

Normativité et assurance

Matthieu Robineau

▶ **To cite this version:**

Matthieu Robineau. Normativité et assurance. Droit. Université d'Orléans, 2017. tel-02093228

HAL Id: tel-02093228
https://univ-orleans.hal.science/tel-02093228

Submitted on 8 Apr 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE D'ORLEANS | FACULTÉ DE DROIT ÉCONOMIE & GESTION

CENTRE DE RECHERCHE JURIDIQUE POTHIER – EA 1212

HABILITATION À DIRIGER DES RECHERCHES

Sciences juridiques

présentée et soutenue publiquement

le 14 décembre 2017 par

Matthieu ROBINEAU

Volume 1 - Mémoire

Jury

M. Frédéric DOURNAUX, Professeur à l'Université d'Orléans

M. Jérôme KULLMANN, Professeur à l'Université Paris Dauphine

M. Fabrice LEDUC, Professeur à l'Université de Tours, rapporteur

M. Luc MAYAUX, Professeur à l'Université Lyon 3, Jean Moulin, rapporteur

M. Philippe PIERRE, Professeur à l'Université Rennes I, rapporteur

Mme Catherine THIBIERGE, Professeur à l'Université d'Orléans

NORMATIVITÉ ET ASSURANCE

SOMMAIRE

SECTION 1. – NORMER L'ASSURANCE

§1. – NORMER LA PRATIQUE DES ASSUREURS

§2. – NORMER LE CONTRAT D'ASSURANCE

SECTION 2. – NORMER PAR L'ASSURANCE

§1. – NORMER AVEC LE SOUTIEN DU DROIT

§2. – NORMER AVEC LE SOUTIEN DE LA TECHNOLOGIE

SECTION 3. – ASSURER LA NORMATIVITÉ

§1. – GÉRER LES RISQUES NORMATIFS

§2. – PENSER LE PLURALISME NORMATIF

RÉPERTOIRE DES TRAVAUX DE RECHERCHE

CURRICULUM VITAE

Sauf indication contraire, les références bibliographiques figurant en notes infrapaginales renvoient à mes travaux.

Ces derniers sont répertoriés à la fin de ce volume. Ceux sur lesquels ce mémoire s'appuie davantage sont reproduits dans le volume 2, références doctrinales, légales et jurisprudentielles incluses.

INTRODUCTION

Normativité et assurance. Sous cet intitulé, je voudrais exposer dans un ensemble que je crois cohérent une partie des recherches d'hier, qui jouent le rôle des fondations de l'édifice, et une partie des projets en cours, c'est-à-dire les intuitions, les idées et les hypothèses d'aujourd'hui, qui dessinent un horizon pour demain et après-demain.

Cet intitulé mérite préalablement quelques mots d'explication.

Les travaux de recherche et les réflexions menés jusqu'ici peuvent être présentés comme le fruit de deux parcours parallèles.

Le premier est un cheminement en droit des assurances discipline pour laquelle j'ai un attachement particulier, depuis sa découverte en maîtrise. Elle m'a été enseignée par le Professeur Marie-Luce Demeester, qui proposait de suivre, en plus du cours magistral des séminaires permettant l'obtention d'un « certificat de droit des assurances ». Ce cheminement est, d'une part et logiquement, celui d'un approfondissement au gré des lectures, des recherches et des enseignements. Il se caractérise, d'autre part et d'un point de vue strictement disciplinaire, par un déplacement des assurances de dommages vers l'assurance vie. Si les premières étaient en effet au cœur de mes préoccupations lors de mon travail de thèse, elles sont un peu plus en retrait aujourd'hui, tout au moins sur le plan de la recherche. La direction d'une spécialité de master consacrée à la gestion de patrimoine m'a en effet conduit à investir le champ de l'assurance vie, à interroger la notion, à penser ses fonctions, à m'intéresser à son régime, à m'ouvrir aussi sur d'autres disciplines juridiques, comme le droit fiscal. Ce parcours invite à formuler deux observations.

Tout d'abord, j'ai toujours appréhendé le droit des assurances comme une discipline en lien et non comme un corps de fondements, de sources, de règles et de

solutions fermé sur lui-même. J'ai formalisé assez clairement cette démarche dans mon travail de thèse en recourant – certes partiellement et de manière imparfaite – à l'analyse systémique pour penser les rapports entre assurance et responsabilité civile. J'y suis resté fidèle depuis, même si ce cadre méthodologique s'est fait beaucoup plus discret. Dans la majeure partie de mes écrits en effet, apparaissent au premier plan ou en toile de fond, les relations du droit des assurances avec d'autres disciplines juridiques : droit des obligations, droit du dommage corporel, droit des successions et des libéralités, régimes matrimoniaux, droit fiscal, droit des personnes protégées. La raison en est que le droit des assurances est une discipline ouverte sur les autres, parce qu'il appréhende le risque dont on sait qu'il est au cœur de la société contemporaine[1]. Précisément, en saisissant par la figure du risque nombre de situations, l'assurance est confrontée à ce qui fait la matière de nombreuses disciplines juridiques. Nécessairement, cette rencontre se retrouve sur le terrain du droit. Hier était plutôt sollicité le droit de la responsabilité ; aujourd'hui, davantage (mais seulement davantage) le droit patrimonial.

