, *Le secret médical et les exigences de la preuve en matière d'assurance*, RCA, 1993, chr. no 34. Op. cit.

<sup>1556</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 décembre 1996, n° 94-17.317, RGDA 1997, p. 126.

<sup>1557</sup> Article L. 1110-4 du Code de santé publique institué par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, envisage le droit au secret comme un droit appartenant au patient.

<sup>1558</sup> TGI Paris, 18 déc. 1989, RGAT 1991, p. 140, note J. Bigot.

de la souscription d'une assurance. En effet, comment être certain que l'assuré ne dissimule pas une déclaration frauduleuse sous le secret. C'est l'utilisation qui est faite du secret qui nous importe, s'agit-il de préserver son intimité ou de tromper son assureur ? La levée involontaire du secret médical n'est pas envisageable sur le terrain judiciaire et le seul moyen d'accéder aux données personnelles est d'obtenir le consentement de l'assuré pour que le médecin traitant, tous les professionnels et l'établissement de santé qui l'ont pris en charge soient chacun délié de l'obligation au secret. Sans ces renonciations successives à la protection du secret, toute divulgation est constitutive soit de la violation de la vie privée, soit de la violation du secret professionnel.

**1140.** Le secret médical est un secret absolu instauré dans l'intérêt général et pas seulement dans l'intérêt du patient<sup>1559</sup>. Ce dernier ne peut imposer sa décision à son médecin traitant<sup>1560</sup> qui exerçant son droit au silence, reste libre d'apprécier la pertinence de la divulgation du secret recueilli. Le droit au secret médical est un motif légitime justifiant le droit de s'opposer à toute communication des éléments constituant le dossier médical à tout tiers non autorisés, qu'il s'agisse de l'expert judiciaire, de l'assureur ou du juge. Un état de fait menant à une paralysie procédurale que la jurisprudence semble remettre en cause.

### *§3 - Les prémisses d'une limite au droit du secret confronté au droit de la preuve*

**1141.** En l'absence de renonciation au secret, l'assuré est en droit de s'opposer à toute divulgation à l'expert judiciaire mandaté pour vérifier la réalité de son état de santé. Cependant cette position privilégiant la protection du secret au détriment de la manifestation de la vérité, fait actuellement l'objet d'un revirement de jurisprudence (A) laissant envisager les prémisses d'une nouvelle conception tendant à limiter le droit au secret (B).

#### **A - Les limites du secret et le renouveau du secret partagé**

**1142.** Un revirement de jurisprudence opéré en matière sociale en 2007<sup>1561</sup>, mais pouvant être transposé à toutes les matières relevant de l'expertise médicale, semble prendre le parti de redéfinir les contours du droit au secret, si l'expert n'est pas en mesure de prendre connaissance des éléments de preuves lui permettant d'exécuter sa mission.

<sup>1559</sup> J. Penneau, *Étendue du secret médical*, D. 1999.381.

<sup>1560</sup> L'assuré ne peut imposer la divulgation du secret auquel il a renoncé à son médecin traitant, ce dernier peut refuser de divulguer les secrets dont il a connaissance même avec l'accord de l'assuré et faire valoir son droit au silence, Cass. crim., 22 décembre 1966, JCP 1966, II, n°15126 note R. Savatier ; D. 1967.122, note Combaldieu ; voir également, Cass. crim., 5 Juin 1985, D. 1986.120 note J. Pradel ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 Mars 1986, JCP 1986, II, n°20629, note Gulphe.

<sup>1561</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 novembre 2007, n°06-18.250, J. Penneau, *Droit médical Décembre 2006- Novembre 2007*, D. 2008.506.

En l'espèce, un employeur contestait le taux d'IPP évalué par la caisse de mutualité sociale agricole en faveur de certains employés. Afin de se prononcer sur le taux litigieux qui était pratiqué, les juges de la cour d'Appel ont missionné un expert qui, en l'absence de tout consentement des patients-employés, s'est vu opposer le droit au respect du secret médical par le médecin conseil de la caisse. Contre toute attente, les juges de la deuxième chambre civile de la cour de Cassation, ont estimé que le secret professionnel ne pouvait être valablement opposé à l'expert, qui pour les besoins de sa mission devait avoir accès au dossier médical.

**1143.** L'intérêt d'un tel revirement est perceptible à la seule lecture des motifs adoptés et selon lesquels « une expertise médicale qui, en ce qu'elle ressortit à un domaine technique échappant à la connaissance des juges, est susceptible d'influencer leur appréciation des faits, constitue un élément de preuve essentiel qui doit pouvoir être débattu par les parties »<sup>1562</sup>. C'est donc la manifestation de la vérité et la nécessité de se ménager des éléments de preuve en justice, que fait privilégier la deuxième chambre.

**1144.** Pour justifier cette motivation, les juges retiennent qu'en l'absence de toute renonciation, la levée du secret est envisageable du seul fait de l'astreinte au secret médical à laquelle est soumis le médecin expert qui étant « lui-même tenu au respect de cette règle, ne (*peut*) communiquer les documents médicaux examinés par lui aux parties... ». La circulation du secret est légitime si elle s'opère entre deux professionnels de la santé soumis à un secret professionnel de même nature. Le secret ainsi révélé continue de bénéficier d'une protection vis-à-vis des tiers.

**1145.** Sous cet angle, il nous semble que l'arrêt fonde de manière implicite sa décision sur la notion de secret partagé entre le médecin conseil et le médecin expert. Certes, nous avons pu démontrer qu'un tel échange de secret ne pouvait être assimilé à la notion de 'secret partagé', car la levée du secret médical n'est pas envisagée dans le seul intérêt thérapeutique du patient<sup>1563</sup>. Mais en l'espèce, les juges parviennent assez habilement à contourner les impératifs inhérents à la notion de secret partagé, puisque ni le médecin conseil, ni le médecin expert n'interviennent dans l'intérêt thérapeutique de l'employé. Dans ce cas précis, ces deux praticiens exercent une mission de vérification de l'état de santé de l'employé.

Cette position est conforme à la définition de secret partagé M. Beignier pour qui, un échange de « renseignements médicaux entre deux médecins ne pose aucune difficulté, ni d'ordre déontologique, ni d'ordre juridique puisque tous les deux sont ministres du secret. Ce n'est que

---

<sup>1562</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 novembre 2007, n°06-18.250. op. cit.

<sup>1563</sup> V. supra n°1030.

l'application de la jurisprudence connue du 'secret partagé' »<sup>1564</sup>, même si la notion de secret partagé, selon nous ne peut trouver à s'appliquer en l'absence d'un intérêt thérapeutique en faveur de l'assuré. Néanmoins, nous pouvons entrevoir les prémises d'une nouvelle conception très extensive du secret partagé, intégrée au sein de la hiérarchie du secret médical. Ce serait un secret partagé dans un nouvel intérêt commun : la manifestation de la vérité.

## B - Les limites du secret et la protection d'un intérêt indirect

**1146.** Certes, le secret à été levé sans le consentement du patient mais, cet arrêt présente l'intérêt d'envisager le secret médical sous un angle nouveau, car prenant en considération l'intérêt des tiers et la possibilité de se ménager un moyen de preuve qui pourra être débattu devant les prétoires<sup>1565</sup>.

De plus, cet arrêt présente l'intérêt de mettre en évidence un axiome inhérent au secret et selon lequel « *plus l'on s'écarte de l'objet de la protection, et moins le secret est protégé* ». En effet, en l'espèce le médecin expert demandait l'accès à un dossier détenu par le médecin conseil de la Caisse, qui par conséquent en avait obtenu la révélation par le médecin traitant ou le patient lui-même. Nous pourrions penser que le médecin expert aurait dû bénéficier du même accès que le médecin conseil, étant tout deux missionnés dans un intérêt autre que thérapeutique. Pourtant l'accès au dossier n'a été accordé qu'à l'un d'entre eux, celui dont l'avis était favorable aux intérêts du patient. Cela laisse supposer que le patient est libre de s'opposer à toute révélation pouvant lui être néfaste. Cette vision procède d'un choix peu conforme à la manifestation de la vérité et à l'équilibre des armes, dont doivent bénéficier les parties engagées dans un procès.

**1147.** Nous pourrions nous demander si la solution n'aurait pas été différente si l'expert s'était adressé au médecin traitant de l'assuré, ou si le patient s'était opposé à toute divulgation, tant envers le médecin conseil, que le médecin expert. Dès lors, il nous semble que cette décision s'intégrerait dans un contexte d'opportunité, car destinée à donner un coup d'arrêt au choix de la révélation accordée discrétionnairement par le maître du secret, qui l'opposait de manière certes indirecte, mais certaine au juge.

---

<sup>1564</sup> B. Beignier, *Secret médical et assurance de personnes*, D.1999.469. Cependant, il nous semble que cette définition de secret partagé ne peut en aucun cas être appliquée à la situation d'un secret échangé entre le médecin traitant et le médecin conseil ou expert. V. supra n° et suivant sur la définition du secret partagé, et la notion de l'intérêt thérapeutique du patient.

<sup>1565</sup> Ce regain du secret est également exploité par la Cour européenne des droits de l'Homme, mais sous un angle différent et sur un fondement plus approprié que la reconnaissance d'une circulation limitée des secrets. V. infra n°.



**1148.** La solution actuelle de la deuxième chambre est encore trop récente pour que l'on puisse en déduire une position précise, d'autant qu'en la matière l'incertitude est de mise car après avoir opéré un nouveau revirement 2008<sup>1566</sup> faisant prévaloir le secret médical, un nouvel arrêt rendu en 2009 revenait déjà à sa jurisprudence antérieure en privilégiant le droit de la preuve<sup>1567</sup>.

Dès lors, il nous faut prendre en compte les principes constants dégagés depuis 2004, par les autres chambres de la Cour de cassation<sup>1568</sup>, qui en matière d'expertise, ne permettent pas de procéder à la levée involontaire du secret médical. Mais sous peine de commettre un déni de justice, il appartient au juge de résoudre le conflit, et d'apprécier la légitimité de l'opposition à la révélation d'un état de santé, même s'il ne dispose d'aucuns éléments.

**1149. Conclusion section 1 :** en l'absence de renonciation de l'assuré. Le droit à la protection du secret prédomine le droit à la manifestation de la vérité. Cela signifie que le juge ne pourra pas se prononcer sur la légitimité des secrets de l'assuré s'il les maintient sous couvert du secret médical. Cependant La levée judiciaire du secret participe à l'administration de la preuve que l'assureur doit produire pour démontrer la mauvaise foi de l'assuré, mais si ce dernier n'entend pas renoncer à la protection dont bénéficient ses secrets les plus intimes, le juge devra se contenter de constater cette « paralysie de la preuve »<sup>1569</sup>.

## Section 2 - Le juge face à l'intangibilité du secret médical

**1150.** Le juge est le protecteur naturel de nos droits fondamentaux et de nos secrets les plus intimes, cependant, il ne lui est accordé aucun privilège lui permettant de prendre connaissance des secrets dont il assure la protection. Il ne peut donc ni en évaluer la légitimité, ni se contenter de prononcer une fin de non recevoir, mais, il lui appartient de trouver une solution au litige. Pour ce faire il va apprécier la légitimité du secret et imposer aux parties une vérité judiciaire (§1) motivée par de simples présomptions qui s'exerceront en faveur de l'assureur (§2).

---

<sup>1566</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 Novembre 2008, n°07-18.364. Une décision rendue par la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail qui fondait l'obligation du service médical de transmettre tous les documents au médecin désigné par la juridiction au motif que le secret médical ne saurait être opposé à un médecin appelé à éclairer le juge sur les conditions d'attribution d'une prestation sociale, (soit sur le même attendu que l'arrêt du 22 Novembre 2007), a été cassé au motif qu'en l'absence de toute renonciation, le secret médical bénéficiait d'une protection absolue. V. J. Penneau *De quelques incidences du secret médical sur l'expertise judiciaire, dossier le secret professionnel : quelles évolutions ?*, AJP avril 2009.170.

<sup>1567</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 février 2009, n° 08-11.888.

<sup>1568</sup> Notamment la première chambre et la chambre criminelle qui maintiennent une vision absolutiste du secret professionnel.

<sup>1569</sup> M. A Peano op. cité.

## §1- Le juge et l'appréciation des secrets de l'assuré

**1151.** Le juge est principalement saisi afin de déterminer si l'assuré n'a pas été de mauvaise foi lors de sa déclaration de risque de santé. Même s'il ne dispose ni de l'avis éclairé d'un expert, ni du dossier médical, il sera tenu d'apprécier le secret sans aucun document probant et fonder sa décision sur de simples présomptions. Il lui appartient de faire valoir une vérité judiciaire au détriment de la vérité médicale (A). Mais cette forme d'appréciation 'à l'aveugle' tend à favoriser l'assimilation de l'exercice d'un droit légitime à de la mauvaise foi (B).

### *A - La vérité judiciaire substituée à la vérité médicale*

**1152.** Le juge doit apprécier la légitimité de l'opposition du droit au secret en se fondant son intime conviction sur des présomptions (1), mais désormais un nouveau critère fondé sur le principe de proportionnalité devrait permettre d'affiner cette appréciation, en ce qu'il est tenu compte de tous les intérêts en présence (2).

#### 1 - Les critères d'appréciation de la présomption en faveur de la légitimité du secret

**1153.** Toute tentative de levée du secret destinée à révéler la vérité absolue est vouée à l'échec. Le secret médical est un secret légitimement inaccessible d'un point de vue général. Néanmoins, le droit au secret ne clôt pas le débat judiciaire. Le juge doit se prononcer, mais sans aucun document permettant de l'éclairer. Dès lors, face à l'intangibilité du secret et à défaut de vérité, le mécanisme de la présomption s'impose à la résolution du litige.

**1154.** Cette forme de présomption est régulièrement utilisée dans le cadre de l'examen comparatif des sangs. Il est d'usage, si le père présumé refuse de se soumettre à l'examen imposé par le juge, de tirer des conclusions de ce refus<sup>1570</sup>. Dans ces situations, la légitimité des parties à agir est certes plus grave puisqu'il s'agit d'établir une filiation<sup>1571</sup>. Mais, l'adaptation de cette présomption au secret en assurance, est un mode de résolution du litige efficace face à la paralysie de la solution du litige. Si l'assuré refuse de collaborer, le juge ne

---

<sup>1570</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 avril 1968, D. 1968.705 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2000, RTD civ. 2000.304, note J. Hauser. Cependant en cas de refus, les juges ne déduisent pas du refus la preuve de l'existence d'une filiation. La présomption jouera principalement pour l'allocation de subsides.

