



DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS LICENCE CREATIVE COMMONS

CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :

D. Noguéro, Le régime du cumul : Le cumul non frauduleux, *bjda.fr* 2021, dossier n°5 : Le cumul d'assurances de dommages en France : le respect du principe indemnitaire face à l'excès possible

Le régime du cumul : Le cumul non frauduleux

David Noguéro,
Professeur à l'Université Paris
(IDS - UMR-INSERM 1145)

Contrat - Cumul

L'article L. 121-4, alinéa 4 *in limine*, du Code des assurances indique à propos des assurances en cumul : « Quand elles sont contractées sans fraude, chacune d'elles produit ses effets dans les limites des garanties du contrat et dans le respect des dispositions de l'article L. 121-1, quelle que soit la date à laquelle l'assurance aura été souscrite ».

Le texte a été modifié par rapport à sa version antérieure, issue de la loi du 13 juillet 1930, qui figurait à l'alinéa 3 jusqu'au 14 juillet 1982 : « Quand plusieurs assurances sont contractées sans fraude, soit à la même date, soit à des dates différentes, pour une somme totale supérieure à la valeur de la chose assurée, elles sont toutes valables et chacune d'elles produit ses effets en proportion de la somme à laquelle elle s'applique, jusqu'à concurrence de l'entière valeur de la chose assurée ». Comme on peut le remarquer, sur le principe de l'effet des contrats souscrits, la solution demeure néanmoins inchangée. Il a pu être observé que nombre de systèmes, en Europe, décompose l'approche en deux phases en cas de cumul, option du droit français selon le type de rapports envisagés¹.

¹ M. Fontaine, Pluralité d'assurances et assurances « cumulatives » : approches comparatives et problèmes récents, in Études offertes à Hubert Groutel, *Responsabilité civile et assurances*, LexisNexis Litec, 2006, p. 145, spéc. p. 148 et note 7, et p. 149, soulignant le système avantageux pour l'assuré, et p. 154 : « le législateur contemporain se soucie également de faciliter l'indemnisation de l'assuré en cas de sinistre », en sus du respect du principe indemnitaire.

Il convient dès lors de traiter de la validité du contrat d'assurance et de la double limite (A), de la poursuite (B) et de la contribution (C).

A) La validité du contrat et la double limite

La règle est aussi connue en surassurance : soit le dol de l'assuré n'a pas pu être prouvé, soit l'assuré était effectivement de bonne foi, si bien que le contrat demeure valable². Il n'y a donc pas sanction mais réduction de l'assurance. En l'absence de véritable fraude, d'intention frauduleuse, ou, ce qui revient au même, en cas de mauvaise foi non démontrée, chaque contrat d'assurance du cumul n'est pas frappé de nullité. Il joue dans ses limites (la limite des engagements respectifs, principe contractuel) et dans le respect du principe indemnitaire résultant de l'article L. 121-1 du Code des assurances, pour l'indemnisation du dommage subi. La double limite est applicable.

C'est la solution de la loi en assurance terrestre en vertu de l'article L. 121-4, alinéa 4, du Code des assurances : « Quand elles sont contractées sans fraude, chacune d'elles produit ses effets dans les limites des garanties du contrat et dans le respect des dispositions de l'article L. 121-1, quelle que soit la date à laquelle l'assurance aura été souscrite. Dans ces limites, le bénéficiaire du contrat peut obtenir l'indemnisation de ses dommages (...) ».

Le texte a été modifié par rapport à sa version antérieure, issue de l'article 30 de la loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance dite Godart, qui figurait à l'alinéa 3 jusqu'au 14 juillet 1982 : « Quand plusieurs assurances sont contractées sans fraude, soit à la même date, soit à des dates différentes, pour une somme totale supérieure à la valeur de la chose assurée, elles sont toutes valables et chacune d'elles produit ses effets en proportion de la somme à laquelle elle s'applique, jusqu'à concurrence de l'entière valeur de la chose assurée ». Sur le principe de l'effet des contrats souscrits, la solution demeure néanmoins inchangée³.

La double limite est admise par la loi belge du 4 avril 2014, article 99 : « § 1er. (alinéa 1^{er}) Si un même intérêt est assuré contre le même risque auprès de plusieurs assureurs, l'assuré peut, en cas de sinistre, demander l'indemnisation à chaque assureur, dans les limites des obligations de chacun d'eux, et à concurrence de l'indemnité à laquelle il a droit. (alinéa 2) Sauf en cas de fraude, aucun des assureurs ne peut se prévaloir de l'existence d'autres contrats couvrant le même risque pour refuser sa garantie. (...) ». Si le droit de choisir l'assureur tenu de payer est rappelé, le paiement ne peut s'effectuer que dans la double limite, en cas de bonne foi.

En droit français, on retrouve un dispositif assez proche en assurance maritime avec toutefois une précision quant à l'obligation d'information de l'assureur lors de la demande de prise en charge du sinistre. Il faut appliquer l'article L. 172-9 du Code des assurances : « (alinéa 1^{er}) Les assurances cumulatives contractées sans fraude pour une somme totale excédant la valeur de la chose assurée ne sont valables que si l'assuré les porte à la connaissance de l'assureur à qui il demande son règlement. (alinéa 2) Chacune d'elles produit ses effets en proportion de la somme à laquelle elle s'applique, jusqu'à concurrence de l'entière valeur de la chose assurée ». La validité de l'assurance est subordonnée à cette information de l'assureur qui intervient à hauteur

² Y compris sur le terrain du droit commun (C. civ., anc. art. 1108 ; devenu art. 1128). Civ. 1^{re}, 20 déc. 1960, n° 59-11.832 : Bull. civ. I, n° 554 : mobilier assuré pour le risque incendie.

³ S. Magnan et C. Roques, Les assurances cumulatives en assurances de choses (Le régime légal et les conventions professionnelles), RGAT 1984, p. 497, spéc. p. 507 : « Ce régime légal, qui est voisin du système conventionnel antérieur de la solidarité, distingue le problème des rapports de l'assuré avec chaque assureur de celui des rapports entre assureurs ».

de son engagement, sans que l'application des assurances ne dépasse la valeur réelle. L'assuré est ainsi contraint d'être de bonne foi et de collaborer activement afin de bénéficier des contrats dans la limite de son préjudice.

Un même principe s'applique pour les assurances de responsabilité civile relative à une opération spatiale pour laquelle, là, il n'y a pas de renvoi à l'assurance aérienne⁴. Texte spécifique en ce domaine, l'article L. 176-3 du Code des assurances énonce en ce sens : « Quand les assurances cumulatives sont contractées sans fraude, chacune d'elles produit ses effets en proportion et dans les limites des garanties du contrat ».

En assurance aérienne ou aéronautique, il faut se reporter à une disposition ayant des particularités, à savoir l'article L. 175-9 du Code des assurances : « (alinéa 1^{er}) En assurance de biens, les assurances cumulatives contractées sans fraude pour une somme totale excédant la valeur de la chose assurée ne sont valables que si l'assuré les porte à la connaissance de l'assureur à qui il demande son règlement. (alinéa 2) Chacune d'elles produit ses effets dans les limites des garanties du contrat et jusqu'à concurrence de l'entière valeur de la chose assurée. (alinéa 3) En assurance de responsabilité, quand les assurances cumulatives sont contractées sans fraude, chacune d'elles produit ses effets en proportion et dans les limites des garanties du contrat ».

En assurance de biens (le domaine), seulement, l'assuré a une obligation d'information de l'assureur lors de la demande d'indemnisation, afin de révéler les assurances cumulatives (alinéa 1^{er}). L'exécution de celle-ci conditionne la validité même de l'assurance. Le texte n'indique pas une forme spéciale pour satisfaire à cette obligation, dont l'assuré devra néanmoins songer à se réserver une preuve en cas de contestation - comme en assurance terrestre. À défaut de connaissance par l'assureur des assurances cumulatives, on se trouverait donc dans la même situation qu'une assurance contractée de manière frauduleuse, soit la nullité⁵. En revanche, dès lors que l'assureur est régulièrement avisé, on retrouve le jeu des contrats dans leurs limites respectives et jusqu'à concurrence de la valeur réelle de la chose assurée (alinéa 2). En assurance de responsabilité civile aérienne, cette dernière règle joue sans la condition de l'information de l'assureur à la date de la demande de règlement (alinéa 3) - ce qui se rapproche de l'assurance terrestre.

Il y a lieu de signaler encore d'autres dispositions hors assurances terrestres. En assurance maritime (le texte vient après celui sur la surassurance avec fraude), l'article L. 172-7 du Code des assurances énonce : « En l'absence de fraude, le contrat est valable à concurrence de la valeur réelle des choses assurées et, si elle a été agréée, pour toute la somme assurée ». Le texte ne figure pas dans les dispositions d'ordre public énumérées limitativement⁶, comme celui qui va maintenant être évoqué. Une disposition identique existe en assurance aérienne (sans renvoi pour l'assurance spatiale). L'article L. 175-5 du Code des assurances prévoit : « En l'absence de fraude, le contrat est valable à concurrence de la valeur réelle des choses assurées et, si elle a été agréée, pour toute la somme assurée ».

Revenons à l'assurance terrestre pour fixer encore le régime du cumul. On a déjà indiqué que des modifications importantes ont été apportées au texte de l'article L. 121-4 par l'article 8 la loi n° 82-600 du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles. La disposition est d'ordre public, et d'application immédiate aux contrats en cours

⁴ C. assur., art. L. 176-1.

⁵ C. assur., art. L. 175-8.

⁶ C. assur., art. L. 171-2.

pour les sinistres survenus après la promulgation de la loi (au 14 juillet 1982). En effet, l'article 10 de la loi de 1982 dispose : « Les deux derniers alinéas de l'article L. 121-4 du code des assurances sont applicables aux contrats en cours nonobstant toute disposition contraire »⁷. On verra que la jurisprudence y a veillé.

Soulignons qu'il ne faut pas négliger, en sus du régime légal, les conventions entre assureurs pour organiser leurs recours. En cas de bonne foi de l'assuré, il convient d'envisager d'abord la poursuite et, ensuite, la contribution. La première traite de l'indemnisation de l'assuré pour le sinistre subi tandis que la seconde organise la répartition finale de l'indemnité entre assureurs. Commençons par les rapports du bénéficiaire de la prestation avec les assureurs, soit la poursuite.

B) La poursuite

L'obligation à la dette doit être appréhendée. Il s'agit du mode de règlement du sinistre auprès du bénéficiaire de la prestation en cas d'assurances cumulatives.

Dans sa version issue de la codification de 1976, l'ancien article L. 121-4, alinéa 4, du Code des assurances prévoyait, en renvoyant à son alinéa 3 d'alors, que « Cette disposition peut être écartée par une clause du contrat⁸ adoptant la règle de l'ordre des dates ou stipulant la solidarité entre les assureurs ». L'article 8 de la loi n° 82-600 du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles a bouleversé le droit jusque-là applicable. L'article L. 121-4, alinéa 4 *in fine*, du Code des assurances énonce que « Dans ces limites, le bénéficiaire du contrat peut obtenir l'indemnisation de ses dommages en s'adressant à l'assureur de son choix »⁹. Les limites visent le principe indemnitaire et les limites contractuelles. Par comparaison, dans la coassurance, s'opère une répartition entre assureurs, qui, en principe, assurent chacun leur prise en charge, sans solidarité avec les autres, c'est-à-dire pour leur seule quote-part. Dans le cumul d'assurances, l'assuré dispose incontestablement d'un libre choix pour la poursuite.