Ensuite, au moment de faire le bilan provisoire de ce cheminement, il me semble important de souligner combien mes recherches ont nourri et nourrissent mes enseignements et, réciproquement, combien la préparation des cours et parfois les questions des étudiants ont provoqué et provoquent encore des réflexions. Au-delà de l'apparent lieu commun – y a-t-il ici autre chose que la définition d'un enseignant-chercheur ? – l'évolution de mon cours consacré à l'assurance vie me semble témoigner incontestablement de la réalité de cette interaction. À titre d'exemple, la réflexion menée sur l'assurance vie en tant qu'enveloppe patrimoniale de gestion des biens[2], s'est construite sur des développements ponctuels de mon cours, enrichis de mes lectures et des échanges avec les étudiants avant de se détacher du cours pour prendre son autonomie puis, dans une ultime phase (provisoire), conduire à repenser la construction de celui-ci. C'est ainsi que les développements consacrés à la vie du contrat et aux prérogatives du contractant (rachat, avance, nantissement, etc.) ont pris une place plus importante et que les passages relatifs aux conflits avec les héritiers ou la communauté, tout en conservant une place de choix, ont été proportionnellement réduits. J'ajoute que ce qui n'allait pas de soi à mes yeux il y a quelques années est frappé du sceau de l'évidence aujourd'hui. C'est bien l'utilité du contrat d'assurance pour le contractant et donc ses prérogatives qui commandent et conditionnent le régime patrimonial de l'assurance vie. Pour autant rien n'est figé… La recherche en cours qui n'ambitionne pas

[1] U. Beck, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, préf. B. Latour, trad. L. Bernardi, Aubier, Alto, 2001. – Fr. Ewald et D. Kessler, « Les noces du risque et de la politique », *Le débat*, 3-4/2000, n°109, p. 55.

[2] « Le contrat d'assurance vie, enveloppe patrimoniale de gestion des biens », *RJ com*. 2015, n° 2, p. 197.

moins que de résoudre l'énigme du droit de rachat, qu'elle aboutisse ou non, amènera peut-être à de nouvelles évolutions[3].

Le second parcours de recherche est plus récent et moins fourni, mais est tout aussi important à mes yeux. Il consiste en un voyage sur les terres de la théorie du droit ou plus précisément sur celles de la normativité, à la fois terres familières au juriste – car qu'est-ce qu'un juriste sinon un spécialiste de la norme ? – et *terrae incognitae* (car, étonnamment, les juristes qui s'interrogent sur leur objet sont une minorité : la question de la norme est souvent traitée, tout au moins chez les privatistes, une bonne fois pour toutes lors du cours d'introduction générale au droit). Un moment est venu, un besoin est apparu, de réfléchir aussi à ce qu'est la norme, à ce qui fait la norme, à ceux qui font la norme. C'est sans doute également un besoin de quitter quelques instants la technique du droit des assurances pour mieux y revenir ensuite. C'est probablement aussi que le droit des assurances, en raison des enjeux inhérents à la matière, appelle aussi parfois un pas de côté. Il y a un projet politique et une vision de la société qui s'expriment en droit des assurances[4].

Cette respiration théorique, qui s'est donc exprimée plus récemment, trouve en réalité ses racines quelques semaines avant de soutenir ma thèse, à l'automne 2004. En me relisant, j'ai pris conscience que mon propos aurait sans doute été plus convaincant et plus solide si j'avais distingué l'assurance et son droit – ce que l'un des membres du jury a d'ailleurs suggéré lors de la soutenance.

Il m'a fallu du temps – et un retour à l'Université d'Orléans après un passage par celle de Toulon – pour comprendre ce qu'il y avait derrière cette distinction que j'avais pressentie sans pouvoir alors la formuler, malgré son évidence. Réfléchir sur la normativité au sein d'un petit groupe de travail animé par le Professeur Catherine Thibierge m'a permis en effet d'envisager l'assurance en tant qu'activité normative, en tant que système normatif à part entière, d'abord sans véritablement assumer cette approche, puis de manière plus affirmée au point de désormais pouvoir l'écrire.

Il convient sans doute de préciser ici mon propos. Il ne s'agit pas de se contenter de voir dans l'industrie de l'assurance une force créatrice ou une source matérielle du droit, pas davantage qu'il s'agit de dire que les assureurs forment un lobby ou un groupe d'intérêts qui murmure à l'oreille du législateur. Ces phénomènes existent sans doute, ils n'ont pas vocation à disparaître et ils ne sont pas propres aux entreprises d'assurance.

Il s'agit d'aller au-delà et de penser l'assurance comme une normativité – ce qui, bien entendu, ne signifie pas qu'elle se réduit à cela. En tant qu'industrie de gestion des

[3] V. *infra*, Section 3, §2, A, 2.
[4] Rappr. F. Ewald, « Politiques de l'assurance obligatoire », *Risques* 1992, n 12, p. 59

risques reposant sur des fondements scientifiques[5], elle a une activité normative de direction et de contrôle des comportements.