<sup>1571</sup> Il nous reste encore en mémoire la tristement célèbre affaire de la paternité d'Yves Montand revendiquée par sa fille supposée, Aurore D. Un examen comparatif d'ADN avait été refusé par les membres de la famille du défunt, et c'est donc sur la base d'une présomption fondée principalement sur une ressemblance physique constatée sur des photographies, entre le défunt et sa fille supposée que la filiation avait été dans un premier temps établie. La famille du défunt a dû se résigner à l'exhumation du père présumé pour que soit effectuée une expertise génétique et laisser éclater la vérité, plutôt que de laisser planer un doute sur une filiation établie sur une simple présomption. CA. Paris 6 novembre 1997, D.1998.122, note Ph. Malaurie ; JCP 1998, I, 101 n°3 note J. Rubellin-Devichi.

peut limiter son action à constater l'impossibilité de lever le secret médical, et devra apprécier le refus de l'assuré en fonction des intérêts en présence.

**1155.** Cela suppose le contournement de la vérité médicale en faveur des apparences déduites du comportement de l'assuré, et des conséquences que le secret emporte sur le plan contractuel. À cet effet, le secret doit être caractérisé par la finalité recherchée par l'assuré, il peut s'agir soit de protéger sa vie privée, soit d'obtenir un avantage substantiel sur la relation d'assurance, en obtenant une garantie induue. Il faut rechercher si la motivation qui anime l'assuré au moment de la déclaration initiale<sup>1572</sup>, procède d'une omission volontaire tendant à tromper l'assureur<sup>1573</sup> ou de la protection de sa vie privée. Le critère décisif étant l'influence que pouvait revêtir le secret sur l'appréciation que l'assureur pouvait se faire sur le risque initial<sup>1574</sup>.

**1156.** Une telle présomption reste cependant très limitée, et semble s'appliquer de manière très opportune pour la résolution du litige. Soit l'assuré est de bonne foi et l'assureur devra verser la garantie. Soit il est reconnu être de mauvaise foi, et devra de ce fait supporter les conséquences de la nullité de la garantie. Mais dans tous les cas, aucun document probant relatif à l'état de l'assuré ne sera produit. C'est la raison pour laquelle, la jurisprudence semble adopter une nouvelle orientation des critères directeurs de la présomption permettant d'affiner l'appréciation de l'impossibilité d'accéder à la réalité d'un état de santé.

## 2 - La proportionnalité des intérêts contradictoires justifiant l'atteinte au droit du secret

**1157.** Il semblerait que de nouveaux critères soient contenus en germe dans un arrêt de la chambre commerciale de 2007<sup>1575</sup> qui indique dans ces motifs l'impossibilité de sanctionner « une atteinte à la vie privée sans s'interroger sur la légitimité et la proportionnalité de cette atteinte... ». En l'espèce, les juges retiennent que l'appréciation de l'atteinte à la vie privée doit être faite en fonction de l'existence d'un intérêt légitime, mais aussi, et c'est un nouveau critère, en fonction de la proportionnalité que pourrait causer une telle atteinte.

En réalité les critères de légitimité et de proportionnalité sont des principes déjà adoptés en matière criminelle<sup>1576</sup>, et appliqués depuis plus de vingt ans par la jurisprudence européenne,

---

<sup>1572</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 janv. 1993, n° 90-10.736, RGAT 1993, p. 280, note Maurice pour une décision qui ne retient pas la mauvaise foi.

<sup>1573</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 juin 2000, n° 98-22.087, RGDA 2000, p. 816, note A. Favre-Rochex.

<sup>1574</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 novembre 2002, n° 99-19.161, RGDA 2003, p. 54, note L. Mayaux.

<sup>1575</sup> Cass. com., 15 mai 2007, n°06-10.606, RTD civ., 2007.753, note J. Hauser.

<sup>1576</sup> Cass. crim., 24 avril 2007, n°06-88.051, « Mais attendu qu'en se prononçant ainsi, sans rechercher si l'examen... de pièces de son dossier médico-social, couvert par le secret professionnel, constituait une mesure

toutes les fois qu'il est question d'apprécier une atteinte à la vie privée<sup>1577</sup>. Comme le relève un auteur « La proportionnalité au regard d'intérêts antinomiques est ainsi passée de la sphère strasbourgeoise à la sphère parisienne »<sup>1578</sup>.

**1158.** Il est dès lors nécessaire d'apprécier la légitimité de l'opposition du secret médical en fonction de la proportionnalité du but poursuivi par l'assureur, qui souhaite accéder aux informations relatives à l'état de santé des assurés. La demande sera rejetée par le magistrat si l'ingérence du droit de la preuve est disproportionnée au regard du droit au respect de la vie privée. Un auteur souligne l'intérêt du critère de proportionnalité en ce que

« L'intérêt légitime de référence n'est plus celui du patient, ni celui du praticien, c'est celui du citoyen destinataire de cette information ou qui la sollicite »<sup>1579</sup>, et donc en premier lieu pour notre sujet, ceux de l'assureur.

**1159.** En étendant le principe de la légitimité au principe de la proportionnalité, l'appréciation du secret par le juge se fait désormais à travers le prisme des intérêts de toutes les parties au litige<sup>1580</sup>, et principalement des tiers qui étaient jusqu'à présent exclus de la sphère des secrets relevant de la vie privée. Il ne fait aucun doute qu'au regard des intérêts de l'assureur, la levée du secret est tout aussi proportionnelle et légitime qu'aux intérêts de l'assuré, puisqu'il s'agit pour lui de déterminer si la déclaration initiale ne dissimule pas de fausses déclarations et donc si son engagement contractuel n'est pas vicié.

Mais de ce seul fait nous pouvons nous demander si les critères de légitimité et de proportionnalité sont réellement adéquats à la relation d'assurance, car les intérêts des deux parties semblent tout aussi proportionnels et légitimes face au secret. Ce qui nous amène à une nouvelle forme de '*statu quo*'. Car aucune présomption ne permettra de pallier de manière satisfaisante à l'obligation de procéder la levée du secret médical.

**1160.** Mais l'intérêt d'une action en justice conserve tout son intérêt, en ce que «l'appréciation du juge constitue donc un moyen comminatoire permettant de préserver la

---

nécessaire et proportionnée à la défense de l'ordre et à la protection des droits de la partie civile au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme ».

<sup>1577</sup> CEDH 25 Février 1997, Z. c/ Finlande req. 22009/93, « Les ordonnances sommant les médecins de la requérante de témoigner se fondaient sur des motifs pertinents et suffisants correspondant à une exigence impérieuse dictée par les buts légitimes poursuivis ... (dès lors)... il existait un rapport raisonnable de proportionnalité entre ces mesures et les buts en question ». CEDH 10 octobre 2006, L. c/ France req. N°7508/02, RTD civ., 2007.95, note J. Hauser.

<sup>1578</sup> J. D. Sarcelet *La confidentialité des informations de santé peut-elle tenir face à la protection d'autres intérêts légitimes ? Le rôle du juge dans la confrontation des intérêts légitimes en présence*, D.2008.1921.

<sup>1579</sup> J. D. Sarcelet op. cit.

<sup>1580</sup> P. Sargos, *Les principes d'immunité et de légitimité en matière de secret professionnel médical*, JCP 2004, I, 87.

loyauté des engagements contractuels »<sup>1581</sup>. C'est un moyen de pression très dissuasif, d'autant qu'une plus grande marge de manœuvre est accordée au juge depuis un arrêt de 2005 qui envisage en cas de '*paralysie*' « d'ordonner une mesure d'instruction »<sup>1582</sup>. S'il est dans l'impossibilité de présumer du bien fondé de la protection d'un intérêt proportionnel et légitime entre l'assuré et l'assureur, en tout dernier ressort, pour sortir de la paralysie de l'action en justice, le droit au secret ne serait plus de mise. Il est de fait que la présomption ne permet pas de lever l'incertitude que crée le secret. La possibilité de se prévaloir du droit au respect de sa vie privée crée un doute laissant inévitablement suspecter la mauvaise foi de l'assuré.

### *B - L'exercice d'un droit légitime assimilé à de la mauvaise foi*

**1161.** La situation peut donc nous sembler paradoxale, car si l'intérêt légitime de l'assuré est la volonté d'opposer le droit au respect de sa vie privée, il lui sera difficile de prouver qu'il n'a pas menti dans sa déclaration de risque sans dévoiler le moindre de ses secrets à l'assureur, et ce, à seules fins de lui démontrer que l'objet de son secret ne pouvait modifier l'opinion qu'il pouvait se faire du risque. De toute évidence le système de la présomption lui est défavorable.

**1162.** En effet, au regard des derniers revirements de la deuxième chambre civile<sup>1583</sup>, dont la position est désormais systématiquement reprise par les Cours d'appel<sup>1584</sup>, et devant les juridictions administratives<sup>1585</sup>, il ne fait aucun doute que nous assistons à la désacralisation du secret médical en particulier, et du secret professionnel en général. En la matière, il est important de remarquer qu'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme a même retenu<sup>1586</sup> qu'à partir du moment où le secret « a été enfreint, ces informations avait perdu

---

<sup>1581</sup> P. Hennion- Jacquet, Revue de droit sanitaire et social 2005.673 sous arrêt Cass.2<sup>e</sup> civ., 2 Juin 2005,op. cit.

<sup>1582</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 juin 2005, n°04-13509.

<sup>1583</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 novembre 2007, n° 06-18.250.

<sup>1584</sup> CA Colmar 28 Juin 2007, n°05/04485, l'arrêt retient que le fait de ne pas avoir « communiqué le rapport médical de son médecin conseil, (...) permet de présumer de sa volonté de faire échec à l'exécution de bonne foi du contrat ». CA Angers, 18 Mars 2008, n°06/01940, « c'est de façon parfaitement inopérante que la MSA se prévaut à nouveau du secret médical pour refuser de satisfaire à l'injonction de communiquer les pièces du dossier de M. x ».

<sup>1585</sup> CAA Marseille 4<sup>e</sup> ch. 25 Mars 2008, n° 05MA02403 « M.x N'est pas fondé à se prévaloir du non respect par le vérificateur du secret médical, ni de la violation de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantissant le droit au respect de la vie privée (...) L'administration apporte la preuve (...) de la mauvaise foi » de M. x.

<sup>1586</sup> CEDH 18 mai 2004, Plon/ France req. N°58148/00.

l'essentiel de leur confidentialité, la sauvegarde du secret ne pouvant plus dès lors constituer un impératif prépondérant »<sup>1587</sup>.

Dans de telles circonstances, le droit au secret portant sur l'état de santé d'une personne, semble de plus en plus désacralisé, et donc fragilisé.

**1163.** À terme si aucun élément probant ne peut être produit, il semblerait que l'assuré doive supporter les conséquences de l'exercice légitime de son droit à protéger les secrets relevant de sa vie privée. En posant des limites à un droit au secret pourtant qualifié d'absolu, les juges des chambres civiles ont élaboré un raisonnement qui, à terme, aboutissait au sacrifice du secret médical et du secret professionnel qui sont des secrets légalement protégés, sur l'autel de l'intérêt légitime de l'exécution d'un contrat privé. Ce qui au niveau de la hiérarchie des secrets, est un non sens irréductible.

**1164.** La principale difficulté est que cette forme de résolution du litige, en termes de présomption, aussi simple soit elle, fait totalement abstraction du fait que l'opposition à la levée du secret médical est un droit fondamental acquis, que l'assuré peut exercer sans que cela ne puisse lui porter préjudice. D'autant que toutes les personnes qui s'opposent à la renonciation volontaire de leur secret ne sont pas toutes de mauvaise foi, et l'atteinte à leur intimité pourra légitimement être ressentie de manière intolérable. Mais une telle conception du droit au secret n'a pas de mise quand il est opposé à l'expert, et donc au juge, et par là même, à la manifestation de la vérité.

## §2- Une présomption favorable à l'assureur

**1165.** La résolution du problème de la preuve en cas d'opposition faite à la divulgation du secret médical semble emporter pour l'assuré l'obligation de dévoiler ses secrets s'il veut faire valoir ses droits (A). Un abandon très opportun pour l'assureur qui bénéficie d'un accès si étendu au secret de santé de l'assuré que l'on peut se demander s'il est seulement utilisé pour limiter les risques de fraude (B).

### *A - L'incitation au renoncement du secret médical*

**1166.** L'assureur bénéficie déjà d'une situation très privilégiée, car il est le seul acteur contractuel de droit privé à pouvoir s'engouffrer de manière aussi efficace dans la brèche de nos secrets les plus intimes avec ou sans le consentement de l'assuré.

Il faut garder à l'esprit que le contrat d'assurance est lié à une activité commerciale. L'assureur n'est pas un cocontractant ordinaire, c'est un professionnel qui propose un service.

---

<sup>1587</sup> J. D. Sarcelet op. cit.

À ce titre nous pouvons nous demander quelles répercussions pourraient avoir à long terme le recueil et l'utilisation de nos données les plus confidentielles. D'autant que la clause prévoyant la levée du secret procède d'un contrat type dont la rédaction est totalement maîtrisée et imposée par l'assureur, ce qui laisse peu de place à la négociation.

**1167.** Dans la pratique, si l'on ne renonce pas à son secret médical, il y a peu de chance que l'assureur accepte de couvrir le risque, et refusera de s'engager. C'est une manière comme une autre d'imposer à l'assuré l'obligation de renoncer au secret médical. C'est donc au cours de l'exécution du contrat qu'il sera possible à l'assuré de revenir sur sa renonciation au secret médical. Néanmoins, l'assuré qui sera en mesure de reprendre la maîtrise de ses droits et sa légitimité pour imposer ses secrets, perdra à nouveau cette prérogative au nom du régime du droit de la preuve, s'il ne veut pas que sa mauvaise foi soit retenue sur de simples présomptions.

**1168.** De manière générale, nous pouvons observer un mouvement se positionnant en faveur de la divulgation indirecte du secret médical, au bénéfice de l'assureur. Certains auteurs regrettent que « le médecin conseil ne (*puisse*) révéler à son mandant des renseignements obtenus d'un confrère. Cette solution est critiquable »<sup>1588</sup>. Le droit au secret est très mal perçu, car « pour quelle raison l'assuré ou ses ayants droit peuvent-ils interdire à l'assureur d'en prendre connaissance, sinon pour éviter que ce dernier soit en mesure de leur opposer une déclaration inexacte de risque ou une exclusion de garantie ? Rendre efficace cette volonté revient donc à consacrer la fraude, et à faire abstraction du principe selon lequel le contrat d'assurance est un contrat de bonne foi qui exige loyauté et sincérité de la part de chaque partie »<sup>1589</sup>.