Envisageons cette conquête du choix libre (1°) puis le traitement des clauses contraires (2°).

1°) La conquête du choix libre

Disposition d'ordre public (depuis 1982)¹⁰, l'assuré/souscripteur également bénéficiaire (de bonne foi) ou le tiers bénéficiaire peut s'adresser à l'assureur de son choix pour obtenir son indemnisation. Il en va de même pour le tiers lésé qui exercerait l'action directe contre l'assureur du responsable.

⁷ Préoccupation complémentaire de droit transitoire, A. Besson, *Le nouveau régime des assurances cumulatives*, RGAT 1982, p. 465, spéc. p. 471 : « C'est dire que, sans discussion, tous les sinistres survenus après la promulgation de la loi (c'est-à-dire en principe depuis le 16 juillet 1982) seront réglés selon le régime nouveau, en dépit de toutes les clauses contraires contenues dans les contrats. Mais un doute subsiste (faute de précision dans la loi) en ce qui concerne les sinistres (antérieurs) en suspens à la date d'application de la loi : en principe, selon la règle de non-rétroactivité des lois (en matière contractuelle), ces sinistres demeurent régis par les règles anciennes ; toutefois on peut penser que, selon l'esprit de la loi de 1982, les règles nouvelles seront par les assureurs appliquées de façon immédiate pour les sinistres en suspens et non encore réglés ».

⁸ L'art. 30 de la loi du 13 juillet 1930 préférerait le terme « police », le reste étant inchangé.

⁹ Comp. Section III De l'assurance de dommages, § 2 Des assurances de biens, V Du sinistre et du paiement de l'indemnité, C. civ. du Québec, art. 2496, alinéa 1^{er}, et alinéa 2 : « Est inopposable à l'assuré la clause qui suspend, en tout ou en partie, l'exécution du contrat en cas de pluralité d'assurances ».

¹⁰ Civ. 1^{re}, 16 juin 1987, n° 86-10.190 : Bull. civ. I, n° 193 ; D. 1988, Somm., p. 150, obs. H. Groutel ; RGAT 1987, p. 395, note J. Bigot.

Ce choix dans la poursuite peut exister en droit comparé. Par exemple, l'article 2496 du Code civil du Québec énonce : « (alinéa 1^{er}) Celui qui, sans fraude, est assuré auprès de plusieurs assureurs, par plusieurs polices, pour un même intérêt et contre un même risque, de telle sorte que le total des indemnités qui résulteraient de leur exécution indépendante dépasse le montant du préjudice subi, peut se faire indemniser par le ou les assureurs de son choix, chacun n'étant tenu que pour le montant auquel il s'est engagé. (alinéa 2) Est inopposable à l'assuré la clause qui suspend, en tout ou en partie, l'exécution du contrat en cas de pluralité d'assurances. (...) »¹¹.

S'agissant du titulaire du droit de poursuite, une affaire quelque peu complexe est à appréhender, à propos de l'assurance pour compte, intervenant pourtant après le revirement de 2000 imposant le critère du souscripteur unique, ce qui peut faire hésiter quant à sa réelle portée. Au regard des règles de la stipulation pour autrui, lorsqu'il y a eu souscription pour le compte d'un tiers, le souscripteur (stipulant) peut demander à l'assureur (promettant) d'exécuter son obligation au profit du bénéficiaire¹². Le souscripteur d'une assurance pour le compte d'un tiers (contrat 1) ne peut agir en exécution d'un contrat souscrit personnellement par ce tiers (contrat 2). Il est jugé que « seul le bénéficiaire du cumul d'assurances a qualité pour agir contre l'un quelconque des assureurs pour la réparation de ses dommages »¹³.

Revenons au droit dont dispose l'assuré de s'adresser à n'importe lequel des assureurs auprès desquels il peut prétendre à la garantie du sinistre, dans les limites du contrat en cause, et dans le respect du principe indemnitaire - système légal unique, exclusif, pour le règlement du sinistre après la loi de 1982.

L'assuré *lato sensu* n'est pas obligé d'effectuer une pluralité de demandes, même si une telle voie reste possible, à sa discrétion. En ce cas, qui n'a pas été privilégié par la lettre de la loi, les assureurs sont bien sûr tenus de s'exécuter¹⁴. Dans les rapports avec l'assuré, pour faciliter les opérations de règlement à l'amiable (le décompte des indemnités), les assureurs peuvent agir en commun ou l'un d'entre eux pourrait être intronisé assureur gestionnaire, spécialement celui offrant la garantie la plus élevée, comme par exemple celle illimitée au-dessus de celle en capitaux¹⁵.

En opportunité, le choix pourra être fait de l'assureur dont la garantie recouvre le mieux le montant du sinistre, si existe une différence dans les garanties offertes par les contrats en place. Si l'un des contrats est suffisant pour l'indemniser, l'assuré peut se borner à solliciter l'assureur de cette police. Il faut prêter attention, notamment, aux franchises ou aux plafonds. Il peut être conseillé d'aller de préférence vers la garantie suffisante, c'est-à-dire de s'adresser à l'assureur qui offre la garantie la plus complète. Au cas où, si la garantie s'avère insuffisante, il est possible de chercher le complément chez un autre assureur, toujours dans la limite des garanties de la police en cause, et dans le respect du principe indemnitaire.

¹¹ Section III De l'assurance de dommages, § 2 Des assurances de biens, V Du sinistre et du paiement de l'indemnité.

¹² En droit commun, après la réforme de 2016, C. civ., art. 1209 : « Le stipulant peut lui-même exiger du promettant l'exécution de son engagement envers le bénéficiaire ».

¹³ Civ. 2^e, 28 mai 2009, n° 07-20.359 ; RGDA 2009, p. 741, note L. Mayaux.

¹⁴ Par leurs conventions, les assureurs peuvent appréhender la situation dans laquelle l'assuré déciderait de s'adresser à tous en même temps, comme une espèce de libre choix non sélectif.

¹⁵ Les conventions entre assureurs peuvent s'intéresser à cette question.

Ce choix de s'adresser à tel assureur est libre, depuis 1982 quelle que soit la date de souscription des contrats d'assurance. Favorables aux divers bénéficiaires de la prestation, la règle a le mérite de la simplicité. Elle a supprimé la contrainte de s'adresser aux différents assureurs afin d'appliquer une réduction proportionnelle des assurances cumulatives en jeu, pour un paiement de leur part respective au stade de la contribution - régime légal en œuvre sauf clause contraire (ordre des dates ; « solidarité » entre assureurs)¹⁶.

2°) *Le traitement des clauses contraires*

Distinguons la situation au regard des clauses avant 1982 (a) puis après (b) et enfin la dérogation légale (c).

a) Les clauses avant 1982

Avant 1982, il existait un régime conventionnel dérogatoire, admis, à deux branches¹⁷, depuis condamné¹⁸.

À l'époque considérée, « la seule faculté ouverte aux parties par les articles L. 111-2 et L. 121-4 du Code des assurances, dont l'application n'était pas contestée, est de substituer à la règle légale de la répartition proportionnelle entre les assureurs le régime conventionnel de l'ordre des dates ou celui de la solidarité »¹⁹. La solution est arrêtée en 1980, réservant seulement deux dérogations possibles²⁰.

On mettra de côté, une des branches de l'alternative, à savoir la faculté de recourir à la « solidarité » entre assureurs, expression employée par l'alinéa 4 de l'ancien article L. 121-4²¹.

¹⁶ A. Besson, Le nouveau régime des assurances cumulatives, RGAT 1982, p. 465, spéc. p. 468 : « La réduction proportionnelle – qui obligeait ainsi le demandeur à agir contre chacun des assureurs pour sa part ainsi réduite – jouait dans toutes les assurances de dommages (choses et responsabilité) » - S. Magnan et C. Roques, Les assurances cumulatives en assurances de choses (Le régime légal et les conventions professionnelles), RGAT 1984, p. 497, spéc. p. 503 : « L'obligation de chaque assureur à l'égard de son assuré se trouvait réduite : chacun participait à l'indemnisation en proportion de la somme qu'il couvrirait par rapport au total des sommes assurées. La réduction proportionnelle contraignait l'assuré, même si les garanties de chaque contrat étaient suffisantes pour l'indemniser, à s'adresser à chacun des assureurs pour sa part ainsi réduite ».

¹⁷ Avant cette limitation à deux branches, pouvait être admise toute clause destinée à conférer un caractère complémentaire ou subsidiaire de l'assurance souscrite. Puis, la dérogation légale a été jugée limitative par la jurisprudence. V. H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, LexisNexis Litec, 1^{re} éd., 2008, n° 1301, pp. 844-845.

¹⁸ A. Besson, Le nouveau régime des assurances cumulatives, RGAT 1982, p. 465, spéc. p. 475 : « il n'y a plus qu'un seul régime applicable aux règlements des sinistres en cas d'assurances cumulatives de bonne foi. (...) sont désormais écartés les régimes conventionnels possibles prévus par l'ancien texte. (...) » (régime de l'ordre des dates dont tacite reconduction) « de même est condamné (comme l'avait fait la Cour de cassation en 1980) le système de la prééminence des contrats spécifiques (même postérieurs) par rapport à des contrats généraux de date antérieure. Tous régimes conventionnels, quels qu'ils soient, étant prohibés, le règlement des sinistres se fera obligatoirement selon le nouveau régime légal institué ». - S. Magnan et C. Roques, Les assurances cumulatives en assurances de choses (Le régime légal et les conventions professionnelles), RGAT 1984, p. 497, spéc. p. 504 : « D'autres conventions dérogeant au système légal ont été utilisées par les assureurs. La doctrine s'est notamment divisée sur le point de savoir si une assurance générale pouvait n'intervenir qu'à titre complémentaire d'assurances spécifiques souscrites postérieurement. En accord avec la doctrine du Professeur Besson, la Cour de cassation, par un arrêt du 29 octobre 1980, a décidé que la seule faculté offerte aux parties par les articles L. 111-2 et L. 121-4 était de substituer à la règle légale le régime de l'ordre des dates ou celui de la solidarité ».

¹⁹ Civ. 1^{re}, 29 oct. 1980, n° 79-14.439 : Bull. civ. I, n° 278 : au visa des art. L. 111-2 et L. 121-4 C. assur., pour la mise à l'écarte d'une clause de complémentarité au profit de celle de l'ordre des dates.

²⁰ En ce sens, encore, Civ. 1^{re}, 29 janv. 1985, n° 83-15.849 : Bull. civ. I, n° 37 ; RGAT 1985, p. 223, note J. Bigot.

²¹ Comp. la solidarité, au sens technique du régime des obligations, ne se présume pas et doit être expressément prévue (C. civ., ancien art. 1202 ; art. 1300).

La solidarité, au sens du cumul d'assurances, devait s'entendre dans une acceptation particulière, semble-t-il. Fort rare, en pratique²², elle pouvait permettre à l'assuré de s'adresser à l'assureur de son choix, celui-ci récupérant une somme, proportionnellement, auprès de l'autre assureur au stade de la contribution à la dette.

Envisageons la branche usitée de l'alternative. Avant 1982, il y avait une possibilité d'application chronologique des contrats en cause au stade de l'obligation à la dette, selon l'alinéa 4 de l'ancien article L. 121-4. Ainsi, la règle conduisait à obliger l'assuré à demander d'abord à l'assureur auprès duquel avait été souscrit en premier le contrat, les autres intervenant de façon complémentaire, le cas échéant, si l'indemnité jusque-là perçue était insuffisante (dans le respect du principe indemnitaire). Pour qualifier ce schéma, il était fait référence à la clause de l'ordre des dates (ou clause d'antériorité), aménagement contractuel alors valable, et utilisé. On déroge ainsi à la répartition légale sinon applicable²³. La règle légale est supplétive de volonté.

En témoigne la jurisprudence à l'époque avec des stipulations variées. Par exemple, le contrat comprenait la clause suivante : « si, au jour d'un sinistre, il est constaté l'existence d'une autre assurance souscrite antérieurement et couvrant tout ou partie des mêmes risques, la garantie n'interviendra que dans la mesure de l'insuffisance éventuelle de ladite assurance »²⁴. La Cour de cassation a livré la méthode à adopter en une telle occurrence : l'article 30 de la loi du 13 juillet 1930 « détermine, au cas où plusieurs assurances sont contractées pour une somme totale supérieure à la valeur de la chose assurée, les conditions dans lesquelles sera répartie entre les assureurs la charge de l'indemnité due à l'assuré après sinistre en application du principe édicté par l'article 28 de la loi, selon lequel cette indemnité ne peut dépasser le montant de la valeur de la chose assurée au moment de la réalisation du dommage ». Dès lors, « si, au jour du sinistre, il était constaté que les mêmes risques sont couverts par une assurance souscrite antérieurement le contrat ne jouerait qu'après épuisement de la garantie antérieure ». Et « l'alinéa 4 se borne à autoriser une participation des assurances à l'indemnisation de l'assuré sur une base différente, mais toujours dans le respect du principe indemnitaire posé par l'article 28 »²⁵.

Sous ce régime ancien, afin de déterminer la priorité d'intervention, pouvait se poser le problème de la détermination de la date des contrats d'assurance en concurrence, accentué avec le renouvellement par tacite reconduction du contrat, celui-ci étant jugé comme étant un accord nouveau par la jurisprudence²⁶.

²² A. Besson, Le nouveau régime des assurances cumulatives, RGAT 1982, p. 465, spéc. p. 468 : « le système de solidarité - qui n'est pas une véritable solidarité, mais simplement la juxtaposition d'engagements indépendants (selon les termes des contrats conclus) - n'avait guère été pratiqué ». - S. Magnan et C. Roques, Les assurances cumulatives en assurances de choses (Le régime légal et les conventions professionnelles), RGAT 1984, p. 497, spéc. p. 503, *in fine* : « Ce système, très rarement utilisé, permettait à l'assuré ou au bénéficiaire d'être indemnisé à son choix par chacun des assureurs concernés, dans la limite de la somme assurée, mais sans subir la réduction proportionnelle. Dans les rapports entre assureurs, la répartition proportionnelle s'appliquait ».

²³ Civ. 1^{re}, 17 nov. 1965, n° 63-13.272 : Bull. civ. I, n° 620 - Civ. 1^{re}, 11 janv. 1989, n° 85-11.721 : Bull. civ. I, n° 2.

²⁴ Civ. 1^{re}, 6 oct. 1969, n° 67-14.297 : Bull. civ. I, n° 286 ; JCP 1970, 16205, note A. Besson ; Gaz. Pal. 1970, 1, 152 ; RGAT 1970, p. 35. - Autre exemple de clause, Civ. 1^{re}, 9 mars 1971, n° 69-14.731 : Bull. civ. I, n° 71 ; RGAT 1972, p. 190, note A. Besson.

²⁵ Civ. 1^{re}, 2 mai 1974, n° 73-10.554 : Bull. civ. I, n° 121 ; RGAT 1975, p. 204.

²⁶ Exemples, Civ. 1^{re}, 18 janv. 1983, n° 81-14.860 : Bull. civ. I, n° 21 - Civ. 1^{re}, 10 janv. 1984, n° 82-15.477 : Bull. civ. I, n° 6. - En droit commun, la solution jurisprudentielle est entérinée par la loi (ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016). C. civ., art. 1214 et art. 1215. La durée du contrat est réglementée en assurance après tacite reconduction (C. assur., art. L. 113-15, alinéa 2). Une année maximum.

Cela pouvait entraîner une certaine confusion relevée justement par la doctrine. En effet, le contrat premier à l'origine pouvait pourtant être jugé postérieur à un autre lorsqu'il avait été renouvelé avant le sinistre et avant le renouvellement de l'autre police, car la date du renouvellement était à retenir !²⁷ Il fallait fixer la date des contrats en présence²⁸. On pouvait ainsi appliquer la police la plus ancienne, sans solliciter l'assureur du contrat plus récent²⁹.

En termes de droit transitoire, il faut se situer par rapport au principe de non-rétroactivité des lois de l'article 2 du Code civil³⁰. Une clause figurant dans un contrat antérieur à la loi de 1982, dérogeant au régime légal de 1982, devenait caduque pour l'avenir³¹, à savoir pour un sinistre postérieur à 1982.

Il a ainsi été jugé qu'il est décidé « à bon droit que la loi du 13 juillet 1982 a seulement rendu caduques pour l'avenir les clauses des contrats en cours qui seraient contraires à ses dispositions, sans faire échec au principe de la non-rétroactivité des lois, en vertu duquel c'est la législation en vigueur au jour du sinistre, soit en 1977, qui s'applique en la cause »³². La jurisprudence a précisé que « la loi du 13 juillet 1982, modifiant les règles antérieures en cas d'assurances cumulatives, immédiatement applicable aux contrats en cours en vertu de son article 10, n'a pas d'effet rétroactif à l'égard d'un sinistre déjà survenu à la date de son entrée en application »³³. Dans la continuité, il est martelé que « les dispositions contenues dans les deux derniers alinéas de l'article L. 121-4 du Code des assurances, dans la rédaction que leur a donnée la loi du 13 juillet 1982, immédiatement applicable aux contrats en cours à cette date et qui les a donc modifiés pour l'avenir, n'ont pu s'appliquer aux sinistres déjà survenus ce qui aurait constitué une rétroactivité prohibée »³⁴.

b) Les clauses après 1982

Après 1982, l'interdiction est posée de la pratique insérant une clause de l'ordre des dates. C'est donc, plus largement, la nullité des clauses conventionnelles dérogeant au libre choix de l'assuré. La doctrine en a convenu d'emblée : « Le régime légal est impératif : il est exclusif de tout régime conventionnel par suite de la modification apportée par l'article 9 de la loi du 13 juillet 1982 à l'article L. 111-2 du Code des assurances. Se trouvent donc notamment prohibés le régime de l'ordre des dates et celui de la spécificité que la Cour de cassation avait condamné en 1980 »³⁵. La jurisprudence confirme cette prohibition de la stipulation contraire.

On ne peut davantage imposer à l'assuré une clause dite de subsidiarité : s'adresser d'abord à tel assureur avant, le cas échéant, de revenir vers l'autre. La garantie d'assurance d'un contrat intervient alors de façon subsidiaire. Antérieurement à la loi de 1982, la jurisprudence a pu

²⁷ Civ. 1^{re}, 6 oct. 1969, n° 67-14.297 : Bull. civ. I, n° 286 ; JCP 1970, 16205, note A. Besson ; Gaz. Pal. 1970, 1, 152 ; RGAT 1970, p. 35 - Civ. 1^{re}, 17 juill. 1980, n° 79-11.869 : Bull. civ. I, n° 220 - Civ. 1^{re}, 18 janv. 1983, n° 81-14.860 : Bull. civ. I, n° 21 - Civ. 1^{re}, 10 janv. 1984, n° 82-15.477 : Bull. civ. I, n° 6.

²⁸ Civ. 1^{re}, 9 déc. 1970, n° 69-10.639 : Bull. civ. I, n° 326.

²⁹ Civ. 1^{re}, 4 mai 1973, n° 71-14.689 : Bull. civ. I, n° 147 ; RGAT 1974, p. 192, note A. Besson.

³⁰ C. civ., art. 2.

³¹ En droit commun depuis 2016, C. civ., art. 1187.

³² Civ. 1^{re}, 29 janv. 1985, n° 83-15.849 : Bull. civ. I, n° 37 ; RGAT 1985, p. 223, note J. Bigot.

³³ Civ. 1^{re}, 20 janv. 1987, n° 85-15.746 : Bull. civ. I, n° 14 ; RGAT 1987, p. 36, note R. Bout : application du « principe conventionnel de l'antériorité des dates ».

³⁴ Civ. 1^{re}, 10 juin 1987, n° 85-18.576. - Implic. Civ. 1^{re}, 11 janv. 1989, n° 85-11.721 : Bull. civ. I, n° 2 : « il n'était pas contesté qu'il y avait assurances cumulatives, assorties de la clause, à l'époque licite, de complémentarité avec ordre de dates ».

³⁵ S. Magnan et C. Roques, Les assurances cumulatives en assurances de choses (Le régime légal et les conventions professionnelles), RGAT 1984, p. 497, spéc. p. 508.

accueillir favorablement ce genre de stipulation³⁶. Depuis, la solution de l'illicéité de la clause de subsidiarité, à neutraliser donc, est certaine en cas de réel cumul d'assurances³⁷. La jurisprudence s'est prononcée dans le sens de la nullité de la clause de subsidiarité après la loi de 1982. L'incidence concerne l'assuré comme les assureurs.

Au visa des « alinéas 4 et 5 de l'article L. 121-4 du Code des assurances dans sa rédaction résultant de la loi du 13 juillet 1982, ensemble l'article 10 de cette loi », la Cour de cassation affirme « qu'il résulte des deux premiers de ces textes, qu'en cas d'assurances cumulatives contractées sans fraude, le bénéficiaire du contrat peut obtenir l'indemnisation de ses dommages en s'adressant à l'assureur de son choix, la contribution ultérieure entre assureurs s'effectuant selon la règle que lesdits textes déterminent ; qu'il résulte du dernier, que les règles ci-dessus énoncées, que les parties ne peuvent modifier conventionnellement, sont applicables aux contrats qui étaient en cours à la date de sa publication et qu'elles ne permettent pas de considérer comme valables les clauses de subsidiarité »³⁸.

Encore, au visa des alinéas 4 et 5 de l'article L. 121-4 du Code des assurances dans sa rédaction issue de la loi du 13 juillet 1982, il est décidé « qu'il résulte de ce texte, dont les dispositions sont impératives, qu'en cas d'assurances cumulatives contractées sans fraude, la personne pouvant prétendre à indemnisation peut obtenir celle-ci de l'assureur de son choix (...) »³⁹.