Il est de fait que si cette position est légitime du point de vue de l'assureur, il est nécessaire de replacer le phénomène d'interaction de la fraude, de la bonne foi et du secret sur un plan beaucoup plus général pour nous apercevoir que l'éventualité d'un accès aussi direct au secret médical en faveur de l'assureur revient à ouvrir la boîte de Pandore.

**1169.** En effet il existe bien d'autres contrats privés que le contrat d'assurance, conclus sous la forme de l'intuitu personae, et régit par les principes directeurs de la loyauté et de la bonne foi. Permettre un accès direct au secret médical au profit de l'assureur nous semble

---

<sup>1588</sup> Lamy assurances Num. n°333.

<sup>1589</sup> Lamy assurances Num. n°333. op. cit.

disproportionné dans la mesure où cette éventualité lui accorde un privilège que pourrait revendiquer d'autres cocontractants de droit privé à leur bénéfice<sup>1590</sup>.

Le régime de la levée involontaire du secret, rejoint les mêmes effets que la levée volontaire du secret en ce que l'assureur accède à des données médicales confidentielles, et dont l'utilisation va bien au-delà de la simple découverte d'un manquement aux obligations déclaratives lors de la souscription du contrat d'assurance.

### *B - La désacralisation du secret : un instrument disproportionné de lutte contre la fraude*

**1170.** En principe, pour l'assureur, la renonciation<sup>1591</sup> ne tend qu'à un seul objectif, prouver la mauvaise foi de l'assuré. Mais en s'octroyant un accès privilégié au secret médical de l'assuré, l'assureur est en mesure de vérifier tous les secrets de tous ses assurés, sans distinction. En effet, les dossiers des assurés de bonne foi font également l'objet d'une transmission, mais s'ils ne sont pas fraudeurs, quelle légitimité avait l'assureur de violer leurs secrets les plus intimes. Il ne peut être envisagé de consulter certains dossiers « juste au cas où » il existerait un doute. Qui pose les limites et à quel moment devient-on fraudeur quand la maladie est ignorée du cocontractant ?

La renonciation est donc envisagée comme un instrument de lutte généralisé contre la fraude et non comme un moyen de faire valoir ses droits sur le plan procédural de la preuve. De même qu'en l'absence de renonciation, sur le plan judiciaire, le régime de présomption de la mauvaise foi, peut être un moyen pour l'assureur de se soustraire à son obligation au paiement. Il lui suffira d'engager une action en justice toute les fois qu'un assuré s'oppose à la vérification de ses secrets, et de laisser s'appliquer la présomption de mauvaise foi pour qu'il soit dispensé de payer la garantie.

**1171.** Même en acceptant que le principe de la renonciation soit légitimé du point de vue de la fraude en assurance, il nous semble qu'une simple clause au contrat ne pourrait à elle seule limiter ce phénomène. La fraude est un élément qui ne peut être enrayé, mais seulement

<sup>1590</sup> Nous pensons à un employeur, suffirait-il qu'il ajoute une clause au contrat pour favoriser la renonciation de son salarié au secret médical et pour qu'il ait un libre accès à son dossier médical ? Aucun doute qu'il serait légitime à son égard de déterminer avec certitude lors de notre embauche si une salariée n'est pas susceptible d'être enceinte, ce qui contraint l'employeur à prendre en charge les congés payés y afférent et la prise en charge d'un nouveau salarié pour son remplacement, mais dans un contexte plus général, de savoir si nous supporterons d'un point de vue physique et psychologique, une charge de travail suffisamment élevée dans l'intérêt de l'entreprise. Il nous semble que le simple fait de souscrire un contrat quel qu'il soit ne pourrait être de nature à renoncer à un droit fondamental lié à notre intimité.

<sup>1591</sup> La renonciation est pour nous envisagée de manière générale en ce que la levée involontaire du secret médical emporte des conséquences si contraire aux intérêts de l'assuré sur le plan de la mauvaise foi présumée, qu'il nous semble que l'assuré sachant le combat perdu d'avance se pliera à la renonciation volontaire en acceptant les clauses contractuelles.



canalisé, et l'accès direct au secret médical pour combattre la fraude n'est d'une part, pas une arme absolue, et d'autre part, disproportionnée compte tenu des intérêts en présence.

Faire abstraction de nos droits les plus fondamentaux pour favoriser des intérêts économiques et commerciaux qui sont essentiellement fondés sur le risque et l'aléa, sont des impératifs qui ne peuvent être traités sur un même plan, car seuls les intérêts de l'assureur sont pris en considération au détriment des assurés. D'autant que d'un point de vue économique, le poids de la fraude, par le biais des statistiques, peut être répercuté sur l'ensemble de la mutualisation de la relation d'assurance.

Certes il serait exagéré de penser que la protection générale et absolue du secret médical ait vocation à être transformée en une divulgation générale et absolue au bénéfice de l'assureur. Néanmoins, un fait demeure acquis, il faudrait être bien audacieux pour se risquer à faire valoir la légitimité de son droit au secret sur le terrain de l'assurance.

**1172. Conclusion section 2 :** Le secret médical bénéficie d'une protection générale et absolue, et ne peut être levé involontairement, en l'absence du consentement de l'assuré.

Si l'assuré refuse de renoncer volontairement à ses secrets, il sera présumé être de mauvaise foi. Le système mis en place afin de pallier l'absence de preuve laisse peu de choix à l'assuré, soit il renonce à ses secrets, soit il s'accroche à l'exercice d'un droit fondamental et il ne pourra envisager le versement de la garantie, du fait de la présomption de mauvaise foi qui lui sera attachée. Le secret est l'enjeu d'intérêts totalement contradictoires, entre l'exercice des droits de la personnalité et l'application du droit des contrats. Si au vu de la hiérarchie des textes, l'application des droits fondamentaux protégeant le secret médical est prédominante au droit des assurances, par l'exercice de l'appréciation de la légitimité du secret soumise au juge, l'effectivité des droits fondamentaux devient inopérante car exercée au détriment de l'assuré.

**1173. Conclusion chapitre 2 :** En l'absence de renonciation, la réalité de l'état de santé de l'assuré est recouverte par le secret médical devient inaccessible à l'expert médical, au juge et donc à l'assureur. Cette protection légitime implique l'impossibilité de produire des éléments de preuve tendant à démontrer la loyauté de l'assuré lors de l'exécution du contrat. C'est donc par le biais de la présomption que s'imposera la solution du litige, mais en l'absence de preuve, elle trouvera à s'appliquer très souvent en défaveur de l'assuré. La levée involontaire des secrets emporte la même solution que la levée volontaire, en ce que le secret sera soumis au régime de la loyauté et de la bonne foi.

**1174. Conclusion titre 2 :** Que la levée du secret soit envisagée de manière volontaire ou involontaire, l'assureur aura les moyens de protéger ses intérêts. En l'absence de renonciation, l'assuré s'expose à une présomption qui certes ne lèvera pas son secret, mais laissera supposer que comportement devant être assimilé à de la mauvaise foi, doit entraîner la nullité du contrat. S'il renonce volontairement à ses secrets les plus protégés, l'assureur sera en mesure d'étudier non seulement l'état de santé réel de l'assuré mais aussi son influence sur le risque réel. Peut-on réellement parler de risque quand des tests médicaux ont permis de le définir et de le révéler avant sa survenance. Dans ce contexte la bonne foi contractuelle principe directeur du droit des contrats est un moyen de contrôler le risque élément fondamental du contrat d'assurance et donc de neutraliser l'aléa. La levée du secret volontaire ou non est un théorème toujours gagnant pour l'assureur d'un point de vue économique, mais qui à terme désacralise le secret le plus protégé de nos institutions.

**1175. La problématique du secret :** Il nous semble que la difficulté est que le secret médical, de nature générale et absolue, bénéficie en principe d'une protection légale supra législative, pourtant, par le biais de la renonciation et de la présomption, il sera soumis de manière artificielle au régime de la loyauté et de la bonne foi, incitant tous les assurés à renoncer à l'exercice d'un droit légitime. C'est une incohérence car cela revient à remettre en cause l'exercice de prérogatives inhérentes au droit au respect de la vie privée, qui procède du libre exercice de nos droits fondamentaux.

Dès lors, nous pouvons nous demander s'il est réellement judicieux de concentrer tous nos efforts sur la prise d'assaut de la citadelle du secret médical, en effet, quelques brèches et non des moindres ont d'ores et déjà été accordées à l'assureur, et plutôt que de détruire tout l'édifice du secret médical pour en faciliter un accès qui à terme aura pour effet de réduire à néant la protection de notre intimité, peut être est-il temps de procéder différemment.

**1176. La réforme nécessaire du traitement du secret médical en assurance :** Il est impératif dans nos société éprise de transparence et toujours en quête de vérité, de préserver le secret médical de tout formes d'« angélisme exterminateur » et de maintenir religieusement nos secrets les plus intimes, car imprimés dans notre corps et dans nos cellules, sous la protection du secret médical imposé à tous les personnels de santé. Les assureurs ayant déjà beaucoup obtenu dans la course à la levée du secret médical, nous pourrions craindre qu'il ne subisse de nouvelles altérations, contre lesquelles il semble nécessaire de créer un nouveau mécanisme de la levée du secret médical en sa faveur. Il ne s'agit pas de remettre en cause la légitimité de l'assureur d'accéder à des secrets susceptibles de vicier leur consentement et de verser des

indemnités indues, mais de maintenir le secret médical sous haute protection et à l'abri de toutes ingérences tout en plaçant l'assuré face à ses responsabilités. Mais plutôt que d'envisager l'exercice du droit au secret comme une sanction, il devient nécessaire d'envisager une conciliation des intérêts en présence afin d'inciter l'assuré à confier ses secrets.

**1177. La communauté d'intérêts entre les médecins conseils et l'assureur préjudiciable à la révélation et à la protection des secrets :** Le secret a besoin de confiance et de confiance pour être révélé. Le secret circulant au sein de l'entreprise d'assurance présente un dysfonctionnement majeur, la communauté d'intérêt existant entre les services de gestion du risque et le service médical. Il est incohérent que l'accès au secret ne soit utilisé que pour faire une sélection des risques la plus économiquement favorables. C'est cette utilisation du secret qui est en cause, car non seulement elle ne favorise pas la collaboration de l'assuré, mais elle tend à légitimer l'exercice du droit d'opposition du secret. D'autant que ces pratiques nous démontrent que là où le législateur encadre et sanctionne le mensonge dissimulé sous le secret, l'assureur détermine, sous couvert de rechercher le mensonge, la nature et l'étendue de sa prise de risque.

**1178. La nécessité de restaurer la confiance entre les cocontractants :** Il ne s'agit pas de s'opposer à la vérification des données de santé, mais simplement d'envisager la possibilité de les étudier selon une procédure appliquée uniformément sur tout le territoire, en fonction d'un barème établi par avance qui ne permettrait plus d'aller à la 'pêche au secret'. Le contrôle ne tiendrait compte que des déclarations initiales de l'assuré et non plus de tout ce que les examens pratiqués ont permis de découvrir. C'est la séparation de l'acte médical de l'évaluation du risque qui légitimera l'accès au secret médical. Dès lors, la suspicion attachée au détournement et à l'utilisation des secrets par l'assureur n'aurait pas lieu d'être et par conséquent les craintes de révéler ses secrets ne seraient plus justifiées.

C'est la raison pour laquelle, il nous semble que le traitement du secret devrait passer par une refonte du recueil et du traitement du secret médical par les compagnies d'assurances, dont l'organisation actuelle ne favorise pas la confiance, légitimant par là-même le refus de certains assurés de s'y soumettre en faisant prévaloir le droit au respect de la vie privée. En matière de secret, tout est affaire de confiance. Cette nécessaire confiance ne peut être envisageable qu'en restaurant la confiance et sans que l'on puisse soupçonner une utilisation autre que la vérification des déclarations initiales de l'assuré. C'est en rendant inutile l'utilisation du secret qu'il perdra tout intérêt d'être opposé à l'assureur.

Seule cette confiance restaurée nous permettrait de ramener la problématique du secret sur le terrain de la bonne foi contractuelle, car cela inciterait l'assuré à renoncer plus facilement à ses secrets. Même si d'évidence l'assuré de mauvaise foi ne renoncera pas à faire valoir son droit au secret, l'intérêt d'un tel aménagement permettrait de réconcilier les assurés de bonne foi avec les assureurs, ce qui à terme (bien que cette idée soit empirique) marginaliserait les assurés de mauvaise foi.

## [Conclusion]

**1179. Conclusion générale :** L'assurance nous permet d'appréhender toute la diversité du secret quand il est observé sous l'angle des différents intérêts en présence.

Sous l'angle contractuel, le secret assimilé à l'information sera soumis à une obligation de divulgation mise à la charge de l'assuré quand il doit décrire son risque, et ce, tout au long de l'exécution du contrat. Cette obligation s'effectue par le biais de déclarations spontanées dont la particularité est de permettre au secret de s'immiscer plus facilement au sein de la relation d'assurance, créant de ce fait un soupçon quand à la validité des informations recueillies.

Mais le secret peut également être le fait de l'assureur qui doit éclairer le consommateur sur l'étendue de son engagement en levant le voile sur les dispositions contractuelles afin de les rendre compréhensibles, il est donc soumis à une obligation de renseignement qui sera exécutée par les intermédiaires. Néanmoins, l'assureur est aussi tenu à une obligation de non divulgation des secrets recueillis dans le cadre de son activité. A cet effet il est tenu à une obligation de loyauté contractuelle qui lui impose la protection des secrets vis à vis des tiers, mais aussi préserver la confidentialité des données personnelles de ses assurés à l'intérieur même des différents service de la société.

**1180.** L'aspect le plus décisif a trait au rôle dévolu à la volonté quant à l'usage et à la rationalisation du secret.

Le droit des assurances se prête particulièrement à l'étude du secret en ce qu'il intègre la notion de secret opposé de manière intentionnelle mais aussi de manière non intentionnelle. Le secret opposé intentionnellement est une notion très courante qui assimilée à une fausse déclaration ou à un mensonge relèvera à ce titre de la mauvaise foi.

Cependant l'assurance nous permet également d'étudier le secret sous un aspect que nous qualifions de « non intentionnel » peu exploité dans les autres branches du droit qui

distinguent très clairement ce qui est connu de ce qui ne l'est pas. C'est ainsi que le dol (et ce, qu'il s'agisse d'une dolus bonus ou d'un dolus malus) ne sera retenu que si l'intention de tromper est démontrée par le cocontractant, de même qu'au pénal l'infraction d'escroquerie ou de tromperie, ne sera retenue que si l'élément intentionnel est caractérisée.

C'est ainsi qu'en assurance une forme de secret à mi-chemin entre ce qui est connu ou non, nous semble perceptible. En effet, si en principe le secret ne peut être animé que par la volonté de dissimuler une circonstance connue, l'assuré pourra ignorer certains faits le concernant lui, ou le risque qu'il soumet à garantie. C'est l'hypothèse de la maladie ignorée de l'assuré qui se déclarera en bonne santé. Cette circonstance qui était pour lui un secret et qui sera involontairement opposé à l'assureur, est non intentionnelle et devrait ne relever que de la bonne foi qui est toujours présumée.

Cependant cette forme de secret pourra dans certaines circonstances être assimilée à de la mauvaise foi. Cela semble s'expliquer par le fait que le secret n'est pas seulement analysé en fonction de ce que le souscripteur savait ou non du risque qu'il soumet à garantie, mais aussi en fonction de l'opinion que l'assureur avait du risque proposé. En assurances la frontière entre ce qui est connu et ce qui ne l'est pas n'est pas délimitée de manière « définitive », et c'est en ce sens que selon nous le secret en assurances n'est pas uniquement soumis à l'intention du déclarant.

**1181.** Le droit des assurances nous permet également d'observer des secrets de natures distinctes pouvant être classés au regard de leur protection. Il y a d'une part, les secrets non protégés relevant de circonstances ayant trait au risque et qui auraient dû régulièrement être déclarés quand l'assureur l'avait demandé. Et d'autre part les secrets protégés qui procèdent de droits fondamentaux permettant à toutes personnes de ne rien révéler de leur intimité. C'est ainsi que des faits relevant de la vie privée pourront légitimement être couverts par le secret.

Cette distinction nous a permis de mettre en évidence les enjeux inhérents au secret dans la relation d'assurance tant sur le plan contractuel que sur le plan de l'exercice des droits fondamentaux.

Sur le plan contractuel le secret participe à la connaissance exacte du risque et donc à la maîtrise de la relation d'assurance. En matière de secrets non protégés, le maître du secret est l'assuré qui va exercer une maîtrise sur la relation d'assurance en faussant les circonstances portant sur la réalité du risque et donc, sur l'aléa. Un tel comportement est défini par le droit des assurances qui appréhende ces formes de secrets en fonction du comportement de l'assuré, et en le soumettant au régime de la loyauté et de la bonne foi.

En matière de secret protégés, le maître du secret est l'assureur, et ce qu'il procède par le biais de la levée volontaire ou involontaire du secret médical, il a la maîtrise de la relation d'assurance. En effet, si l'assuré consent à l'acte de renonciation, il sera en mesure d'avoir une connaissance très étendue du risque et de l'aléa que représente le risque de santé qui lui est soumis par le biais de ses services médicaux. En l'absence de renonciation, il lui suffit de procéder à la levée involontaire des secrets, à la faveur de la présomption, la mauvaise foi de l'assuré sera facilement retenue, ce qui le dispensera de verser la garantie. C'est ainsi que dans l'intérêt de l'assureur en matière d'administration de la preuve, le secret médical bénéficiera d'un régime de présomption qui incitera fortement les assurés à ne pas faire valoir leur droit au secret médical qui procède pourtant du droit à la protection de la vie privée qui est un droit fondamental protégé en tant que tel.

**1182.** Cet aspect soulève la légitimité du droit au secret qui en assurances n'est pas envisagé au regard des seuls intérêts de l'assuré. C'est ainsi que dans l'intérêt de l'ordre public l'assureur sera contraint de révéler ce qui lui a été confié qu'il s'agisse de l'administration fiscale, ou des autorités judiciaires qui lui imposent de collaborer activement avec la cellule TRACFIN dans la lutte contre le blanchiment.

Parfois l'intérêt de l'ordre public commandera la protection du secret qui bénéficie d'un régime légal auquel sont astreintes certaines professions, c'est le secret professionnel.

A cet égard, nous pouvons observer que le secret n'est pas figé, la protection d'une information transmise sous le sceau du secret ne la met pas hors d'atteinte. En effet, selon qu'il relève d'une nature relative ou absolue le secret sera plus ou moins protégé. C'est ainsi, que l'assureur sera en mesure de rechercher le secret auprès de confidents privilégiés et tiers absolus au contrat d'assurance, qu'il s'agisse du médecin, de l'avocat, du notaire ou du banquier de l'assuré.

Cette circulation du secret s'inscrit dans un mécanisme particulier dans lequel doit être pris en compte la volonté de l'assuré qui renonçant à son secret permet que ses confidents privilégiés puissent transmettre certaines informations le concernant directement. Mais parce qu'il s'agit de secrets, cet accès répond à des contraintes que ne peut ignorer l'assureur. Néanmoins, nous avons été en mesure d'observer que ces secrets légalement protégés pouvaient être « contournés » par des dispositions qui permettent à l'assureur d'accéder à la seule information susceptible de l'intéresser, à savoir, si l'assuré lui avait opposé des secrets.

**1183.** Très souvent ce qui intéressera l'assureur tiendra plus à l'existence même du secret qu'à son contenu réel, son intérêt étant de découvrir si son consentement avait été vicié par le

secret. C'est sous l'angle de la circulation du secret que la position privilégiée de l'assureur et les moyens qui lui sont accordés de découvrir les secrets de ses assurés sont le plus perceptible. Les secrets les plus protégés pourront faire l'objet d'une divulgation directe, ou indirecte, même de la part de tiers absolus à la relation contractuelle soumis au secret professionnel.

De manière générale, même si l'assureur n'a pas accès au contenu exact du secret, il parvient à obtenir la seule information nécessaire, celle qui lui permet de déterminer avec certitude si l'opinion qu'il pouvait se faire du risque garanti avait été modifiée par un assuré qui lui aurait volontairement opposé un secret afin de soulever la nullité du contrat.

**1184.** Du point de vue de la sanction du secret, il nous semble que l'assureur est un cocontractant très favorisé par le législateur qui d'une part envisage droit des assurances le secret de manière très extensive en le définissant comme une simple information devant être systématiquement révélée. Et qui d'autre part en favorise la sanction systématique du secret en application du code des assurances, des règles applicables en droit commun des contrats, principalement sur le fondement du dol, et des dispositions du Code pénal qui envisage une infraction spécifique en faveur de l'assureur sous la forme de l'escroquerie à l'assurance. Ce qui permet à l'assureur de bénéficier d'un arsenal juridique très dissuasif contre le secret.

D'autant que l'assuré qui n'aura pas révéler ses secrets sera parfois sanctionné, sans qu'il soit possible de distinguer s'il était de bonne ou de mauvaise foi, dans le sens où les plus petits secrets pourront être sanctionnés au même titre que les fraudes les plus graves, et ce même s'ils avaient été de manière non intentionnelle.

**1185.** Pourtant l'assureur n'est pas exempt de secrets, le contrat type qu'il rédige et qu'il soumet au souscripteur contiennent des omissions édifiantes, mais la sanction ne sera pas à la hauteur de celles qui sont encourues par les assurés. L'assuré n'ayant que les moyens offerts par les principes directeurs du droit commun des contrats pour réparer le préjudice subi du fait des secrets de l'assureur.

Le législateur privilégie la continuité de la relation contractuelle en déclarant toutes les formes de secrets de l'assureur inopposables, alors que l'assuré encourt systématiquement la nullité. La maîtrise de l'assureur sur les secrets découverts au cours de l'exécution du contrat est telle qu'il est le seul à pouvoir en effacer les effets les plus néfastes c'est ce que nous avons appelé le droit « d'absolution » des secrets qui s'exerce sous la forme de la renonciation.

**1186.** Au vu de ces considérations, si nous devons définir une notion du secret en assurances, nous retiendrions que le secret est assimilé à une information confidentielle susceptible de circuler et d'être communiquée tant dans l'intérêt de la relation contractuelle que celui de l'ordre public, ce qui restreint considérablement l'acceptation de la définition du secret entendue au sens large, ou commun du terme. A cet égard, le secret ainsi défini, perd sa dimension « humaine » au sens des caractéristiques liées à ce qu'il y a de plus personnel et de plus intime chez une personne pour céder le pas devant des intérêts économiques et à l'intérêt général.

En ce sens, le silence est ce qui se rapprocherait le plus de la définition sémantique du secret, à savoir, un fait mûrit en pensée et volontairement dissimulé en ne le portant pas à la connaissance de son cocontractant.

**1187.** C'est la raison pour laquelle il nous semble que le secret est désacralisé et perd de sa substance en assurance. Il peut être levé dans l'intérêt général, il peut être contourné dans l'intérêt contractuel, et même s'il est légalement protégé et donc, légitime en bénéficiant à ce titre d'une protection autonome, l'assuré sera incité à ne pas exercer son droit au secret sous peine d'être présumé avoir été de mauvaise foi.

Mais si l'assuré « perd » son droit au secret quand il s'engage dans la relation d'assurance, en contrepartie, il gagne la garantie de voir son risque assuré.

**1188.** Au vu de la thématique de notre étude tendant à rechercher si le secret en assurance peut relever d'un régime unique, il semble que toutes les formes de secrets qu'ils soient protégés ou non, auront vocation à relever du principe de la loyauté et de la bonne foi.

Dès lors, pour reprendre notre métaphore du secret, si Janus à deux visages susceptibles de porter plusieurs masques, il n'a qu'une seule tête, et ce, à l'image des secrets qui en assurance pourront revêtir autant de formes que possible, ils auront toujours vocation à relever d'un régime unique placé sous les auspices de la bonne foi contractuelle qui en assurance mérite bien son vocable « d'uberrimae fidei ».

## **Bibliographie**

### **Bibliographie droit général**



\* **AUBERT (J. L)**

« La responsabilité civile des notaires », Répertoire du notariat, éd. Defresnois 4<sup>ème</sup> édition 2002

\* **CARBONNIER (J.)**

« Droit civil, Les personnes » PUF, coll. Thémis droit privé, 22<sup>è</sup> éd. 2000.

\* **CORNU (G)**

« Vocabulaire juridique », 7<sup>ème</sup> éd. PUF Association Henri Capitant, collection Quadrige, PUF, 2001

\* **CONTE (P.)**

« Droit pénal spécial » éd. Litec, 2003

\* **GARÇON (E.)**

« Le code pénal annoté » Tome II, Livre III ; Librairie Sirey éd. 1956

\* **GHESTIN (J.)**

« Traité de droit civil, La formation du contrat » 2<sup>è</sup> éd. LGDJ 1994

« Traité de droit civil, Les obligations, le contrat, » 2<sup>è</sup> éd. LGDJ 1994

\* **GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.)**

« Traité de droit civil, Les effets du contrat », 3<sup>è</sup> éd. LGDJ 2001.

\* **FLOUR (J.), AUBERT (J. L.) et SAVAUX (E.)**,

« Les obligations t.1, L'acte juridique », éd. Sirey Dalloz 2008.

\* **FRAYSSINET (J.)**

« Informatique, fichier et liberté », préface J. FAUVET, éd. Litec 1992.

\* **JOURDAIN (P.)**

« La bonne foi » Travaux Association H. CAPITANT, T. XLIII, Litec 1994.

\* **LARROUMET (C.)**

« Les obligations, le contrat 1<sup>re</sup> partie », éd. Economica 2007.

\* **LOIRET (P.)**

« La théorie du secret médical », éd. Masson 1988

\* **MALAURIE (P.) et AYNES (L.) STOFFEL MUNCK (P.)**

« *Les obligations* », 4<sup>ème</sup> éd. Defrénois 2009.

\* **MERLE (R.) et VITU (A.)**

« Traité de droit criminel »

\* **MOUSSA (T.)** (Sous la direction de) **ARBELLOT (F.), DELBANO (F.), LORIFERNE (D.), MARTIN (J.P.), MATET (P.), SALATI (O.), VIGNOT (V.)**

« *Droit de l'expertise* », Dalloz action éd.2009-2010.

\* **PLANIOL et RIPPERT,**

« Traité de droit civil », T.XI, contrats civils, éd. LGDJ, 1954,

« *Droit civil français* » T.VI, éd. LGDJ, 1952, par P. ESMEIN

\* **RASSAT (M. L.)**

« Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers » ; Dalloz 3<sup>ème</sup> édition 2001.

\* **LE TOURNEAU (Ph.)**

« *Droit de la responsabilité et des contrats* », éd. Dalloz Action 2004 2005.

\* **TERRE (F.) SIMLER (P.) LEQUETTE (Y.)**

« *Droit civil, les obligations* » Précis Dalloz éd. 1999.

\* **VINEY (G.), JOURDAIN (P.)** sous la direction de **GHESTIN (J.),**

« *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité* », LGDJ , 3<sup>ème</sup> édition,.

\* **VITU (A.)**

« Droit pénal spécial » Cujas 1982.

\* **STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER ( L.),**

« *Droit civil, Les obligations 2, Le contrat* », éd. Litec 1998.

## **Bibliographie droit des assurances**

### **Ouvrages spéciaux, thèses, monographies**

\* **ABRAVANEL-JOLLY (S.)**

« La protection du secret en droit des personnes et de la famille », Octobre 1999,  
thèse Lyon 3

\* **ASTEGIANO-LA RIZZA (A.)**

« L'assurance et les tiers. Variations sur le thème de la complexité des relations contractuelles » préface de L. MAYAUX, Defrésnois, collection des thèses, t. 6, 2004.

\* **MORET-BAILLY (J.)**

« *Essai sur les déontologies en droit positif* » Thèse de droit, Saint-Etienne 1996.

\* **BEIGNER (B.)**

« Droit du contrat d'assurance » Collection droit fondamental, PUF, éd. 1999,

\* **BERR (C.J.) et GROUDEL (H.)**

« Les grands arrêts du droit des assurances », Sirey 1978.

\* **BERTRAND (F.)**

« Essai sur l'opposabilité des contrats aux tiers », thèse 1977 (dactyl.) Paris II.

\* **BIGOT (J.) et LANGÉ (D.),**

« Traité de droit des assurances », T.2, La distribution d'assurance, éd. L.G.D.J. 1999.

\* **BIGOT (J.)** (Sous la direction de)

« Traité de droit des assurances », T 3, Le contrat d'assurance, éd. LGDJ. 2002.

\* **BIGOT (J.) LANGÉ (D.) et RESPAUD (J-L.),**

« Traité de droit des assurances », L'intermédiation d'assurance, éd. L.G.D.J. 2009.