Au visa de l'article L. 121-4, alinéas 4 et 5, du Code des assurances, dans sa rédaction résultant de la loi du 13 juillet 1982, ensemble l'article 10 de cette loi, il est précisé « qu'il résulte du premier de ces textes qu'en cas d'assurances cumulatives contractées sans fraude, le bénéficiaire du contrat peut obtenir l'indemnisation de ses dommages en s'adressant à l'assureur de son choix, la contribution ultérieure entre assureurs s'effectuant selon la règle que le texte détermine ; qu'il résulte du second que les règles ci-dessus énoncées, que les parties ne peuvent modifier conventionnellement, sont applicables aux contrats qui étaient en cours à la date de sa publication et qu'elles ne permettent pas de considérer comme valables les clauses de subsidiarité »⁴⁰. La position est ici limpide.

Il peut y avoir difficulté à discerner le type de stipulation, à bien scruter, avec l'enjeu de qualification et de régime correspondant. Dans un cas, la société unique souscripteur (propriétaire de la station-service dans laquelle exerçait la société locataire gérante et exploitante, fautive à l'égard d'un tiers victime) s'était adressée à un de ses assureurs, et à l'autre subsidiairement, dont la police comprenait une clause selon laquelle « les contrats souscrits par ailleurs constituent une première ligne de garantie et seront considérés en cas de sinistre comme franchise du présent contrat, lequel constituera une garantie de seconde ligne ».

³⁶ Déjà, Cass. civ. 30 nov. 1931, RGAT 1932, p. 36, note M. P..

³⁷ M. Chagny et L. Perdrix, *Droit des assurances*, LGDJ, coll. « Manuel », 4^e éd., 2018, n° 552, pp. 306-307 : « Si ces clauses sont illicites en présence d'assurances cumulatives au sens de l'article L. 121-4 du Code des assurances, rien ne permet de fonder leur illicéité en l'absence d'un tel cumul. Dans l'hypothèse où tous les contrats d'assurance contiendraient une clause de subsidiarité, il y aurait néanmoins une neutralisation de ces clauses par le juge. Elles seraient réputées non écrites ».

³⁸ Civ. 1^{re}, 16 juin 1987, n° 86-10.190 : Bull. civ. I, n° 193 ; D. 1988, Somm., p. 150, obs. H. Groutel ; RGAT 1987, p. 395, note J. Bigot : « la clause de subsidiarité figurant au contrat ne pouvait jouer ».

³⁹ Civ. 1^{re}, 16 oct. 1990, n° 88-10.546 : Bull. civ. I, n° 212 ; RGAT 1991, p. 27, note H. Margeat et J. Landel ; RCA 1990, comm. 428 ; H. Groutel, Le cumul d'assurances sur les véhicules personnels des préposés, RCA 1990, chron. 25. - Rappel de la règle, Crim. 21 juin 1988, n° 87-80.794 : Bull. crim., n° 281 ; RCA 1988, comm. 26, note H. Groutel ; RGAT 1988, p. 772.

⁴⁰ Civ. 1^{re}, 22 nov. 1994, n° 91-19.336 : Bull. civ. I, n° 335 ; RCA 1995, comm. 33 ; RGAT 1995, p. 27, note J. Kullmann. - Encore, sur le principe d'interdiction, Civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, n° 94-15.436 : Bull. civ. I, n° 388 ; RCA 1997, comm. 67 ; RGDA 1997, p. 101, note A. Favre-Rochex.

La Cour ne se laisse pas abuser par le vocabulaire employé, analysant les polices pour cerner le montage et la situation - et retenir, outre le même risque couvert, la qualité d'assuré dans les deux polices, point qui était discuté. (Les polices en cause garantissaient de manière identique la prise en charge des frais de défense.) Elle en déduit « qu'il n'était pas contesté par les parties intéressées que les deux contrats d'assurance, garantissant un même intérêt contre un même risque, étaient cumulatifs, de sorte que les clauses de subsidiarité de second rang identiques qu'ils comportaient devaient être réputées non écrites ». Au visa des articles L. 121-4 du Code des assurances et 1134 du Code civil, la Cour dégage un attendu de principe ciselé : « selon le premier de ces textes, que dans le cas où l'on est assuré auprès de plusieurs assureurs par plusieurs polices, pour un même intérêt, contre un même risque, chacune produit ses effets dans les limites de la garantie du contrat et dans le respect des dispositions de l'article L. 121-1 quelle que soit la date à laquelle l'assurance aura été souscrite, et que, dans ces limites, le bénéficiaire du contrat peut obtenir l'indemnisation de ses dommages en s'adressant à l'assureur de son choix »⁴¹. Le régime des assurances cumulatives s'applique car, ici, les « stipulations communes contrarient la notion d'assurances en lignes puisqu'elles ont pour effet de se neutraliser mutuellement »⁴².

Le cas est différent de l'hypothèse du concours pouvant résulter d'assurances par lignes, que nous avons présentées⁴³. Pour celles-ci - à la qualification certaine -, la garantie s'applique si une autre garantie n'a pas vocation à s'appliquer - donc sans chevauchement. Pour l'interdiction de la clause de subsidiarité, on se situe bien dans l'hypothèse de cumul d'assurances. C'est une hiérarchie entre les contrats d'assurance en place.

Différents types de clause de subsidiarité pouvaient se rencontrer. Un assureur subordonne son intervention auprès de l'assuré à l'absence d'autres contrats garantissant le même risque ou à l'insuffisance des indemnités versées par les autres assureurs ou à la défaillance d'une autre assurance, avec des motifs précisés ou non⁴⁴, autre contrat souscrit antérieurement ou postérieurement.

Se pose un problème d'interprétation, après la loi de 1982, pour déterminer si l'on est en présence ou pas d'assurances cumulatives, partant de savoir si le jeu de la clause de subsidiarité est interdit ou non, semble-t-il⁴⁵. Des décisions permettent de songer à un tempérament de la position de principe au regard de la mise à l'écart de la notion de cumul, donc des critères de celui-ci⁴⁶. Alors, dans ce contexte précis, pourrait être admise la validité de la clause de subsidiarité⁴⁷.

⁴¹ Civ. 2^e, 9 juill. 2009, n^{os} 07-21.855 et 07-22.071 ; RCA 2009, comm. 304, note G. Courtieu ; RGDA 2009, p. 1143, note J. Bigot.

⁴² G. Courtieu, note sous Civ. 2^e, 9 juill. 2009, n^{os} 07-21.855 et 07-22.071 ; RCA 2009, comm. 304.

⁴³ Comp. Civ. 2^e, 11 juin 2009, n^o 08-16.362 ; RCA 2009, comm. 269 et comm. 270 ; RGDA 2009, p. 735, note J. Bigot ; JCP G 2010, 428, n^{os} 10-12, obs. L. Mayaux.

⁴⁴ Exemple, Civ. 1^{re}, 6 juin 1972, n^o 71-11.656 : Bull. civ. I, n^o 147 : le contrat « ne comportait aucune distinction selon les raisons de l'insuffisance de la première police ».

⁴⁵ Des divisions d'analyse relevées, S. Magnan et C. Roques, Les assurances cumulatives en assurances de choses (Le régime légal et les conventions professionnelles), RGAT 1984, p. 497, spéc. pp. 516-517.

⁴⁶ Conclusion pratique identique avec explication personnelle par rapport à la présentation habituelle, H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, LexisNexis Litec, 1^{re} éd., 2008, n^o 1305, p. 849 : « la clause est valable parce qu'il n'y avait pas cumul d'assurances. Ce raisonnement n'est pas exact. Il inverse la cause et l'effet : c'est parce que la clause de subsidiarité est licite qu'elle donne valablement un caractère complémentaire aux assurances en cause qu'il n'y a pas de cumul ».

⁴⁷ Déjà, M. Ruault, Assurances cumulatives et assurances subsidiaires non cumulatives, Gaz. Pal. 14 oct. 1982, 2, doct., p. 511, spéc. p. 513 : « lorsque deux contrats n'ont pas le caractère d'assurances cumulatives, rien n'interdit la subsidiarité ou la complémentarité de l'un par rapport à l'autre, indépendamment de leurs dates respectives ».

Au lendemain consommé de la loi de 1982, mais avant le revirement de 2000 sur le critère de l'unicité du souscripteur afin de caractériser un cumul, la Cour de cassation a pu se prononcer, certes dans une affaire inédite, dont certains ont pu regretter la non publication au *Bulletin*. Pour dresser totalement le contexte, c'était également avant l'instauration d'une assurance de RC obligatoire en matière médicale, intervenue en 2002⁴⁸. La clinique disposait d'une assurance, comme les praticiens y exerçant. Le pourvoi insistait sur la prohibition des clauses de subsidiarité par le droit nouveau. Se fondant sur le fait que « la condition d'identité d'intérêt faisait défaut » plutôt que sur l'absence d'identité de risque, peut-être mieux adaptée, la Cour a approuvé « les juges du second degré qui ont procédé à l'analyse des clauses des polices souscrites [et] ont exclu l'existence d'un cumul en considérant que la police du GAMF avait pour objet de prémunir les clients de la clinique contre un éventuel défaut d'assurance des médecins qui y exerçaient leur activité »⁴⁹. Un commentateur approbatif, partisan de trier entre les clauses de subsidiarité afin d'en sauver certaines, a indiqué que, dans ce but, il faut « les analyser non comme des clauses de règlement (illicite) d'un cumul existant, mais comme des clauses de qualification destinées, en raison de leur finalité, à éviter un cumul d'assurance »⁵⁰. Au profit final des patients, l'intervention de telle police était conditionnée par la défaillance de la police de l'autre.

Visiblement, même si la solution de l'espèce peut se discuter, si l'on cherche à en tirer un enseignement plus général, lorsque les conditions du cumul ne sont pas réunies, rien n'empêche le jeu d'une clause de subsidiarité alors valable.

La jurisprudence l'a admis plus ouvertement. N'est pas nié, d'abord, le principe de l'interdiction depuis 1982, sur lequel le pourvoi du médecin anesthésiste salarié, responsable, cherchait à s'appuyer en soulignant le libre choix de l'assuré (« les clauses de subsidiarité n'étant pas valables »). Ensuite, la clause joue car le cumul est inexistant : « la cour d'appel a relevé que l'assurance souscrite auprès de la CIAM pour couvrir le dommage auquel les clients de la clinique s'exposeraient en cas d'insuffisance ou de défaut d'assurance de son personnel médical, avait uniquement vocation à jouer en cas d'insuffisance ou de défaut d'assurance [du médecin] et que tel n'était pas le cas en l'espèce ; que c'est à bon droit qu'elle a estimé valable cette clause de subsidiarité dès lors que les intérêts en cause, et donc les risques assurés, n'étaient pas les mêmes et qu'elle a déclaré en conséquence que les assurances considérées n'étaient pas cumulatives »⁵¹.

Une autre espèce est moins nette car elle ne traite pas directement du cumul, mais elle a pu alimenter la réflexion sur la clause de subsidiarité. Les parents disposaient d'une assurance de leur responsabilité civile de chefs de famille, étant civilement responsables de leur fils mineur ayant causé des dommages au volant d'un véhicule volé à un tiers assuré par sa police. (On passera sur les dispositions garantissant les victimes dans ce genre de circonstances.) La cour

puisque par hypothèse le principe indemnitaire est respecté ». - B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia, *Droit des assurances*, LGDJ Lextenso éditions, coll. « Précis Domat », 4^e éd., 2018, n° 567, p. 562.