\* **CAS et BOUT**

« Droit économique » éd. Lamy, 1993 n° 7402

\* **CREUSOT (G.), DUMASDELAGE (G.), CARBONNIÉ (C.), ROUGÉ (D.)**

« Expertises médicales, Dommages corporels, assurances de personnes, organismes sociaux », 6è éd. 2006 Masson, p.3

\* **CURTOVICI (J.)**

« La stipulation pour autrui au profit de personnes indéterminées et de personnes futures » Thèse Paris 1910.

\* **DEVERS (G.)**

« Pour une réforme de l'ordre des médecins - contribution théorique et pratique à l'étude de l'institution ordinale » Thèse Lyon III, 2005.

\* **ELIASHBERG (C.),**

« Risques et assurances de responsabilité civile », Les fondamentaux de l'assurance, L'ARGUS, 5è éd. 2006, p. 125.

\* **EL GHARBI (M.)**

« L'obligation d'information dans les contrats » Thèse Paris 1994

\* **FABRE MAGNAN (M.)**

« De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie », thèse LGDJ, 1992.

\* **FAGES (B.)**

« Le comportement du contractant » thèse Aix - Marseille, 1997, préface de J. MESTRE

\* **FAVRE-ROCHEX (A.) ET COURTIEU G.)**

« Le droit du contrat d'assurance terrestre », LGDJ, 1998

\* **GAVALDA et STOUFFLET**

« Droit du crédit », T. 1 éd. Litec

\* **GOSSOU (S.)**

« La distribution de l'assurance par les banques », thèse Université Paul Cézanne Aix Marseille III, PUAM 2006.

\* **GOUTAL (J.L.)**

« Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat » thèse LGDJ 1981, préface de BATTIFOL H;

\* **GROUDEL ( H.)**

« Le contrat d'assurance », éd. Dalloz, connaissance du droit, 1997

\* **GROUDEL (H.), LEDUC (F.), PIERRE (P.), ASSELAIN (M.)**

« Traité du contrat de l'assurance terrestre », préface de G. DURRY, éd. Lexis Nexis Litec 2008.

\* **HUET (J.)**

« Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation des deux ordres de responsabilités » thèse Paris II, 1978

\* **LABRUSSE RIOU (C.), TRUCHET (D.) (sous la direction de) et LAUDE (A.), MATHIEU (B.), TABUTEAU (D.)**

« Droit de la santé » éd. Thémis PUF. 2007

\* **LAMBERT FAIVRE (Y.) et LEVENEUR (L.)**

« Droit des assurances » précis Dalloz 11<sup>e</sup> éd. 2001.

« Droit des assurances » précis Dalloz, 12<sup>ème</sup> édition 2005

\* **LAMBERT FAIVRE (Y.)**

« Droit du dommage corporel », précis Dalloz édition 1999.

« Droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation », 4<sup>ème</sup> éd. Dalloz 2000, n°51.

\* **LANDEL (J.) ET CHARRE-CERVEAU (M.)**

« Lexique des termes d'assurance » préface de Y. Lambert- Faivre. éd. L'Argus 2000

\* **LANDEL (J.)**

« Lexique des termes d'assurance », préface de Y. Lambert-Faivre. 5<sup>ème</sup> éd. L'Argus des assurances 2007.

\* **Le BRAY**

« Des rapports de la stipulation pour autrui avec la gestion d'affaires », Thèse Paris, 1899.

\* **MOUTERDE (R.),**

« Le consensualisme et la détermination des risques garantis dans le contrat d'assurance » Thèse Lyon III, 1992.

\* **NAMOUR (F.)**

« *Les conventions de secret* », Thèse Montpellier 1992.

\* **NICOLAS (V.)**

« Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance », Thèse LGDJ.

\* **PARDESSUS (C.), MONIN (I.) LAFIN (J.), LANDEL (J.) COUTIN (S.)**

« L'intermédiation en assurance », éd. L'Argus 2007, p. 184.

\* **PELLÉ (S.)**

« La notion d'interdépendance contractuelle, contribution à l'étude des ensembles de contrats », thèse Paris 2007, préface de J. FOYER et M. L. DEMEESTER, éd.

Nouvelle bibliothèque de thèse Dalloz.

\* **PICARD (M.) et BESSON (A.)**

« Traité général des assurances terrestres », Tome I, éd. LGDJ, 1938 ;

« Traité général des assurances terrestres » tome I, Le contrat d'assurance, LGDJ, 1982

\* **PONGE (J.C.)**

« Les sanctions en droit des assurances », collection La justice au quotidien, éd. L'Harmattan 2005.

\* **PORCHY (S.),**

« Volonté du malade et responsabilité du médecin », 1994, Thèse Lyon III.

\* **PORTES (L.)**

« À la recherche d'une éthique médicale », éd. MASSON 1954.

\* **RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD,**

« Droit bancaire » précis Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd. 1995

\* **VUILLEMIN GONZALEZ (C.)**

« *L'obligation de non divulgation* » Thèse 2000, Université de Perpignan.

## **Bibliographie numérique**

### **\* Répertoire Dalloz**

**CERVEAU (B.)**, Assurance de protection juridique.

**MAYAUX (L.)**, Les assurances terrestres.

**KULLMANN (J.)**, Les assurances de personnes.

**LE TOURNEAU (Ph.)**, la bonne foi,

**LE TOURNEAU (Ph.) POUMARÈDE (M)** Bonne foi (Janvier 2009).

**PORCHY (S.)**, Droit pénal de l'assurance.

**LARROUMET (C.) et MONDOLONI (D.)**, La stipulation pour autrui.

**TALLON (D.)**, Droits de la personnalité, Protection des différents éléments de la personnalité.

**AMBROISE- CASTEROT (C.)** 'L'aveu'

**B. PY**, Secret professionnel,

### \* **Juris. Cl. Num.**

**V. PELTIER**, Pénal, Article 226-13 et 226-14, Fasc. 20 « *Révélation d'une information à caractère secret* »

**F. GRUA**, J. Cl., Banque, fasc. 335-10, « Banquier responsabilité civile d'ordre générale ».

**FAVRE-ROCHEX A.**, Civil, Annexes, Fasc. 520.

**P. VEAUX-FOURNERIE**, J.-Cl. Fascicule 511-5, n° 15.

Responsabilité civile et assurances, fasc. 512-2.

J. Cl. Civil, *Contrats et obligations*, fasc. n° 6

J. Cl. Responsabilité civile et assurance, fasc. n° 505-10, n°73.

J. Cl. Assurances Terrestres fasc.15-10

J.Cl. Banque *appréciation du risque de crédit à une entreprise, Sources privées d'information*. fasc. n° 180.

J.Cl. Fascicule 4710, *Brevets, Contrats de licence de savoir faire, Formes contractuelles de pourparlers, Brevets, accords de non divulgation,*

### \* **Lamy Assurance éd. Numérique, 2006, 2007, 2008**

(Sous la direction de) J. KULLMANN, E. BUS, C.E. DELAMARE-DEBOUTTEVILLE,  
R. GHUELDRE et P. POIGET

## \* Éditions législatives assurances

La fraude en assurance

Le contrat d'assurance

## Rapport et acte de colloque

\* **Ignorance et assurance**, Colloque AIDA, Paris 11 Décembre 1998, RGDA 1999 .755.

\* **Le temps et l'évolution du risque, le facteur « temps » dans l'assurance**, colloque AIDA, RGDA 2002, p. 1110 ;

\* **La déclaration du risque à l'origine et en cours de contrat**, Comité européen des assurances, 8e colloque international 1977, RGAT 1978, p. 256 ;

\* **L'information de l'assuré : insuffisances ou trop plein ?**, colloque Lyon 2006, RGDA 2007. 512.

\* **Rapport sur le secret des affaires en droit français** in « *le secret et le droit* », HOUIN, Travaux Association H. Capitant T. XXV, éd. Dalloz, 1974 p. 263.

\* **Intervention de M. le Procureur général AYDALOT**, au IVème colloque juridique de Trieste Octobre 1965, RGAT 1966 p. 115.

\* **Rapport général sur le secret fiscal**, in « *le secret et le droit* » GAUDEMET (P.M.) travaux de l'association H. CAPITANT, journées libanaises, T. XXV, D. 1975.

## Conclusions, observations, et articles

### \* **ABRAVANEL JOLLY (S.)**

- Déclaration de risque, RGDA 2006.74.

- Le secret médical en assurance de personnes, RGDA 2005. 899.

### \* **AMAR-LAYANI (B.)**

- la tacite reconduction, D. 1996. 143.



**\* AMRANI-MEKKI (S.)**

- Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription. À propos de la loi du 17 juin 2008, JCP G, I, n° 160 p.16.

**\* AMZALAC (M.)**

- Les seules exceptions au secret médical, Gaz Pal. 1971, doct. p.113

**\* ANCEL (F.)**

- La loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, Gaz.pal. 12 juillet 2008, p. 2.

**\* ARCHER (V. E)**

- Les limites structurantes de la relation médecin magistrat, AJ Pénal, 2004.147

**\*ASTEGIANO-LA RIZZA (A.)**

- L'assurance et la réforme de la prescription en matière civile (loi n°2008-561, 17 juin 2008) RGDA 2008.833.

**\*BADINTER (R.)**

- le droit au respect de la vie privée, JCP 1968, I, 2136.

**\*BERGOIGNAN ESPER (C.)**

- La confidentialité des informations de santé peut-elle tenir face à la protection d'autres intérêts légitimes ? Le respect du secret médical dans la législation de notre pays : réalité ou illusion ? D.2008.1918.

**\* BERR (C. J.) et GROUTEL (H.),**

- Une coexistence difficile : clause de transaction et clause de déchéance dans l'assurance de responsabilité, D.1971. 121.

**\* BEIGNER (B)**

- Secret médical et assurances de personnes, D. 1999. 469.

- Déclaration de risque et bonne foi dans le contrat d'assurance, D. 1996. 56.

- La notion de suicide volontaire et conscient en matière d'assurance de personnes, D 199.42.

- Suicide et conscience des conséquences, en droit des assurances, D. 2006. 118.

\* **BELORGEY (J.M)**

- La convention BELORGEY : deux ans après..., Médecine et droit n° 61 2003 p. 103-104.

\* **BICHOT (P.)**

- Le secret médical un outil redoutable à la disposition des assurés de mauvaise foi, Lamy assur. Bull. actu. Déc. 2004.

\* **BIGOT (J.)**

- La loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du Code des assurances à l'ouverture du marché européen, JCP éd. G 1990, I, n° 3437 ;  
- Protection des droits de la personnalité et liberté de l'information, D. 1998. 235  
- La loi Châtel et l'assurance : une loi inutile ?, JCP 2005, actual. 82  
- La loi du 7 janvier 1981 et l'assurance vie, JCP G 1981, I, 3047

\* **BOCQUILLON (Ph.) et REPIQUET (Y.),**

- L'assurance protection juridique : un défi pour la profession d'avocat, Gaz. Pal. 7 au 9 nov. 2004, n° 312, p. 16.

\* **BONNARD (J.)**

- L'assurance de protection juridique et la portée du principe du libre choix de l'avocat par l'assuré, D. 2000. 343.

\* **BOUT (R.)**

- Les vices du consentement et droit du contrat d'assurance » in Mélanges offerts à Jean Luc Aubert.

\* **CAË (Y. Le)**

- Prescription biennale en droit des assurances : une règle imparfaitement maîtrisée, Gaz. Pal. 31 décembre 1995.  
- Le concert frauduleux entre un assuré et un agent général doit-il engager automatiquement la responsabilité de l'assureur, Gaz. Pal. 1996, p. 177  
- Assureur agent général, courtier : Le nouveau régime de l'exercice du droit, Gaz. Pal. 27 juillet 1997.

\* **CARON (C.)**

- Le caractère anodin de l'information chasse la vie privée D.2004.1633

\* **CATALA**

- Ébauche d'une théorie juridique de l'information, D. 1984. 97.

\* **CAUCHY (M.) et DIONISI PEYRUSSE (A.)**

- Le droit au secret médical et son application en matière d'assurance, D. 2005.1313.

\* **CAYOL (J.)**

- Accès au droit et protection juridique, Gaz. Pal. 6 Octobre 2001, p. 47.

\* **CERVEAU (B.)**

- Commentaire de la loi n° 2007-210 du 19 février 2007 portant réforme de l'assurance de protection juridique, RGDA 2007.547.

- Protection juridique : libre choix de l'avocat, Gaz. Pal. 27 et 28 sept. 2000, p. 4.

\* **CHAINE (S.) et IWANESCO (M.)**

- Le bénéfice du contrat d'assurance, JCP N, VIII, 2000, p. 377

\* **CHAPUISAT (F.)**

- L'utilisation de la lettre recommandée en droit des assurances, RGAT 1981. 477.

- La renonciation de l'assureur dans le cadre de la loi de 1930, RGAT 1974.443.

- La renonciation de l'assureur aux prérogatives du Code des assurances, RGAT 1993.483.

\* **CHOISEZ (S.)**

- L'obligation d'information en matière d'assurance sportive, ou la cohérence bottée en touche, Resp. civ. et assur. 2003, chr. n°3.

- Le secret médical et la preuve de la fraude rapportée par le médecin-conseil de la compagnie d'assurance, D. 1998.117.

\* **COURROUY (J.)**

- Le droit des parties au contrat d'assurance (Loi n° 89-1014 du 31 Décembre 1989) D. 1990. 190.

\* **COURTIEU (G.)**

- A propos de risques nouveaux et d'aggravation, Gaz. Pal. 24 Mars 1996, n° 84 p.2-4.

- Un suicide raté, ou lorsque le législateur se tire une balle dans le pied, Gaz. Pal. 1999, I, doctr. p. 61.

- Assurance de dommage à l'ouvrage, la prescription à la recherche d'un point fixe, Resp. civ. et assur. 2000, chr.n° 4.
- Le double piège de l'article L.122-2 du Code des assurances, Gaz. Pal. 17 Septembre 1997, n° 260 p. 4-6.
- Secret médical : secret défense ou secret de polichinelle ? Resp. civ. et assur. 1999 chron. n° 13 op. cit.

**\* CRÉDOT (F. J.)**

- Le secret bancaire : son étendue et ses limites, la fourniture de renseignements commerciaux par les banques, LPA 17 fév. 1993, note n° 5, p. 10.

**\* CROQUEZ (G.)**

- L'assuré menteur, Argus 1979, p. 649.

**\* DARAGON(E.)**

- Étude sur le statut juridique de l'information, D. 1998. 63.