⁴⁸ C. assur., art. L. 251-1 ; CSP, art. L. 1142-2, textes créés par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, et depuis modifiés.

⁴⁹ Civ. 1^{re}, 25 mai 1992, n° 90-21.834 ; RGAT 1992, p. 601, note J. Beauchard ; RCA 1992, comm. 333 ; H. Groutel, Le sauvetage des « bonnes clauses » de subsidiarité en matière d'assurances cumulatives, RCA 1992, chron. 27.

⁵⁰ H. Groutel, Le sauvetage des « bonnes clauses » de subsidiarité en matière d'assurances cumulatives, RCA 1992, chron. 27 : illustrations du propos, notamment quant à l'incidence sur les primes perçues.

⁵¹ Civ. 1^{re}, 9 avr. 2002, n° 00-21.014 : Bull. civ. I, n° 114 ; RCA 2002, comm. 234 et comm. 243, note H. Groutel ; RTD civ. 2002, p. 516, note P. Jourdain ; Dr. & patr. 2002, n° 106, p. 96, note F. Chabas.

d'appel s'était placée sur le terrain de l'exclusion conventionnelle, non formelle ni limitée (C. assur., art. L. 113-1), afin de condamner la clause de la police des parents : « la clause garantissant les dommages causés ou subis par un véhicule à moteur dont l'assuré n'avait ni la propriété ni la jouissance et résultant de son utilisation à son insu par toute personne dont il serait reconnu civilement responsable et notamment par un enfant mineur, avait pour conséquence, en ce qu'elle s'exerçait à défaut ou en complément de l'assurance relative au véhicule considéré, d'emporter exclusion à la garantie générale des dommages résultant des vols commis par les personnes dont l'assuré était civilement responsable et, notamment, ses enfants mineurs ». Certes, à suivre le revirement effectif de 2000, en présence de souscripteurs multiples, le cumul ne pouvait être caractérisé. Là n'était pas la question. La Cour considère que « la clause litigieuse qui stipulait que la garantie prévue par la police s'exerçait à défaut ou en complément de l'assurance relative au véhicule considéré, avait pour objet de déterminer l'étendue de la garantie »⁵². Il s'agissait donc d'une condition de la garantie jugée licite. En l'absence de cumul, on constate le jeu possible de ce genre de stipulation.

Il existe des opinions doctrinales à ce propos. En raison de l'exigence de l'unicité du souscripteur pour caractériser un vrai cumul (apparue depuis 2000), certains auteurs estiment que la clause de subsidiarité est valable en présence de plusieurs souscripteurs⁵³. Ce serait effectivement dans la logique de la nouvelle qualification du cumul⁵⁴. Par exemple, dans une affaire d'assurance construction (responsabilité décennale), la troisième chambre civile de la Cour de cassation a jugé « qu'ayant retenu qu'avait été souscrit, pour le compte de la société Plasteurop, une assurance de second rang venant en complément et après épuisement des garanties et franchises des polices souscrites par cette société pour son propre compte, la cour d'appel a pu en déduire qu'il n'existait aucun cumul d'assurance »⁵⁵.

Malgré la critique du critère de l'unicité du souscripteur, certains peuvent y voir cependant un avantage sur le terrain de la clause de subsidiarité. Dans cette optique, de soutenir à propos de la solution de 2000 : « Elle s'accompagne néanmoins d'un inconvénient. Lorsque le cumul d'assurance est écarté sur le seul constat d'une absence d'identité des souscripteurs, l'assuré peut choisir librement l'assureur qui devra supporter le poids de l'indemnisation, ce dernier ne pouvant exercer de recours contre l'autre. Cette liberté de choix du bénéficiaire des contrats d'assurance peut néanmoins être limitée par l'insertion d'une clause de subsidiarité dans un des contrats »⁵⁶.

⁵² Civ. 1^{re}, 11 juin 2003, n° 00-13.361 ; H. Groutel, À propos de la clause de subsidiarité dans les assurances de responsabilité, RCA 2003, chron. 25.

⁵³ H. Groutel, Les concours d'assurances, RCA 2012, in Dossier *Les concours de responsabilités : entre dialogue et conflits*, Étude 13, spéc. n° 7. - H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, LexisNexis Litec, 1^{re} éd., 2008, n° 1307, p. 850.

⁵⁴ Implic. Civ. 2^e, 17 févr. 2005, n° 03-14.402 : Bull. civ. II, n° 32 ; RCA 2005, comm. 171, note H. Groutel.

⁵⁵ Civ. 3^e, 15 mars 2006, n° 04-20.228 : Bull. civ. III, n° 63 ; RCA 2006, comm. 207.

⁵⁶ M. Chagny et L. Perdrix, *Droit des assurances*, LGDJ, coll. « Manuel », 4^e éd., 2018, n° 552, p. 306.

Chacun peut apporter des arguments afin de plaider pour le maintien de certaines clauses de subsidiarité⁵⁷. La réserve est parfois manifestée sur une telle analyse tendant à tempérer l'interdiction absolue de ce genre de stipulation⁵⁸.

Pour d'autres auteurs⁵⁹, les juges n'appréhendent la clause de subsidiarité qu'au stade du régime de l'article L. 121-4. Une telle clause déroge à la règle impérative de contribution de l'ensemble des assureurs, si bien qu'elle est réputée non écrite. Les juges ne s'intéressent pas au rapport entre cette clause et la notion de cumul. Or, la clause de subsidiarité peut aussi bien être analysée au regard des conditions du cumul. Il s'agirait d'éviter l'apparition d'une situation de cumul d'assurances. La clause pourrait exclure le cumul parce qu'elle limiterait l'étendue de la garantie. Retenir une telle analyse, conduirait à la validité de principe de la clause de subsidiarité.

Pour l'heure, relevons la condamnation ferme de la clause de subsidiarité en présence d'un réel cumul d'assurances, dans le respect de la loi de 1982. L'effort de tempérament peut exister, mais alors le cumul s'éloigne, et même s'évanouit - serait-ce en raison de circonstances de fait pouvant être appréciées autrement quant à la qualification sélectionnée. Grâce au critère de l'unicité du souscripteur, la clause de subsidiarité peut avoir un empire jusqu'aux frontières du cumul à ne pas franchir.

c) La dérogation légale

Quittons le droit commun de l'article L. 121-4 du Code des assurances. Il faut évoquer l'influence possible de réformes législatives dérogeant à la règle de principe, impérative (loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité médicale dite loi About ; loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière).

En assurance de responsabilité, des contrats peuvent se succéder dans le temps⁶⁰. En fonction de l'événement choisi pour le déclenchement de la garantie (base réclamation de la victime – clause *claims made* - ou base fait dommageable)⁶¹, il est possible de se trouver en situation de

⁵⁷ H. Groutel, Le sauvetage des « bonnes clauses » de subsidiarité en matière d'assurances cumulatives, RCA 1992, chron. 27 et À propos de la clause de subsidiarité dans les assurances de responsabilité, RCA 2003, chron. 25 ; H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, LexisNexis Litec, 1^{re} éd., 2008, nos 1303-1307, pp. 846-850 ; n° 1305, p. 849 note 211. En grande synthèse, les auteurs estiment que le problème a été mal posé à l'origine car les clauses de subsidiarité visent à éviter l'apparition d'une situation de cumul, en articulant les garanties des contrats. C'est pourquoi il faut désapprouver l'annulation systématique, sans nuance, de ces clauses. La validité de principe préconisée ne serait en rien absolue. La nullité est à réserver pour la fraude consistant en une clause « stipulée dans l'unique dessein d'échapper aux règles de répartition » en cas de cumul (des pistes de détection difficile). De même, « le caractère obligatoire de l'assurance devrait également interdire la stipulation de la clause de subsidiarité ». Les auteurs conviennent toutefois qu'il n'y a « pas de critère décisif permettant d'opérer un tri entre les clauses licites et celles qui ne le sont pas ». Observant la jurisprudence et plaçant pour la nuance, les auteurs estiment que les clauses devraient être considérées comme délimitant le risque assuré ou déterminant les conditions de la garantie, au nom de la liberté contractuelle.

⁵⁸ J. Bigot (dir.), *Traité de droit des assurances*, tome 3 *Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2^e éd., 2014, n° 672, pp. 314-315, n° 676, p. 319.

⁵⁹ B. Beignier et J.-M. Do Carmo Silva (dir.), *Code des assurances*, LexisNexis, 2021, sous l'art. L. 121-4, point 16.

⁶⁰ H. Groutel, Les concours d'assurances, RCA 2012, in Dossier *Les concours de responsabilités : entre dialogue et conflits*, Étude 13, spéc. n° 9.

⁶¹ Sur le fonctionnement, A. Astegiano-La Rizza, L'étendue de la garantie dans le temps en assurance responsabilité civile, in Retos y desafíos del contrato de seguro : del necesario *aggiornamento* a la metamorphosis del contrato. Libro homenaje al profesor Rubén Stiglitz, éd. Thomson Reuters, Civitas, Espagne, A. B. Veiga Copo (dir.), M. Martínez Muñoz (coord.), 2020, Parte IV, Capítulo 24, p. 681.

cumul d'assurances. Un régime spécifique a été forgé en conséquence. La loi a en effet pu conduire à l'admission de la mise à l'écart du libre choix de l'assuré de l'article L. 121-4, alinéa 4, du Code des assurances, et du calcul de l'article L. 121-4, alinéa 5, partant de la répartition proportionnelle. Est donnée une priorité légale à tel contrat sur un autre. Il peut en effet exister des dispositions particulières⁶².

Il en va ainsi pour les assurances de responsabilité professionnelle médicale avec l'article L. 251-2, alinéa 7, du Code des assurances, dont la jurisprudence fait application : « Lorsqu'un même sinistre est susceptible de mettre en jeu la garantie apportée par plusieurs contrats successifs, il est couvert en priorité par le contrat en vigueur au moment de la première réclamation, sans qu'il soit fait application des dispositions des quatrième et cinquième alinéas de l'article L. 121-4 »⁶³. Pareillement, pour les assurances de responsabilité en général, l'article L. 124-5, alinéa 6, du Code des assurances précise : « Lorsqu'un même sinistre est susceptible de mettre en jeu les garanties apportées par plusieurs contrats successifs, la garantie déclenchée par le fait dommageable ayant pris effet postérieurement à la prise d'effet de la loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière est appelée en priorité, sans qu'il soit fait application des quatrième et cinquième alinéas de l'article L. 121-4 ».

Retenons que le régime de base laisse place à la liberté de choix de l'assuré, ce qui oblige à organiser les rapports entre les assureurs du cumul.

C) La contribution

En cas de cumul, la loi prévoit ensuite le règlement des rapports entre assureurs, leur contribution respective. Il faut distinguer cette contribution légale (répartition proportionnelle) de celle conventionnelle, qui demeure ouverte.