**\* DELMAS SAINT HILAIRE (J.P.)**

- Le défaut d'assurance des véhicules terrestres à moteur : interaction entre règle pénale et règle civile lorsqu'une clause du contrat d'assurance lie la garantie à la validité du permis de conduire de l'automobiliste. D. 1991, p. 560.

**\* DEPONDT (A.) et MARCK (H.)**

- L'assurance vie et la modification de l'article 1096 du Code civil, Droit et Pat. 2006, n° 150 p. 40.

**\* DRANCEY**

- Le pouvoir d'engagement de l'agent général, RGAT 1977. 597.

**\* DUBOUT (H.)**

- La déclaration de sinistre 'pour ordre' en responsabilité civile, Argus, 1990. p. 816.

**\* DURRY (G.)**

- L'obligation précontractuelle d'information : deux coup d'arrêts salutaires, Risques n°43, juillet-septembre 2000.
- Le secret médical opposé à l'assureur : La fin des incertitudes, Risques 2005, n°61 p.132 ;

- Secret médical et preuve d'une fausse déclaration du risque, Risques n° 39, Septembre 1999 p. 120

\* **DUVAL-ARNOULD (D.)**

- Le juge civil face au secret médical, D. 2004. 2682.

\* **FAVRE ROCHEX (A.)**

- Le silence et l'assureur, Gaz. Pal. 18 Février 1995, chr.

\* **FONLLADOSA (L)**

- Déclaration de risque, RGDA 1998.59,

- La preuve d'une exclusion de garantie anéantie par le secret médical, Lamy Assur. 1998 n°39, p. 1-4.

- Le silence de l'assureur valant acceptation tacite d'une modification du contrat : vers une réforme législative. Lamy Assur. 1999, n° 54 p.2

\* **FRANÇOIS (V.)**

- Manœuvres frauduleuses de l'assureur et prescription biennale, Lamy assur. 2000.64

\* **FRISON ROCHE(M.A)**

- Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, RTD civ., 1995 p. 573.

\* **FULCHIRON (H.)**

- Assurance vie : faculté de rachat et acceptation du bénéficiaire, Droit et patrimoine 2008, n° 170 p. 84

\* **GALLOUX (J.C.)**

- Ébauche d'une définition juridique de l'information, D. 1994. 229.

\* **GAVALDA (C.)**

- Inopposabilité du secret bancaire aux officiers de police judiciaire agissant sur réquisitions du procureur de la République dans le cadre d'une enquête préliminaire, D. 1994. 402

\* **GHESTIN (J.)**

- L'incidence du décès du conjoint de l'assuré sur l'assurance vie, JCP

**\* GRAISELY (B.) et HAERTIG (A.)**

- Convention du 19 Septembre 2001 visant à améliorer l'accès à l'assurance des personnes présentant un risque de santé aggravé : commentaires et perspectives, Médecine et droit 2003, n° 61 p. 105-114 ;

**\* GROUDEL (H.)**

- Le cumul d'assurances de personnes, Resp. civ. et assur. 1991, chr., n° 10.

- De la nullité du contrat à la nullité de l'assurance dans les polices tous risques, Resp. civ. et assur. 1992, chr., n° 28.

- L'office du juge à l'égard de la réduction proportionnelle de l'article L. 113-9 du Code des assurances, Resp. civ. et assur. 1993, chr., n° 36.

- La confidentialité, Risques no 41, 2000, p. 23

- La déclaration inexacte du risque et ses éclipses, Resp. civ. et assur. 1990, chr., no 21

- Déclaration de risque, circonstance nouvelle entre la proposition d'assurance et la conclusion du contrat, Resp. civ. et Assur. 1998, n° 6, p. 23-24.

- L'adjonction d'une remorque au véhicule assuré, Resp. civ. et assur. 2000, comm. n° 27, et chron. n° 1.

- La réforme du code des assurances, Resp. civ. et assur. 1990 chron. p. 1- 9.

- L'assurance et l'emploi du véhicule personnel d'un préposé pour usage professionnel, Resp. civ. et assur. 1994, n° 2 p. 1- 3.

- Suicide de l'assuré, choisir le bon moment, Resp. civ. et assur. repère sept. 1998.

- Suicide, assurance contre les accidents corporels et charge de la preuve ; Resp. civ. et assur. 1991, chr. 21.

- L'évaluation des biens au jour du sinistre, Resp. civ. et assur. 2005, n° 7, p. 26.

- L'assurance contre les détournements, Resp. civ. et assur. 2006, n° 33 p. 25.

- L'introduction clandestine dans les assurances contre le vol : une garantie à tout faire, Resp. civ. et assur. 1989, chron. p. 20.

- Le constat amiable et la preuve du contrat d'assurance, Resp. civ. et assur. 1991, chron. p. 6.

- La faute de celui qui conduit un véhicule non assuré, Resp. civ. et assur. 1994, chron. n° 30.

- le cumul d'assurance de personnes, Resp. civ. et ass. 1991 chron. 10
- Le moment de la prise d'effet d'une modification du contrat d'assurance acceptée par le silence de l'assureur, RCA, 1996, n° 1, p. 1-2.
- L'assuré qui en avait vu de toutes couleurs, Resp. civ. et assur. 1999, chron. n° 6, comm.
- La nullité des conventions suspensives de la prescription biennale, Resp. civ. et assur. 1993, chr. n° 4.
- L'information de l'assuré : de nouvelles avancées, Resp. civ. et assur. 2005, étude n° 11.
- Propos divers au sujet de la garantie dans le temps, Resp. civ. et assur. 1994. 18
- L'extermination des clauses limitatives dans le temps de la garantie des assurances de responsabilité, Resp. civ. et assur. 1991.
- Preuve de la déclaration inexacte du risque et secret médical, Resp. civ. et assur. 2004, chr. n° 18 ;
- Secret médical et preuve d'une exclusion : expertise ordonnée par le juge, Resp. civ. et assur. 2005. 28.
- La présence de la victime à l'instance en nullité du contrat d'assurance, Resp. civ. et assur. 1993.2.

**\* GRYNBAUM (L.)**

- Déclaration inexacte du risque : secret médical : assurance sur la vie, Resp. civ. et assur. 2001. 24.

**\* HOCQUET-BERG (S.)**

- Le client de l'avocat a le pouvoir d'ôter à sa missive son caractère confidentiel, JCP G, 2006, II 10105, p.1291.

**\* HOUIN**

- Rôle et responsabilité des banques, RJ Com. n° spécial, 1977, p.359.

**\* HUET (J.) et DUPUIS TOUBOL (F.)**

- *Violation de la confidentialité des négociations*, Petites affiches, 4 avril 1990, n° 41 p.4.

**\* KULLMANN (J.)**

- De l'aménagement contractuel de la preuve du vol à la liberté de la preuve du sinistre... la Convention Européenne des Droits de l'Homme à l'assaut du contrat d'assurance. RGDA 2004. 561.

- Commentaire le rapport de la Cour de cassation 2000, RGDA 2000. 1108. 409

**\* LASCOMBES (H.)**

- Secret, confiance et assurances, JCP Notariale et immobilière, n° 42, Octobre 2007. 1260.

**\* LAMBERT FAIVRE (Y.)**

- Le sinistre en assurance de responsabilité et la garantie de l'indemnisation des victimes, RGAT 1987. 197.

- La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité : fondement et portée de la nullité des clauses « réclamation de la victime », D. 1992.13

- Le sinistre en assurance de responsabilité et de garantie de l'indemnisation des victimes, RGAT 1987.193.

- L'indemnisation des victimes post transfusionnelles du Sida : hier, aujourd'hui et demain, RTDC Janv. Mars 1993 p.1 ;

**\* LANGÉ (D.)**

- Intermédiaires d'assurances, JCP G, n° 50, 10 décembre 2003, chron. p. 2190.

**\* LEFEBVRE (L.)**

- Contrats d'assurance vie mixtes : racheter n'est pas révoqué » Lamy Dr. Civ. 2008, n° 49, p. 53.

**\* LEROY (M.)**

- Principaux apports de la loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007 relative à la recherche des bénéficiaires des contrats non réclamés, Lamy assur. 2008 n° 149, p. 1.

**\* LUSSEAU (J.F.)**

- Circonstances et modalités de l'engagement de la société par l'intermédiaire de son agent général, RGAT 1979.132.



\* **MAGNAN (S)**

- Dispositions nouvelles des conditions générales types incendie, RGAT 1982. 280 ;

\* **MALAURIE VIGNAL(M)**

- La protection des informations privilégiées et du savoir faire, D. 1997. 207.

\* **MALAURIE(P)**

- La réforme de la prescription civile, JCP G,I, n° 134 p.15.

\* **MARCHAND (A.)**

- le vol a ses raisons Lamy assur. 2004, n° 109 p.1.

\* **MARTIAL-BRAZ (N.)**

- Fausses note dans la symphonie de l'assurance vie : quand la cour de cassation joue le désaccord à l'égard du législateur sur les conséquences de l'acceptation du bénéficiaire, Les Pet. Aff. 2008, n° 98, p.13 ;

\* **MAYAUX (L.)**

- Modification du contrat d'assurance RGDA 1998, 1, p.56-59.

- Déclaration de risque : faut-il tout dire à son assureur ? note sous Cass 1<sup>re</sup> civ., 19 Juin 2001.

- Éthique et offre d'assurance, RGDA 2000. 453.

- Assurance et ordre public : à la recherche d'un critère, RGDA 2008.601.

\* **MAZEAUD (D.)**

- La bonne foi en arrière toute ? D. 2006.761 note sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 Septembre 2005.

\* **MORET-BAILLY (J.)**

- L'obligation d'information de l'avocat à l'épreuve de sa déontologie, D. 2005.2857.

\* **NOGUERO (D)**

- Questionnaire fermé, réticence dolosive et déclaration du risque du souscripteur d'un contrat d'assurance, D. 2007. 1635.

- Liberté de la preuve du sinistre ou conditions du jeu de la garantie vol ? à propos d'un arrêt de la deuxième chambre civile de la cour de cassation du 10 mars 2004, Resp. civ. et assur. 2004. 9, p. 11.

**\* ORST (G.)**

- Secret médical et recherche de l'état antérieur en assurance de personne, Revue fr. dommage corp. 2002-1, p. 47.

**\* PEANO (M.-A)**

- *Fraus omnia non corrumpit*, Resp. civ. et assur. 1993. 22.

- Un souci de cohérence dans la jurisprudence relative à l'étendue de la garantie dans le temps, Resp. civ. et assur. 1996.3.

- le secret médical et les exigences de la preuve en matière d'assurance, Resp. civ. et assur. 1993, n° 11, p. 2-3.

**\* PENNEAU (J.)**

- L'obligation au secret professionnel du médecin, devoir de son état, D. 1991, Somm. comm. p.360

- De quelques incidences du secret médical sur l'expertise judiciaire, dossier le secret professionnel : quelles évolutions ?, AJ Pénal avril 2009.169.

- Étendue du secret médical, D. 1999.381.

- Panorama droit médical, D. 2005.403.

- Droit médical Décembre 2006- Novembre 2007, D.2008.506.

**\* PETIT (C.)**

- La séropositivité doit être déclarée lors de la conclusion du contrat d'assurance », note sous l'arrêt Cass 1<sup>re</sup> civ., 7 Octobre 1998,

**\* PETRONI - MAUDIÈRE (N.)**

« Assurance vie mixte : acceptation du contrat et droit de rachat » Rép. Defresnois, 2008, n° 12.1332.

**\* PICARD (M.)**

- La connaissance par l'assureur des faits omis ou inexactement déclarés par l'assuré, RGAT 1935. 14 ;

- La clause d'incontestabilité dans les polices d'assurance sur la vie et la loi du 13 juillet 1930, RGAT 1932. 236

**\* PIOT (J.)**

- Les renseignements bancaires et le secret professionnel, RTD Com, 1977 p. 349.

**\* PRADEL (J.)**

- La fraude à l'assurance, aspects de droit pénal, L'Assurance mutuelle 1990, p. 41.

**\* PUJOL (N.)**

- L'appropriation de l'information : l'éternelle chimère D. 1997. 30.

**\* REBUT (D.)**

- De la prétendue autorité de chose jugée des condamnations pénales en matière de faute intentionnelle, Resp. civ. et assur. 1997, chron. n °12.

**\* RÉTIF (S.)**

- Proposition de loi sur la recherche de bénéficiaires de contrats non réclamés, Resp. civ. et assur. 2007.3.

**\* ROBINEAU (M.)**

- Volonté du souscripteur et acceptation du bénéficiaire : un subtil pas de deux, D. 2005 n°42. 2928.

**\* ROUSSEAU (N.)**

- La séropositivité muette n'est pas une maladie, Assur. Fr. 199- n° 720, Cahiers de jurisp. n° 55.

**\*SARCELET (J. D.)**

- La confidentialité des informations de santé peut-elle tenir face à la protection d'autres intérêts légitimes ? Le rôle du juge dans la confrontation des intérêts légitimes en présence, D.2008.1921.

**\* SARGOS (P.)**

- Difficultés juridiques posées par la note de couverture et définition du sinistre en assurance de responsabilité, JCP édition numérique 2005, n° 22452. CA Lyon 2 Octobre 1980, Gaz.Pal. 1983.1, somm. 185

- La doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation relative à la prescription en droit des assurances, RGDA. 1996.545 ;

- Assurance et secret professionnel, Lamy dr. Aff. n°34, n°41 p. 2124 ;

- Assurance et secret professionnel : de l'opposition à la réconciliation, Lamy assur. Bull. A, Décembre 2000, p.3.

- Les principes d'immunité et de légitimité en matière de secret professionnel médical, JCP 2004, I, 87.

\* **STAES (O.)**

- Secret bancaire et impératif de justice.

\* **SYNVET (H.)**

- Le juge civil face au secret bancaire, D. 2003.340.

\* **TOURNEAU (Ph. Le)**

- les professionnels ont-ils du cœur ?, D. 1990. 21.

- De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil, D. 1987. 101.

\* **TRASBOT**

- Commentaire de la loi de 1930, D. 1931.32.

\* **VASSEUR (M.)**

- Le secret bancaire, en matière civile et commerciale, ne peut être levé que dans les cas énumérés limitativement par la loi bancaire, D. 1994.328.

- Secret bancaire et conditions de refus de prêt, D. 1994. 328.

## **Commentaires de jurisprudence**

\* **A. B**

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 25 mai 1977, RGAT 1977.497.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 janvier 1979, RGAT 1979.490 (1<sup>re</sup> espèce).

CA Nancy, 8 janvier 1951, RGAT 1951.179.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 décembre 1979, RGAT 1980. 401.

CA Lyon, 8 novembre 1948, voir RGAT 1949. 152.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 février 1964, RGAT 1964. 502.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 mai 1965, RGAT 1966. 204.

Cass 1<sup>re</sup> civ., 21 Novembre 1966, RGAT 1967.365.

\* **ABRAVANEL-JOLLY (S.)**

Cass.2<sup>e</sup> civ., 30 mai 2007, n°08-14410, RGDA.2007.596.

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 février 2007, RGDA 2007.327.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 Juin 2004, n° 01-02.338, RGDA 2005.899.

**\* AUBERT (J. L.)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Décembre 1988, RGAT 1989. 394,

Cour d'Appel de Paris le 17 Février 1989, RGAT 1989, RGAT 1989.405.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Mai 1997, D. 1997.351.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Mai 1997, D. 1997. 352.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juin 1992, D. 1992.493.

Cass 1<sup>re</sup> civ., 18 Mars 1986 , RGAT 1986.204.

**\* AVENA-ROBARDET (V.)**

Cass. com. 8 juillet 2003, D. 2003.2170.

Cass. com. 25 février 2003, D. 2003. 1162.

**\* AYNÈS (L.)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 juillet 1989, n° 87-13.800, RGAT 1990.175.

**\* BEIGNIER (B.)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2000, n°, (Kerbrat) D. 2000. 574,

**\* BERR (C.J.)**

Cass.1<sup>re</sup> civ., 29 novembre 1988, D. 1989. 243.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 novembre 1995, D.1996.187.

Cass. com., 7 avril 1987, D. 1988. 156.

**\* BERR (C.J) et GROUTEL (H.)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 Juin 1980 , n° 79-12.074, D 1981. 88

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juin 1980. D. 1981. 88

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 juin 1984, D. 1985. 192.

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 17 juillet 1980, D. 1981. 117.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 janvier 1981, D. 1982. 98.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 avril 1977, D. 1977. 462.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 novembre 1978 D. 1979. 194. 2<sup>ème</sup> espèce

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 mars 1977, D. 1977. 464.

Cass.1<sup>re</sup> civ., 5 décembre 1978, D. 1979.401.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 mars 1981, D. 1982. 97.

**\* BESSON (A.)**

Cass 1<sup>re</sup> civ., 2 Novembre 1954. RGAT 1955.37.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 Février 1969, RGAT. 504.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 Avril 1965, RGAT 1965. 459

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 Octobre 1968, RGAT 1969. 218.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 septembre 1983, RGAT 1984.193.

Cass.1<sup>re</sup> civ., 4 Juin 1945, RGAT 1945.151.

Cass.1<sup>re</sup> civ., 20 Juillet 1942, RGAT 1942.355,

Cass.1<sup>re</sup> civ., 28 Février 1944, RGAT 1944.162

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 Mai 1976 ; RGAT 1977.190.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 janvier 1980, RGAT 1980.348.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Novembre 1974, JCP 1975, II, 18025.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juillet 1980 JCP 1980, II, 19566.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juillet 1941 ; DC 1943.57.

**\* BERTOLASO (S.)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 Juin 1993, RGAT 1993.320.

**\* BIGOT J.**

Cass.1<sup>re</sup> civ., 16 Février 1988, n° 86-12.236, RGAT 1988. 473

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 Octobre 1985, RGAT 1986. 367

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 Juin 1972, RGAT 1973. 32.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 Mai 1991 et 2 Juillet 1991 ; RGAT 1991. 331.

T. cm. Manosque, 18 Juin 1985, RGAT 1986. 93.

Cass.1<sup>re</sup> civ., 27 février 1990, RGAT 1990. 523.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 mars 1986, RGAT 1986. 336.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 Janvier 1993 ; RGAT 1993. 357.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 mai 1988, RGAT 1988. 476.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juin 1988, RGAT 1988.788.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 juillet 1996, RGDA 1997. 910.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 juillet 1996, RGAT. 1996. 910.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 mai 1990, RGAT 1991.48.

TGI Paris, 18 déc. 1989, RGAT 1991. 140.

\* **BIZOT (M.)**

TGI Belfort 23 mars 1999, RGDA 1999.2

\* **BOUT (R.)**

Cass.1<sup>re</sup> civ., 13 Octobre 1987, RGAT 1988.108

Cass. civ., 18 février 1987, RGAT 1987.271.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 février 1987, RGAT 1988. 98.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 février 1987, RGAT 1988. 98.

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 22 juillet 1986, RGDA 1986. 595.

\* **BRETON (A.)**

Cass. soc. 14 mars 1947, D. 1947.393.

\* **CABRILLAC et RIVES-LANGE**

CA Paris 23 avril 1976, RTD Com. 1977.346.

\* **CHAPUISAT (F.)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 Juillet 1986, RGAT 1986. 560.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 Février 1986 ; RGAT 1986. 201

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 juin 1986, n° 84-17.293, RGAT 1986. 383.

\* **CHARDIN (F.)**

Cass 1<sup>re</sup> civ., 6 Janvier 1994, RGAT 1994. 474.

Cass.1<sup>re</sup> civ., 10 juin 1997, RGDA 1997.1003.

\* **CHOISEZ (S.)**

Cass 1<sup>re</sup> civ., 10 Décembre 1996, D. 1998. 117.

\***CLERGERIE (J.L.)**

CJCE 5 octobre 1994, D.1995.421.

\* **D.B.**

CA Paris, 15 février 1957, JCP 1958, II, 10418.

\* **DERIEUX (E.)**

CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. A, 27 mai 1997, JCP 1997, II, 22894.

**\*DEVÈZE**

TGI Paris 12 octobre 1988, JCP 1989, II, 21253.

**\* DIEU (F.)**

TA Nice, 9 Mars 2007, AJDA 2007.1089.

**\* DOLL (P.J.)**

Cass. crim., 17 Mai 1973, D.1973. 582.

**\* DURRY (G.)**

Cass. crim. 28 Janvier 1974 n° 74-91.423, D.1976.61.

Cass. civ., 3 avril 1984, JCP G 1985, II, 20509.

**\* DUVAL ARNOULD (D.)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 juin 2004, D. 2004. 2682.

**\* FAVRE ROCHEX (A.)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 Mai 2000, RGDA 2000. 808.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 Avril 2000, n° 97-22. 560, RGDA 2000. 816

Cass 1<sup>re</sup> civ., 16 Février 1994, RGAT 1994. 466

Cass 1<sup>re</sup> civ., 26 Janvier 1995, RGAT 1995. 314,

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 Juin 2000, n° 97-20.917 ; RGDA 2000. 816

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 Mars 1998, RGDA 1998. 253

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 Octobre 1998, RGDA 1999. 192

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 Mars 1998, n° 95-21.986 RGDA 1998.253

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 Novembre 1999 Gaz. Pal. 30 Août 2000, p. 24

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 septembre 1997, RGDA 1997. 1072

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 Mai 1999 , RGDA 1999. 570.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 septembre 1997, RGDA 1997. 1072.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 juin 2000, n° 98-22.087, RGDA 2000. 816.

**\* FLÉCHEUX (G.)**

Cass. crim. 17 juin 1980, JCP 1982, II, 9721.

**\* FONLLADOSA (L.)**

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 juillet 2004, n° 03-14.726, RGDA 2004. 926.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 Janvier 2004, n° 04- 19. 402. RGDA 2004.352



Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 Juin 1997, RGDA 1997. 1009,  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 Septembre 1997 RGDA 1997. 1008.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 Mars 2000 RGDA 2000. 494.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 Juin 1997, RGDA 1997. 1009.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 Mars 1998 ; RGDA 1998.303  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juin 1999, RGDA 1999. 999.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 janvier 2002, n° 99-12.044, RGDA 2002.355,  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 Octobre 2002, n°99-16.749, RGDA 2003.43.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 Mars 1998, RGDA 1998. 303.  
Cass. 2<sup>e</sup>, civ., 15 juin 2000, RGDA 2000.1089.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> février 2000, RGDA 2000. 609.

**\* FORTIS (E.)**

Cass. crim. 30 janvier 1995, RGAT, 1995. 454.  
Cass. crim. 11 Mai 1993, RGAT 1993.4.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 Avril 1994, RGAT 1994. 885.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 Octobre 1996, RGDA 1997. 584.

**\* FULCHIRON (H.)**

Cass. Ch. mixte 22 février 2008, n° 06-11.934, Droit et patrimoine 2008, n°170. 84

**\* GALVADA**

Cass. crim. 30 Septembre 1991, D.1992. 323.

**\* GIBIRILA (D.)**

Cass. com. 8 juillet 2003 JCP 2004, II, 10068.

**\* GRIDEL et CHAZAL**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 avril 2002, D. 2002.1860.

**\* GROUDEL (H.)**

Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 22 mai 2002, n° 0012.419 Resp. civ. et assur. 2002. Comm. n° 275.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 septembre 1997, Resp. civ. et assur. 1997 comm. n° 381,  
TGI Rouen 24 novembre 1988, RGAT 1989. 536.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 mars 1998, n° 95-21.986 Resp. civ. et assur. 1998, com. n° 215,  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 novembre 1999, Resp. civ. et assur. 2000, comm. n° 27

Cass. crim. 7 décembre 1999, Resp. civ. et assur. 2000, Comm. n° 131  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 mars 2004, n° 01-02.627 Resp. civ. et assur. 2004, com. n° 131.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 janvier 1985, n° 83-14.742, Resp. civ. et assur. 1985, comm. 348 ;  
chron. n° 24  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 octobre 1987, D. 1988. 160,  
Cass. 1<sup>re</sup> civ. 17 novembre 1998, Resp. civ. et assur. 1999, comm. n° 25.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 février 1989, Resp. civ. et assur. 1989, com. n° 161 et chr. 14.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 janvier 1992, n° ??, Resp. civ. et assur. 1992, chr. n° 12.  
Cass 2<sup>e</sup> civ., 12 mai 2005, n° 03-20.993, Resp. civ. et assur. 2005, n° 7, p.26.  
Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 septembre 2005, n° 04-10.502, Resp. civ. et assur. 2006, n° 33  
p.25.  
Cass. com., 4 février 2003, n° 98-22.961, Resp. civ. et assur. 2003, comm. n° 215.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mai 1997, Bull. civ. I, n° 153 ; Resp. civ. et assur. 1997, comm.  
319.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 octobre 1994, Resp. civ. et assur. 1994, com. n° 37  
Cass. 3<sup>e</sup> civ., 17 octobre 2007, n° 06-17.608, Resp. civ. et assur. 2007 p.29  
Cass. crim, 18 septembre 2007, n° 06-84.807, Resp. civ. et assur. 2007, p. 29.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ. 13 mai 1997, Resp. civ. et assur. comm. n° 386.  
Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 octobre 2005, Resp. civ. et assur. 2006, comm. 43.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 octobre 1993, Resp. Civ. et assur. 1994, comm. n° 26.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 novembre 1996, Resp. civ. et assur. 1996. 75.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 octobre 1991, Resp. civ. et assur. 1991. 434.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ. 26 novembre 1996, Resp. civ. et assur. 1997, comm. n° 75.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 mai 1987, D. 1988. 155.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 octobre 1987, D. 1988. 159.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ. 17 juillet 1985, D. 1987. 38.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 décembre 1998, D. 1999.223.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ. ,7 mars 1989, Resp. civ. et assur. 1989. 210 .  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juillet 1997, n° 95-17.548, Resp. civ. et assur. comm. n° 316  
Cass 2<sup>e</sup> civ., 22 Janvier 2004, n° 02-20.532; Resp. civ. assur. n° 117.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 décembre 2004, D. 2005.1317.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 juin 2004, Resp. civ. et assur. 2004, comm. n° 18.

**\* GRYNBAUM (L.)**

CA Paris, 7<sup>e</sup> ch. A, 15 mai 2001, Resp. civ. et assur. 2001, comm. n° 276,

CA Caen 5 Décembre 2000, Resp.civ. et assur. 2001 n° 207 p. 24.

**\* GUILHO (P.)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 juin 1992, D. 1993. 421.

**\* GULPHE**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 Mars 1986, JCP 1986, II, n° 20629.

**\* HAUSER (J.)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 juin 2004, RTD civ, 2005, p. 99.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2000, RTD civ. 2000.304.

Cass. com. 15 mai 2007, RTD civ., 2007.753.

CEDH 10 octobre 2006, RTD civ., 2007.95.

**\* HAUTEVILLE (A. D'.)**

Cass. crim. 1<sup>er</sup> juin 1992, RGAT, 1992. 825.

Cass. crim., 23 mars 1992, n° 90-583, RGAT.828.

**\* P. HENNION- JACQUET**

Cass.2<sup>e</sup> civ., 2 Juin 2005, n° 04-13509, Revue de droit sanitaire et social 2005.673.

**\* KULLMANN (J.)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 Mai 2002, n° 00.12- 419, RGDA 2002. 686

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 Avril 1991, RGAT 1991 p. 418.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 Juillet 2002, RGDA 2002. 958.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Décembre 1988, RGAT 1989. 126

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Décembre 1988, RGAT 1989.127.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 Juillet 2002, n° 99-21. 601, RGDA 2002. 958.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 Novembre 1999 n° 97-19 022, RGDA 2000.55

Cass. crim. 9 décembre 1992, RGAT 1993.283,

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 juillet 1996, n° 94-15.294, RGDA 1997.106.

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 Octobre 2006, RGDA 2007. 51.

Cass. crim. 19 Avril 1989 n° 88-80.179, RGAT 1989. 542,  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 novembre 2001, RGDA 2002. 92.  
Cass.1<sup>re</sup> civ., 10 décembre 1991, n° 90-14.218, RGAT 1992.365.  
Cass 1<sup>re</sup> civ., 17 décembre 1991, n° 89-17.299, RGAT 1992. 365.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 janvier 1985, n° 83-14.742, RGDA 2000. 1055.  
Cass.1<sup>re</sup> civ., 17 décembre 1991, RGAT 1992.364.  
Cass.1<sup>re</sup> civ., 24 mars 1987, RGAT 1987. 472.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 Octobre 1996, RGDA 1997. 224  
Cass civ. 1<sup>re</sup> 9 Décembre 1992, RGAT 1993. 367.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ.13 mai 1997, RGDA 1997. 750  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mai 1995, RGAT 1995. 569,  
Cass.2<sup>e</sup> civ., 8 juillet 2004, n° 03-14.726, RGDA 2004. 928.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 mai 1989, RGAT 1989. 423.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 avril 1999, n° 97-11.665, RGDA 1999. 575.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 mars 1989, RGAT 1989. 423.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 Février 1989, RGAT 1989.421.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 Octobre 1996, RGDA 1997. 156.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 Avril 1989, RGAT 1989. 542.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 novembre 2003, n° 01-14.942, RGDA 2004.949.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juin 2001, RGDA 2001.675.  
Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 mars 2004, n° 03-10.154, RGDA 2004. 561.  
Cass.1<sup>re</sup> civ., 19 décembre 2000, n° 99-18.380, RGDA 2001.44.  
Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 mars 2004, n° 03-10.154, RGDA 2004. 561.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 Janvier 1995, RGAT 1995. 152.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Mai 1997, RGDA 1997.829.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 Octobre 1994, RGAT 1994. 1122.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 novembre 1995, RGDA 1996.278  
Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 septembre 2007, n° 06-15159, RGDA 2008. 66.  
Cass. 2<sup>e</sup> civ. 26 octobre 2006, n° 04-17865, RGDA 2007.53.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 février 2003, RGDA 2003. 439.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 juillet 2002, n° 00-14.115, RGDA 2002. 700.