Le législateur se prononce sur la manière de répartir la charge finale entre assureurs dans le silence de leur négociation. La critique est aisée, mais l'art est difficile. « Sur le plan technique, l'organisation d'un système satisfaisant de répartition de la charge entre les différents assureurs s'avère bien ardue »⁶⁴. La loi laisse néanmoins place à l'accord des professionnels afin d'aménager leurs rapports, si bien que l'œuvre législative perfectible peut, en fait, être relayée par les conventions entre assureurs encouragés à s'organiser s'ils n'apprécient pas le système légal en place. Le système légal (1°) n'empêche pas l'organisation par convention entre assureurs (2°).

1°) Le système légal

En vertu de la loi française, l'assureur *solvens* peut recourir contre l'autre ou les autres assureur(s) pour sa ou leurs part(s). L'assureur préalablement choisi, qui a versé la garantie (règlement), a un recours contre les autres assureurs. Chacun contribue à l'indemnité en fonction de ses engagements contractuels vis-à-vis de l'assuré.

⁶² V. J. Bigot (dir.), *Traité de droit des assurances*, tome 5 *Les assurances de dommages*, LGDJ, 1^{re} éd., 2017, n° 1551, pp. 633-634 ; n° 1552, p. 635 ; n° 1554, pp. 635-636. Il est observé que la loi conduisant à créer des cumuls, il est logique d'offrir un régime dérogatoire.

⁶³ V. J. Bigot (dir.), *Traité de droit des assurances*, tome 5 *Les assurances de dommages*, LGDJ, 1^{re} éd., 2017, n° 1548, p. 632.

⁶⁴ M. Fontaine, Pluralité d'assurances et assurances « cumulatives » : approches comparatives et problèmes récents, in Études offertes à Hubert Groutel, *Responsabilité civile et assurances*, LexisNexis Litec, 2006, p. 145, spéc. p. 149.

Nul doute que le système légal peut différer d'un pays à l'autre. Par exemple, toujours sous réserve d'un possible aménagement conventionnel, l'article 2496, alinéa 3, du Code civil du Québec prévoit : « Entre les assureurs, à moins d'entente contraire, l'indemnité est répartie en proportion de la part de chacun dans la garantie totale, sauf en ce qui concerne une assurance spécifique, laquelle constitue une assurance en première ligne »⁶⁵.

À propos de la répartition de la charge du sinistre en cas de pluralité de contrats, la loi belge du 4 avril 2014 a souhaité envisager différentes situations par son article 99 - le vœu ne fait pas forcément l'exhaustivité, ni la règle parfaitement satisfaisante. Là encore, la convention contraire est ouverte. Cette disposition énonce successivement : « (...) § 2. Sauf accord entre les assureurs au sujet d'un autre mode de répartition, la charge du sinistre se répartit comme suit : 1° Si la valeur de l'intérêt assurable est déterminable, la répartition s'effectue entre les assureurs proportionnellement à leurs obligations respectives ; 2° Si la valeur de l'intérêt assurable n'est pas déterminable, la répartition s'effectue par parts égales entre tous les contrats jusqu'à concurrence du montant maximum commun assuré par l'ensemble des contrats ; sans qu'il ne soit plus tenu compte des contrats dont la garantie effectivement accordée atteint ce dernier montant, le solde éventuel de l'indemnité se répartit de la même manière entre les autres contrats, cette technique de répartition étant reproduite par tranches successives jusqu'à la hauteur du montant total de l'indemnité ou des garanties effectivement accordées par l'ensemble des contrats ; 3° Lorsqu'un ou plusieurs assureurs ne peuvent payer tout ou partie de leur quote-part, celle-ci est répartie entre les autres assureurs de la manière prévue au 2°, sans toutefois que le montant assuré par chacun puisse être dépassé. § 3. Lorsqu'un ou plusieurs assureurs ne peuvent payer tout ou partie de leur quote-part, les autres assureurs disposent contre eux d'un droit de recours dans la mesure où ils ont assumé des charges supplémentaires ». Par la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, à l'instar de la précédente loi du 25 juin 1992 (succédant à la loi du 11 juin 1874), le système belge opère ainsi une distinction suivant que la valeur de l'intérêt assurable est déterminable (assurance de choses, assurances de responsabilités limitées) ou non (assurances de responsabilités illimitées).

En France, l'assureur régleur a un droit propre afin de récupérer la part contributive d'un autre assureur⁶⁶. Il ne s'agit pas d'une subrogation légale dans les droits du bénéficiaire qui a été indemnisé. Dès lors, l'assureur ne bénéficie pas de la transmission des droits du bénéficiaire désintéressé. Partant, à supposer qu'une procédure collective concerne l'assureur à qui est adressée la demande contributive, l'autre assureur qui a déjà payé le bénéficiaire a l'obligation de déclarer sa créance sous peine de forclusion⁶⁷. N'agissant pas au titre d'une subrogation⁶⁸, il ne peut invoquer la dispense de déclaration prévue par la loi⁶⁹.

La part de chacun est calculée selon les règles légale fournies⁷⁰, qui s'imposent, sauf autre texte spécial décidant différemment. La solution vaut pour les contrats en cours à la publication de la loi de 1982, applicable avec effet immédiat au sinistre survenu post droit nouveau. Ainsi, il

⁶⁵ Section III De l'assurance de dommages, § 2 Des assurances de biens, V Du sinistre et du paiement de l'indemnité.

⁶⁶ Déjà, avant la loi de 1982, Civ. 1^{re}, 14 nov. 1978, n° 77-12.222 : Bull. civ. I, n° 343 ; D. 1980, IR, 177, obs. C.-J. Berr et H. Groutel ; RGAT 1979, p. 55, note A. Besson.

⁶⁷ B. Beignier et J.M. Do Carmo Silva (dir.), Code des assurances, LexisNexis, 2021, sous l'art. L. 121-4, point 22.

⁶⁸ Implic. Civ. 1^{re}, 11 janv. 1989, n° 85-11.721 : Bull. civ. I, n° 2.

⁶⁹ C. assur., art. L. 326-4.

⁷⁰ Civ. 1^{re}, 30 mai 1995, n° 92-10.985 : Bull. civ. I, n° 218 ; RCA 1995, comm. 315 ; RGAT 1995, p. 541, note R. Maurice - Civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, n° 94-15.436 : Bull. civ. I, n° 388 ; RCA 1997, comm. 67 ; RGDA 1997, p. 101, note A. Favre-Rochex.

est admis que « la clause de subsidiarité figurant au contrat ne pouvait jouer et que la règle applicable en la matière était, s'agissant dans chaque cas d'une garantie de responsabilité civile illimitée, qu'après indemnisation des victimes la charge définitive de cette indemnisation fût répartie par moitié entre les assureurs »⁷¹.

La répartition légale impérative est rappelée au visa des « alinéas 4 et 5 de l'article L. 121-4 du Code des assurances dans sa rédaction résultant de la loi du 13 juillet 1982 ». Il est jugé « qu'il résulte de ce texte, dont les dispositions sont impératives, qu'en cas d'assurances cumulatives contractées sans fraude, la personne pouvant prétendre à indemnisation peut obtenir celle-ci de l'assureur de son choix, la répartition de la charge de l'indemnité devant s'effectuer entre les assureurs selon la proportion prévue par ce texte ». En l'occurrence, le salarié préposé avait souscrit une assurance RC automobile garantie « usage affaires », tandis que son employeur commettant avait conclu une « police garantissant, en particulier, la responsabilité civile de ses employés au cas où ils utiliseraient leur véhicule personnel pour leur activité professionnelle ». Ce dernier contrat comportait la clause suivante : « si le contrat souscrit personnellement par le collaborateur (est) déjà en usage affaire, la présente assurance ne s'applique qu'en complément et après épuisement des garanties accordées par le ou les autres assureurs ». Il est jugé que « les assurances couvrant le risque litigieux étaient cumulatives », si bien que les assureurs « qui garantissaient l'une et l'autre, sans limitation de somme, la responsabilité civile [du préposé] envers les tiers, devaient contribuer chacune pour moitié au paiement de l'indemnité allouée à la victime de l'accident »⁷².

Dans une autre affaire, le propriétaire d'un tracteur assuré a donné son engin à réparer à un garagiste, en transférant son contrat sur un véhicule de remplacement. Le garagiste lui a prêté un tracteur de remplacement qu'il avait fait assurer auprès de sa compagnie, ladite assurance couvrant la responsabilité civile de tout emprunteur de ce véhicule, mais la garantie n'étant due que subsidiairement, après épuisement de celle dont l'emprunteur pourrait se prévaloir auprès d'un autre assureur. En écartant la clause de subsidiarité invoquée par l'un contre l'article L. 121-4 dont se prévalait l'autre, la chambre criminelle de la Cour de cassation a départagé les assureurs. Les « assurances couvrant le risque litigieux étaient cumulatives ». Aussi, « chacun des assureurs, garantissant sans limitation de somme la responsabilité civile du conducteur du tracteur envers les tiers, devait contribuer pour moitié au paiement de l'indemnité »⁷³.

Dans le cadre d'un séjour en club, se produit un accident de ski lors d'un cours collectif. Une action en responsabilité est dirigée contre l'adhérente du club fautive disposant d'une assurance RC auprès d'un assureur et d'une autre auprès d'un autre assureur en cas d'accident causé à l'occasion d'une activité sportive (plus spécifique). Dans la première police du club (assurance pour compte), « il est expressément stipulé que la garantie de cet assureur n'interviendra qu'en « complément, après épuisement ou à défaut » des autres polices d'assurance de responsabilité

⁷¹ Civ. 1^{re}, 16 juin 1987, n° 86-10.190 : Bull. civ. I, n° 193 ; D. 1988, Somm., p. 150, obs. H. Groutel ; RGAT 1987, p. 395, note J. Bigot.

⁷² Civ. 1^{re}, 16 oct. 1990, n° 88-10.546 : Bull. civ. I, n° 212 ; RGAT 1991, p. 27, note H. Margeat et J. Landel ; RCA 1990, comm. 428 ; H. Groutel, Le cumul d'assurances sur les véhicules personnels des préposés, RCA 1990, chron. 25. - Civ. 1^{re}, 22 nov. 1994, n° 91-19.336 : Bull. civ. I, n° 335 ; RCA 1995, comm. 33 ; RGAT 1995, p. 27, note J. Kullmann.

⁷³ Crim. 21 juin 1988, n° 87-80.794 : Bull. crim., n° 281 ; RCA 1988, comm. 26, note H. Groutel ; RGAT 1988, p. 772 : « il résulte de l'article L. 121-4 du Code des assurances, dont les dispositions sont impératives, qu'en cas d'assurances cumulatives contractées sans fraude la personne pouvant prétendre à indemnisation peut obtenir celle-ci de l'assureur de son choix, la répartition de la charge de l'indemnité devant s'effectuer entre les assureurs selon la proportionnalité prévue par ce texte ».

qui auraient pu être souscrites »⁷⁴. Les deux polices « garantissaient l'une et l'autre, sans limitation de sommes, la responsabilité civile de [l'adhérente assurée] à l'égard des tiers pendant la période correspondant à son séjour dans l'établissement du Club Méditerranée et étaient donc cumulatives dès lors qu'elles avaient été souscrites pour un même intérêt et contre un même risque ». Au visa de l'article L. 121-4, alinéas 4 et 5, du Code des assurances, il est décidé « qu'en pareil cas, nonobstant la stipulation de clause de subsidiarité ou de complémentarité, les assureurs doivent contribuer au paiement de l'indemnité allouée à la victime dans la proportion impérativement fixée ».

Les illustrations données peuvent être contrariées, du fait de l'émergence en 2000 du critère de l'unicité du souscripteur, ce qui permet de sauvegarder parfois la clause de subsidiarité.

L'article L. 121-4, alinéa 5, du Code des assurances dispose : « Dans les rapports entre assureurs, la contribution de chacun d'eux est déterminée en appliquant au montant du dommage le rapport existant entre l'indemnité qu'il aurait versée s'il avait été seul et le montant cumulé des indemnités qui auraient été à la charge de chaque assureur s'il avait été seul »⁷⁵.

Afin de savoir ce que tel assureur doit au titre de son contrat, il faut appliquer franchises, plafonds, voire la règle proportionnelle du taux de prime pour la déclaration du sinistre (C. assur., art. L. 113-9), ou encore la règle proportionnelle de capitaux (C. assur., art. L. 121-5). Il s'agit d'une répartition proportionnelle à leurs engagements respectifs d'assureur. La jurisprudence le rappelle à l'occasion.

Une règle de trois pour ce calcul de la contribution de chaque assureur est à suivre. On fait le calcul du montant cumulé des garanties souscrites, de toutes les indemnités qui auraient pu être versées (dénominateur, en dessous / B). À cette somme, on rapporte le montant que chacun des assureurs doit en application du contrat conclu (numérateur, au-dessus / A). On obtient une fraction (A sur B), et on opère la multiplication au montant du dommage subi. Contribution de chaque assureur = le montant du dommage (10) X la garantie (3 pour A ou 17 pour B) souscrite sur le cumul des garanties souscrites (20) (exemple 1).

Prenons des illustrations chiffrées. Exemple 1 : 30 sur 20 = 1,50 soit 8,50 ; 170 sur 20 = 8,50 soit 1,50. Exemple 2 : 3 assureurs à 120 d'où 360 en cumul. Si le dommage est 120 X 120/360 c'est-à-dire 1/3 = 40 à verser et 80 (40 + 40) à récupérer. Exemple 3 : 2 assureurs, A 100 et B 60, avec un dommage à 120. Dommage de 120 X 100/160 = 75 à verser pour A et 45 à récupérer auprès de B. Et inversement. Ce mécanisme de contribution proportionnelle relève de la loi d'ordre public. Par exemple, la répartition ne saurait être dictée en prenant en considération l'ordre des dates d'effets des différents contrats.

La procédure peut néanmoins avoir une incidence. Malgré le caractère d'ordre public des règles du régime légal de la contribution, il faut tenir compte des répercussions des exigences de loyauté dans le procès et du principe de cohérence du plaideur dans la thèse soutenue devant les juges⁷⁶. Nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, principe clairement retenu par la

⁷⁴ Civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, n° 94-15.436 : Bull. civ. I, n° 388 ; RCA 1997, comm. 67 ; RGDA 1997, p. 101, note A. Favre-Rochex.

⁷⁵ S. Magnan et C. Roques, Les assurances cumulatives en assurances de choses (Le régime légal et les conventions professionnelles), RGAT 1984, p. 497, spéc. pp. 507-508 : « Cette formule est bien connue des assureurs « dommages » puisque c'est celle qu'ils appliquaient dans leurs conventions professionnelles de 1954, 1969 et 1980 », et p. 513.

⁷⁶ Comp. l'estoppel.

jurisprudence française. Dans un cas de recours en contribution, l'assureur actionné pour sa part contributive soutenait un système de répartition différent de celui édicté par la loi. Puis, devant la Cour de cassation, il se prévalait de la règle de calcul de l'article L. 121-4 du Code des assurances, contrairement à ses propres écritures antérieures. L'assureur a été jugé irrecevable dans cette demande en raison de son moyen contraire à ses précédentes écritures⁷⁷. La règle de fond de principe est sauve mais le plaideur est sanctionné de son comportement procédural.

Le recours en contribution exercé par l'assureur, fondé sur la loi, n'est pas soumis à la prescription biennale⁷⁸ mais à celle de droit commun, d'une durée plus longue⁷⁹, qui a évolué en législation⁸⁰.

La Cour de cassation en a ainsi décidé, déjà sous l'empire de l'article 30 de la loi de 1930, devenu ensuite l'article L. 121-4. Par une substitution de motifs donnant lieu à une motivation didactique, en réponse à la thèse opposée du pourvoi, il a été jugé que « le recours exercé, au cas d'assurances cumulatives, par un co-assureur, qui, à la suite d'un sinistre, a versé la totalité de l'indemnité due à l'assuré, contre un autre co-assureur, en remboursement de la partie de cette indemnité lui incombant, trouve son fondement dans l'article 30 de la loi du 13 juillet 1930, et, en conséquence, est soumis à la prescription de droit commun, et non à la prescription de deux ans que l'article 25 ne prévoit que pour les actions dérivant du contrat d'assurance »⁸¹. Expliquant le fondement de sa position après la codification de 1976, là encore contre un pourvoi nettement en sens contraire, la première chambre civile a ainsi retenu identiquement que « le recours exercé, au cas d'assurances multiples, par un assureur, qui, à la suite d'un sinistre, a versé la totalité de l'indemnité due à l'assuré, contre un autre assureur, en remboursement de tout ou partie de cette indemnité lui incombant, trouve son fondement dans l'article L. 121-4 du Code des assurances, et, dès lors, est soumis à la prescription de droit commun ainsi que l'a admis à bon droit » la cour d'appel⁸². Si, dans une opinion (André Besson), la solution a pu ne pas être approuvée, dans une autre, il peut être souligné que la directive de la loi d'ordre public qui régit le cumul conduit à cette option, ce qui est à approuver pour un délai plus long que celui biennal.

On peut comprendre que les recours en contribution peuvent générer une gestion assez lourde pour les assureurs. « Dans la pratique, le procédé issu de la loi de 1982 reste peu utilisé entre assureurs qui préfèrent conclure entre eux des conventions de répartition »⁸³.

2°) *L'organisation par convention entre assureurs*

Par de tels accords collectifs, se dessine une contractualisation de la gestion et du règlement des sinistres, spécialement pour le cas du cumul où il existe une certaine interdépendance des

⁷⁷ Civ. 1^{re}, 9 mars 2004, n° 01-17.951 ; RGDA 2004, p. 339, note A. Favre-Rochex : « dans ses conclusions d'appel, la société Les Mutuelles du Mans a soutenu que, pour déterminer la contribution de chaque assureur, il convenait d'appliquer au montant du préjudice le pourcentage que représente le plafond de garantie de chacun par rapport au montant cumulé des plafonds de garantie ».

⁷⁸ C. assur., art. L. 114-1.

⁷⁹ B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia, *Droit des assurances*, LGDJ Lextenso éditions, coll. « Précis Domat », 4^e éd., 2018, n° 644, p. 641. Présentation d'une contestation doctrinale, un temps, à dépasser.

⁸⁰ Plus courte, devenue quinquennale, depuis la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, C. civ., art. 2224.

⁸¹ Civ. 1^{re}, 28 avr. 1964, n° 62-12.518 : Bull. civ. I, n° 216 ; RGAT 1964, p. 465, note A. Besson.

⁸² Civ. 1^{re}, 10 juin 1981, n° 80-10.704 : Bull. civ. I, n° 196 ; RGAT 1982, p. 45, note A. Besson ; D. 1983, p. 216, note C.-J. Berr et H. Groutel.

⁸³ B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia, *Droit des assurances*, LGDJ Lextenso éditions, coll. « Précis Domat », 4^e éd., 2018, n° 595, p. 593.

contrats. Il devient possible de s'évader du cadre légal strict s'imposant sans conteste dans les relations avec l'assuré. Il s'agit d'une forme de déjudiciarisation des rapports des professionnels qui s'arrangent de façon amiable. La contribution légale s'applique impérativement si les assureurs concernés n'ont pas décidé de régler leurs recours par un accord contractuel, qui obéit à l'effet relatif des conventions⁸⁴, partant avec des effets entre les seuls professionnels concernés de l'assurance ne pouvant s'imposer aux tiers⁸⁵.

En pratique, il existe des conventions de règlement entre assureurs pour simplifier l'exercice des recours (de répartition) ou y renoncer. Elles sont inopposables aux assurés ou bénéficiaires ou tiers victimes exerçant l'action directe, qui ne sont pas parties à un tel accord entre assureurs. La hiérarchie entre les contrats n'est pas opposable à l'assuré, mais, entre assureurs, il peut y avoir renonciation à exercer le recours en contribution. En général, on l'évite lorsque l'indemnisation est inférieure à un certain montant, assez faible.

Par exemple, l'ancienne convention dite CIDRE pour les dégâts des eaux (Convention d'Indemnisation Directe et de Renonciation à Recours en dégâts des Eaux), prévoyait une renonciation à recours en cas de dommage matériel inférieur à une certaine somme fixée en euros. Elle a été remplacée, le 1^{er} juin 2018, par la convention inter-assureurs, celle d'Indemnisation et de Recours des Sinistres Immeuble (IRSI) du 13 décembre 2017, mise à jour le 1^{er} juillet 2020. Elle prévoit l'indemnisation directe et la renonciation à recours en dégâts des eaux et incendies, toujours avec un seuil inférieur à une certaine somme en euros.

Les conventions peuvent avoir pour objet de déroger au régime légal de l'article L. 121-4, notamment à l'interdiction des assurances subsidiaires. Il s'agit d'une façon de mettre au premier rang la préoccupation légitime du calcul des primes encaissées en fonction des polices consenties, qui a une incidence sur le poids final du règlement⁸⁶.

Il y a une multitude de conventions sur le marché français⁸⁷. Dans le présent cadre, on ne saurait présenter et expliciter de façon détaillée les nombreuses conventions, évolutives dans le temps⁸⁸, qui règlent les rapports entre assureurs concernant les assurances cumulatives⁸⁹. L'objet est d'encourager une forme de collaboration, qui débute déjà par l'information à délivrer de façon réciproque.

L'examen du contenu des conventions permet de traiter nombre de difficultés pratiques. Par exemple, les assureurs peuvent prévoir un principe d'incontestabilité de l'estimation par expert du dommage subi par l'assuré, ce qui permet d'éviter les remises en cause. L'expertise diligentée par un assureur pour l'évaluation des dommages devient opposable aux autres

⁸⁴ C. civ., ancien art. 1165 ; art. 1199.

⁸⁵ Exemples généraux, Civ. 1^{re}, 27 mai 2003, n^{os} 01-10.478 et 01-10.747 : Bull. civ. I, n^o 125 - Civ. 3^e, 14 mars 2012, n^o 11-11.313 : Bull. civ. III, n^o 42 - Civ. 3^e, 25 nov. 2014, n^o 13-13.466.

⁸⁶ J. Bigot (dir.), *Traité de droit des assurances*, tome 5 *Les assurances de dommages*, LGDJ, 1^{re} éd., 2017, n^o 716, p. 308.