Cass. ass. Plén., 2 mars 2007, n° 06-15. 267, RGDA 2007.397.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> décembre 1998, RGDA 1999. 335.

Cass. ass. Plén., 2 mars 2007, n° 06-15. 267, RGDA 2007. 397.

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 12 novembre 1998, n° 96-22.625, RGDA 1999. 426 (1<sup>re</sup> espèce).

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 novembre 1988, RGDA 1999. 427.

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 1<sup>er</sup> décembre 1998, n° 94-13.589, RGDA 1999.455.

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 18 février 2003, RGDA 2003. 371.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> décembre 1993, n° 91-17.201, RGAT 1994. 114.

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 juin 2005, n° 04-13.509, RGDA 2005.693.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 mars 1999, RGDA 1999.683.

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 15 juin 2004, RGDA 2004.1020.

**\*LAURENT MERLE (I.)**

CEDH 27 Août 1997, D. 2000.521.

**\* LINDON**

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 13 octobre 1970, D.1970.765.

**\* MALEVILLE (M. H.)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 novembre 1998, RGDA 1996.96.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mars 2000, RGDA 2000. 574.

**\* MALAURIE (Ph.)**

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 octobre 1975, D. 1976. 5.

CA. Paris 6 novembre 1997, D.1998.122.

**\* MARCHI (J.P.)**

CA Paris, 14 janvier 1993, Gaz. Pal. 1993, 1, jurispr. p. 198.

**\* MARGEAT (H.)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 25 novembre 1992, RGAT 1993.82

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 mars 1993, RGAT 1993.558.

**\* MARGEAT (H.), FAVRE ROCHEX (A.) et CERVEAU (B.)**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 11 Octobre 1994, Gaz. Pal. 21 Février 1995.1, som. p.136, et n° 52 p.14.

**\* MARGEAT (H.) et LANDEL (J.)**

Cass.1<sup>re</sup> civ., 9 Avril 1991, RGAT 1991. 555.

Cass. crim., 23 Mai 1991, n° 90-83.999, RGAT 1991. 822

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Mars 1990, RGAT 1990. 309

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 Avril 1991 RGAT 1991.547,

Cass. crim. 18 septembre 1990, RGAT 1990. 841.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 Mars 1991, RGAT 1991. 827.

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 juin 1994, n° 92-16.455, RGAT 1994.1141.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 octobre 1991, n° 90-12.887, RGAT 1991.806.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 juillet 1991, n° 89-20.717 ; RGAT 1991. 803.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 février 1990, RGAT 1990.327.

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 13 Mars 1990 RGAT 1990. 309

**\* MATSOPOULOU (H.)**

Cass. com. 11 avril 1995, D. 1996. 573.

**\* MAURICE (R.)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 Mars 1993 n° 91-10.041, RGAT 1993. 547

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 Mars 1990, RGAT 1990. 314.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 Mars 1994, RGAT 1994. 469,

Cass.1<sup>re</sup> civ., 21 Février 1995, RGAT 1995. 370

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 Octobre 1992, RGAT 1993. 99

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 décembre 1995, n° 93-12.561, RGDA 1996. 436.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 décembre 1990, n° 89-14.381, RGAT 1991. 29.

Cass.1<sup>re</sup> civ., 22 Mai 1991, RGAT 1991. 543.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 avril 1993, RGAT 1993. 765.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 juin 1991, RGAT 1991.850.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 juin 1996, n° 94-13.290, RGDA 1996. 626.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 janv. 1993, n° 90-10.736, RGAT 1993. 280.

**\* MAURY (J.)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 novembre 1996, n° 94-16.863, RGDA 1997. 215.

**\* MAYAUX (L.)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 janvier 1996, n° 93-18.789, RGDA 1996. 262.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juillet 2001, n° 98-21.721, RGDA 2001. 930.

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 Décembre 2006, RGDA 2007. 72.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 Mars 2000, RGDA 2000. 488.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 Mars 1998, n° 95-21.986, JCP G 1999, I, 137.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 Février 2001 RGDA 2001.307.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 janvier 2001, RGDA 2001. 307.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 octobre 1994, n° 92-17.487, RGAT 1994.1126  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 avril 1997, RGDA 1997.733.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 Juin 1996, n° 94-11.651, RGDA 1996.575.  
Cass. 3<sup>e</sup> civ., 17 octobre 2007, n° 06-17608, RGDA 2008.66.  
Cass. 2<sup>e</sup> civ., 24 mai 2006, n° 05-13.162, RGDA 2006. 628.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 octobre 1998, RGDA 1999.105.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 mars 2004, RGDA 2004.347.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juillet 1995, RGAT 1995.883.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 mai 1994, n° 92-19.171, RGAT 1994. 775.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 janvier 1994, RGAT 1994.480.  
Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 mars 2006, n° 05-12.338, 05-10.366, JCP G 2006, I , 135.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 janvier 1994, n° 91-21.213, RGAT 1994. 480.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 avril 1998, RGDA 1998. 823.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juin 1996, RGDA 1996. 578.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 avril 1997, n° 95-18.407, RGDA 1997. 839.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 novembre 2002, n° 99-19.161, RGDA 2003. 54.  
Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 mai 2005, n° 04-10.851, RGDA 2005. 615.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 juin 1997, n° 95-16.931, RGDA 1997. 729.

**\* MAZEN (N. J)**

CA Lyon, 17 janvier 1980, Gaz. Pal. Rec. 1981, jur. p. 491, note.

**\* MESTRE (J.)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 janvier 1991, RTD Civ 1991. 746.  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 février 1991, RTD Civ. 1991.744.  
Cass. com, 12 novembre 1992, RTD Civ., 1993.116.

**\* LABBÉ (J. E.)**

Cass. civ. 7 février 1877, S. 1877,1, p. 393.

**\*LANDEL (J.)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 Mars 1998, RGDA 1998. 253.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 Octobre 2002, RGDA 2003. 51.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 Mai 1995, (deux arrêts) RGAT 1995. 605

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 Mars 2004, n° 01-02.627, RGDA 2004. 426.

Cass. crim. 7 Décembre 1999, RGDA 2000. 10.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 avril 1990, RGAT 1990. 543.

**\* LANGÉ (D.)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juin 1993, RGAT 1994.269.

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 juin 1996, RGDA 1996. 768.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 décembre 2000, RGDA 2001. 146.

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 28 mars 2000, RGDA 2000.605.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 octobre 1992 RGAT 1993. 384,

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 12 décembre 1995, RGDA 1996. 498.

**\* LEDUCQ (X.)**

C.A Paris, 7<sup>ème</sup> ch. Section A, 25 Janvier 2005, Gaz . Pal. 5 Mai 2007, p. 41.

**\* LINDON**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 Mai 1964, JCP 1964, II. 13751.

Cass. crim. 3 mars 1982, D.1982.579.

**\* LOISEAU (G.)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 mai 2000, JCP G 2001, II, n° 10461

**\*LUCAS DE LEYSSAC (M. P.)**

Cass. crim. 26 juin 1993 JCP, E, 1997, I, 625, n° 11.

**\* LUCET**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mai 1998, Petites affiches 1998.118, p. 21

**\* PAUFFIN de SAINT MOREL (M.)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 octobre 1986, RGAT 1986.610.

Cass. civ., 13 octobre 1987, RGAT 1987.618.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 novembre 1989, RGAT 1990. 213.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 novembre 1984, RGAT 1985. 313.



Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 mars 1989, RGAT 1989. 649.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> mars 1998, RGAT. 1998.283.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juillet 1986, RGAT 1986. 623.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 décembre 1986, RGAT 1987. 162.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 novembre 1979,( dit arrêt '*Ancelet* ') JCP G, II. 19511.

**\* PEANO (M.A)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juillet 1995, Resp. civ. et assur. 1995, chr. p. 50.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juin 1993, Resp. civ. et assur. 1993, chr. n°34.

**\* PENNEAU (J.)**

Cass. crim. 23 janvier 1996, n° 94-81.232, D. 1997. 320.

CA Dijon, ch. correct., 31 mars 1988, D. 1989. 319.

Cass. crim. 17 juin 1980, D.1981.258.

CA Paris, 28 Septembre 1988, D.1989.319.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 décembre 2004, D. 2005. 403.

**\* PICARD (M.)**

Cass civ. 29 Septembre 1941 RGAT 1942.44

**\* PRADEL (J.)**

Cass. crim. 4 janvier 1993, D. 1994. 185.

**\* RÉMY**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mars 1993, RGAT, 1993. 648

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 mai 2000, RGDA 2000. 846

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 février 1997, RGDA 1997. 852.

**\* ROSENTHAL (G.)**

Cass. crim., 17 Mai 1973, JCP 1974, II, n° 17712.

**\* ROUSSEL (J.)**

Cass.1<sup>re</sup> civ., 14 novembre 2001, RGDA 2002. 478.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 novembre 2001, RGDA 2002.478.

**\* RUBELLIN-DEVICHI (J.)**

CA. Paris 6 novembre 1997, JCP 1998, I, 101 n°3.

**\* SAVATIER (R)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 avril 1952, D. 1952. 721,

Cass. crim. 22 décembre 1966, JCP 1966, II, 15126

Cass. soc. 27 Avril 1967, JCP G 1968, II, 1541.

**\* S.B.**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 Juin 1993, Resp. civ. et assur. 1993 comm. 320.

**\* SARGOS (P.)**

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 11 octobre 1994, D. 1995. 177 (*rapport*).

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mai 1998, Defresnois 1998, n° 36848.

Cass 1<sup>re</sup> civ., 12 Janvier 1999, n° 96-20.580, JCP G 1999, II, 10025;.

**\* VERON**

Cass. crim 22 février 1996, Dr. Pénal 1996, note n° 184

**\* VASSEUR (M)**

CA Toulouse, 6 février 1980, D. 1980. 18.

TGI Paris, 20 novembre 1990, D.1992. 31.

TGI Nice,(ord. Prés.), 2 juillet 1981, D. 1982. 24.

CA Versailles 23 mars 1994, D.1994. 328.

CA Paris 8 octobre 1981, D. 1982.124.

CA Rennes ch. corr., 13 janvier 1992, D. 1993. 54.

CA Versailles, 14<sup>e</sup> ch. civ. 23 mars 1994, D. 1994. 328.

**\* VÉZIAN (J.)**

CA Paris 6 février 1975, D. 1975. 318.

**\* VIANDIER (A)**

Cass. crim. 26 juin 1993 JCP E, 1996, II, n° 766 et de

## **Bibliographie générale sur le secret**

**\* COCTEAU (J)**

« Les enfants terribles », éd. Livre de poche 1987

\* **COINÇON (Y)**

Colloque « les enjeux du secret dans la prise en charge des enfants victimes » in  
Psychothérapies vol. XXII n°3 p.153

\* **COMMYNES**

« Mémoires sur Louis XI » préface de J. DUFOURNET ; éd. Folio 1978.

\* **CORATO (N)**

« Grandes plaidoiries et grands procès du XV<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle », (sous la direction  
de) en partenariat avec l'Ordre des avocats de Paris, éd. Prat Octobre 2005

\* **DUMAINE (L)**

« Le secret de l'avocat au XX<sup>e</sup>ème siècle » in « Secret et justice, le secret entre  
éthique et technique ? » colloque international Décembre 1999

\* **DAMIEN (A)**

« Le secret nécessaire » Paris éd. Desclé de Brower 1989.

\* **FILLON (C)**

« Les secrets professionnels de l'avocat au XIX<sup>e</sup>ème siècle », in « Secret et justice »  
colloque international Décembre 1999

\* **FERAUD (J.F)**

« Dictionnaire de la langue française » (Marseille, Mossy 1787-1788) p. C539a.

- dictionnaire de l'Académie française, 1<sup>st</sup> édition 1694, p. 452

- Dictionnaire de l'Académie française, 5<sup>th</sup> édition 1798 p. 551

- Dictionnaire de l'Académie française, 6<sup>th</sup> édition 1832-5, p. 2 :720

\* **GHYCA (M)**

« Philosophie et mystique du nombre », Payot, Paris 1992

\* **HUGO (V.)**

« Choses vues », éd Nelson

\* **KENDALL (P. M. )**

« Louis XI » éd. Le livre de poche 1978.

\* **KOTT (J)**

« Shakespeare notre contemporain » éd. Marabout université 1965

\* **MACHIAVEL (N)**

« Le prince » éd. libro.

\* **NICOT**

« Thresor de la langue française » éd. 1606 p. 586.

\* **OVIDE**

« Les Métamorphoses » Folio Classique éd. 1998

\* **PETITAT (A)**

« Secret et formes sociales » Paris PUF 1998

\* **PLATON**

« La République »

\* **ROYER (JP)**

« Lever de rideau : le secret, quel secret ? » Introduction au colloque international  
« secret et justice, le secret entre éthique et technique ».

\* **de SAINT-EXUPÉRY (A)**

« le petit prince » éd. Folio 2003, p. 76.

\* **SHAKESPEARE**

« *Le roi Lear* » Acte premier , scène III, éd. Libro 2000, p.21

\* **SIMMEL (G)**

« Soziologie », (1908) Chapitre V 'le secret'

\* **de SILKE (Y)**

« Histoire de la divination » éd. Larousse 2001

\* **STERN (J)**

« La science du secret » édition Odile Jacob, 1997

\* **ZELLER (G)**

« Les institutions de la France au XVIème siècle », éd.PUF 1987.

\*Revue Tangente Hors Série n°30 « Histoire des mathématiques de l'antiquité à l'an  
Mil » Pole Paris 2007

\*La Bible, Luc XII, 3, Marc I,44 et Luc IV, 14