⁸⁷ B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia, *Droit des assurances*, LGDJ Lextenso éditions, coll. « Précis Domat », 4^e éd., 2018, n^o 566, p. 561 : « Ces conventions sont restreintes et sont répertoriées dans une liste exhaustive ». - B. Beignier et J.-M. Do Carmo Silva (dir.), *Code des assurances*, LexisNexis, 2021, annexe 2 Assurance de dommages.

⁸⁸ S. Magnan et C. Roques, *Les assurances cumulatives en assurances de choses (Le régime légal et les conventions professionnelles)*, RGAT 1984, p. 497 : un point en novembre 1984, notamment sur les conventions entre assureurs depuis les années 1950, antérieures et postérieures à la réforme de 1982.

⁸⁹ Présentation de conventions, V. J. Bigot (dir.), *Traité de droit des assurances*, tome 5 *Les assurances de dommages*, LGDJ, 1^{re} éd., 2017, n^{os} 709-723, pp. 305-311. Et annexe 2 assurances de dommages, Code LexisNexis, éd. 2020, p. 1621 suiv..

assureurs⁹⁰. Les modalités de calcul de l'indemnisation peuvent être arrêtées, ce qui facilite grandement la répartition.

En dehors d'une convention entre assureurs réglant le problème, on peut se demander si, en situation de cumul, l'assureur *solvens* ayant désintéressé le bénéficiaire, se retournant ensuite contre le ou les autres assureurs, pourrait se voir opposer par ce(s) dernier(s) une exception qui aurait pu être opposée à l'assuré. L'assureur *solvens* n'est cependant pas subrogé dans les droits de l'assuré désintéressé⁹¹.

Selon le type d'exception opposée, on peut penser que l'existence même du cumul pourrait être en cause. Si l'un des contrats est nul, par hypothèse, on peut douter sérieusement de l'existence du cumul avec les autres contrats des assureurs. Ou alors, quelque peu artificiellement – en occultant la rétroactivité de la nullité⁹² –, il faudrait tenir compte du moment auquel est opposée l'exception, comme pour retenir une espèce de faute. Le fait de ne pas l'opposer immédiatement a ainsi pu créer l'apparence de cumul, d'où le refus de permettre s'en prévaloir ensuite. Mais, même si le pis-aller pratique pourrait s'expliquer, est-ce bien pertinent juridiquement ? La question nous paraît rhétorique.

L'assureur peut-il opposer une exception à celui qui a réglé, qui a été sollicité par l'assuré ? La réponse paraît négative selon l'opinion dominante, indépendamment d'une convention entre assureurs sur l'opposabilité des exceptions. Elle se déduit d'une décision explicite de la Cour de cassation. En vertu de celle-ci, il est jugé que « la cour d'appel a retenu à bon droit que, par application de l'article L. 121-4 précité, la société Khatcherian pouvait obtenir l'indemnisation de son dommage en s'adressant à l'assureur de son choix ; qu'elle en a exactement déduit que le Groupe Azur, après avoir indemnisé cette société sur sa demande, pouvait se prévaloir des dispositions dudit article qui détermine en pareil cas la part contributive de chacun des assureurs et que les Souscripteurs du Lloyd's de Londres, auxquels la société ne s'était pas adressée, n'étaient pas fondés à opposer une déchéance à leur égard pour déclaration tardive du sinistre »⁹³.

Il faut encore prêter attention au pourvoi rejeté, qui nous instruit sur la situation de l'assuré (mauvais payeur de prime, par ailleurs) : « l'indemnité qui aurait été à la charge de l'assureur auquel le sinistre n'a pas été déclaré en temps utile se trouve réduite à néant puisque, s'il avait été seul, il aurait pu opposer à l'assuré la déchéance stipulée pour déclaration tardive ; que, dès lors, en limitant les effets de cette déchéance aux relations entre assureur et assuré et en refusant de l'appliquer entre assureurs cumulatifs, la cour d'appel a violé les articles L. 113-2 et L. 121-4 du Code des assurances ». Cette thèse n'a pas été suivie, ce qui a pu être dénoncé comme n'étant conforme ni à la lettre, ni à l'esprit de la loi. Pour nuancer, on peut néanmoins relever que si l'assuré avait choisi de s'adresser à cet assureur, sa déclaration de sinistre n'aurait probablement pas été tardive, et sanctionnable⁹⁴. On peut ajouter une remarque sur la

⁹⁰ S. Magnan et C. Roques, Les assurances cumulatives en assurances de choses (Le régime légal et les conventions professionnelles), RGAT 1984, p. 497, spéc. p. 512, p. 525. - J. Bigot (dir.), *Traité de droit des assurances*, tome 5 *Les assurances de dommages*, LGDJ, 1^{re} éd., 2017, n° 714, p. 307.

⁹¹ Comp. l'exception de subrogation, celle-ci empêchée par la faute de l'assuré, C. assur., art. L. 121-12, alinéa 2.
⁹² C. civ., art. 1178, al. 2.

⁹³ Civ. 1^{re}, 30 oct. 1995, n° 92-13.254 : Bull. civ. I, n° 379 ; D. 1996, Somm., p. 184, obs. C.-J. Berr ; RCA 1996, n° 36 ; G. Courtieu, L'assuré victime du cumul d'assurance, RCA 1996, chron. 19.

⁹⁴ C. assur., art. L. 113-2, 4°. Le sinistre est ici survenu en 1985. La condition légale de la preuve du préjudice subi par l'assureur en raison du retard de déclaration (condition de la déchéance au jeu ainsi mécaniquement réduit) afin de permettre le jeu de la déchéance conventionnelle n'a été introduite que par la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989.

négligence de l'assuré, tout du moins, lors du sinistre - certes de bonne foi pour la constitution du cumul -, qui a laissé perdre à l'assureur qu'il a choisi pour effectuer le règlement, une chance de récupérer la contribution de l'autre assureur. Qui devait en pâtir, en définitive ? Le contexte n'est peut-être pas pour rien dans l'appréciation judiciaire qui a été faite. On apprend que l'assureur auprès de qui l'assuré avait déclaré tardivement le sinistre, avait résilié la police pour non-paiement de la prime, mais à effet postérieur de moins d'un mois après la date du sinistre, sa garantie étant alors due. Le courtier n'ayant pas avisé l'assureur du non-paiement, sa responsabilité était recherchée car la résiliation n'avait pu intervenir plus tôt.

Une conséquence curieuse en résulte. Un assuré devient « victime » du cumul en présence d'une souscription de deux contrats, de bonne foi. L'assureur contre lequel le recours est exercé oppose en vain à l'assureur *solvens*, ayant directement réglé une indemnité, la déchéance de l'assuré pour déclaration tardive du sinistre (opposabilité des exceptions écartée). Subissant le recours de l'assureur *solvens*, l'autre assureur ayant donc dû le régler a pu se retourner contre l'assuré pour sa part contributive, et obtenir ainsi un remboursement auprès de celui-ci. En ce cas, certains ont pu penser qu'il n'y avait pas cumul. Partant, il n'y aurait pas dû avoir un recours en contribution, ni de recours consécutif contre l'assuré ! Admettons, au moins pour la réflexion, la réalité du cumul, comme du recours contre l'assuré.

Que faut-il craindre en appliquant cette jurisprudence assez marginale ? Les conditions de la compensation n'étant pas réunies entre eux, l'assureur (A) choisi par l'assuré pour le règlement de l'indemnité ne pourrait lui opposer, pour réduire le montant versé dans les limites de son contrat, le montant de la prime due - avant suspension de la garantie - à l'un des autres assureurs du cumul (B). Il en irait ainsi, même en présence d'une convention entre assureurs en ce sens, qui n'oblige en rien l'assuré, tiers à un tel accord. Au regard de la jurisprudence de 1995 sur le refus de prise en compte de la déchéance pour déclaration tardive du sinistre entre professionnels de l'assurance, on peut penser que l'assureur (B) qui a contribué pour sa part auprès de l'assureur (A), ayant lui réglé directement l'assuré, pourrait se retourner contre ce bénéficiaire de la prestation à hauteur de la prime impayée. Il n'y aurait rien d'aberrant, car c'est le prix dû d'une des assurances excessives souscrites (la contrepartie), qui ne peuvent permettre une indemnisation supérieure au dommage effectivement subi. En revanche, si l'assureur n'a pu opposer la réduction proportionnelle de l'indemnité normalement due pour déclaration simplement inexacte du risque (C. assur., art. 113-9), il pourrait récupérer des sommes auprès de l'assuré ayant été initialement réglé par un autre assureur choisi. Mais, si l'assuré ne pouvait prétendre qu'à une somme moindre pour la raison indiquée, on peut se demander si l'on satisfera toujours le critère des assurances multiples qui doivent être excessives.

Il existe une vive critique doctrinale de cette solution isolée de 1995. La solution a pu être jugée « choquante »⁹⁵, l'assuré étant victime du cumul⁹⁶. Le contentieux n'a pas donné, jusqu'à présent, une autre illustration du phénomène. Cette conséquence subie, en fait, par l'assuré s'éloigne de la préoccupation essentielle du texte qui est le respect du principe indemnitaire.

⁹⁵ H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, LexisNexis Litec, 1^{re} éd., 2008, n^{os} 1297-1298, pp. 841-843 : « l'assuré, qui a payé deux primes pour deux contrats qui lui conféraient une garantie cumulée excessive, est moins bien indemnisé qu'un assuré qui n'aurait bénéficié que d'un seul contrat (et payé qu'une seule prime) ».

⁹⁶ G. Courtieu, L'assuré victime du cumul d'assurance, RCA 1996, chron. 19.

Conclusion

Quel devenir pour le cumul d'assurances ? Dans les évolutions futures de l'activité d'assurance, il est parfois annoncé une espèce de recentrage sur les sinistres de grande intensité, un peu comme un retour au début de son développement dans la première partie du XIX^{ème} siècle, notamment dans le domaine maritime. La préoccupation existe depuis longtemps de prendre en charge des catastrophes de grande ampleur, en avertissant sur les limites de l'assurance et de la réassurance. Dans les pays où la population bénéficie largement de l'assurance, l'habitude est prise de fortement consommer le produit ou service qu'est l'assurance. Individuellement, c'est devenu un besoin à multiples facettes dans de nombreux champs, toujours en extension, y compris pour des événements qui auraient paru relever autrefois d'une fatalité du quotidien. L'activité de l'assureur ne se borne plus à un simple flux financier, consistant à verser une somme d'argent en cas de sinistre. C'est toujours important mais point exclusif. Il existe une collaboration pour, en amont, appréhender et gérer le risque. En aval, l'assureur peut offrir des prestations variées au-delà d'une indemnité. Il se diversifie et rencontre parfois la concurrence d'autres acteurs. Le cumul met l'accent sur les sinistres de fréquence qui intéressent fortement les assurés qui recherchent une prise en charge face à nombre d'événements susceptible d'atteindre leur patrimoine. Il demeure donc d'actualité en traduisant la nature de l'assurance de dommages qui aide à faire face à des événements, sans devenir une spéculation source d'enrichissement injustifié.