Ce pluralisme normatif, où s'ébrouent le droit et l'assurance, mais pas seulement, invite à réfléchir aux rapports entre ces deux normativités : y a-t-il convergence ? Divergence ? Conflit ? Coexistence pacifique ? Rapport de subordination ? Soutien mutuel et réciproque ?

L'existence d'un droit des assurances n'y change rien sur le plan des principes mais elle ajoute un peu de sel à ce questionnement, d'une part, parce que le droit des assurances est un point de rencontre évident entre les deux normativités ; d'autre part, parce que lui-même est une normativité en concours avec d'autres normativités juridiques. En d'autres termes, il existe un pluralisme normatif – cadre des interrogations sur les relations entre assurance et droit – et un pluralisme juridique – cadre des questions sur les rapports, eux aussi complexes, entre les branches du droit. Il convient donc de distinguer assurance, droit et, au sein de celui-ci, droit des assurances.

Je crois que cette clarification permet, entre autres choses, de faire se rejoindre mes deux parcours. Jusqu'ici, s'ils s'étaient parfois rapprochés, ce n'était que de manière ponctuelle ou incidente, lorsque j'utilisais des exemples tirés du droit des assurances pour illustrer ou appuyer une réflexion sur la normativité[6] ou, à l'inverse mais plus rarement, lorsqu'une recherche en droit des assurances me conduisait à faire un détour par la théorie générale du droit voire par la théorie de la normativité.

Mon projet est ainsi de faire coexister, sans nécessairement les fusionner pour éviter d'inutiles artifices, mes deux cheminements de chercheur. La viabilité de ce projet suppose, pour être démontrée, de revenir sur mes pas et de vérifier l'hypothèse qu'elles peuvent être réunies structurellement. À cette fin, rien n'interdit me semble-t-il, au moment d'évoquer tel article ou telle contribution à un colloque, de déplacer le regard et de faire porter l'éclairage sur un point qui avait paru secondaire il y a quelques années ou quelques mois et, inversement, d'accorder un peu moins d'importance à ce qui avait semblé alors être la sève du travail accompli. En d'autres termes, à l'aune et au service de la thématique « normativité et assurance », la présentation dans les pages qui viennent des travaux antérieurs ne sera pas fidèle, elle sera souvent partielle et orientée.

L'examen de la viabilité du projet de faire vivre ensemble mes réflexions en droit des assurances et celles sur la normativité suppose aussi non seulement de présenter

[5] F. Couilbault, S. Couilbault Di Tommaso et V. Huberty, *Les grands principes de l'assurance*, L'Argus, « Les fondamentaux », 13ème éd., 2017.

[6] Très clairement dans cette veine : « La force normative de l'article 1964 du Code civil », *in* C. Thibierge *et alii*, *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, pp. 557

quelques pistes que j'arpente déjà ou que je m'apprête à emprunter, mais encore de poser quelques jalons pour des recherches futures en montrant qu'elles peuvent en effet nourrir la convergence des chemins.

Il serait sans doute possible de s'arrêter là. Toutefois les travaux réalisés ces dernières années en matière de normativité, m'ont conduit très récemment à envisager les relations entre normativité et assurance sur un plan très différent de celui-ci dessiné jusqu'ici, ce qui justifie d'aller un peu plus loin.

Mes lectures et réflexions, qu'elles soient personnelles ou qu'elles aient eu pour cadre un petit groupe de chercheurs regroupés autour du Professeur Catherine Thibierge, ont fini de me convaincre de concevoir la norme en général, et la norme juridique en particulier, autrement que comme l'archétypale règle de droit, générale, obligatoire et sanctionnée par l'autorité étatique. La norme apparaît comme un guide, comme un modèle[7]. Ses caractères et sa texture peuvent varier considérablement sans pour autant la dénaturer : par essence, la norme est un modèle, et il est indifférent de ce point de vue là qu'elle soit obligatoire ou non, que sa violation ou sa transgression soit assortie de sanctions, qu'elle s'adresse à un groupe restreint de sujets ou à leur ensemble.

Pour autant, le système qui engendre la norme et l'ensemble de ses destinataires ont besoin de sécurité. Pour les seconds, il est difficile d'évoluer dans un environnement normatif incertain ; pour le premier, il est inconcevable *a priori* de perdurer, de se pérenniser, si les normes qu'il édicte sont dépourvues de toute effectivité à peine adoptées. L'identification et l'analyse de ces deux situations d'incertitude normative a fait surgir l'idée qu'il existe ce que j'ai choisi d'appeler des risques normatifs, tant il est vrai que le risque est fondamentalement une situation d'incertitude[8].

La figure familière de l'assurance invite alors à se demander si et comment sont gérés ces risques. C'est ainsi que s'est esquissée la possibilité d'un autre point de rencontre entre normativité et assurance, mais cette fois-ci par le biais d'une réflexion analogique. Elle prend corps depuis quelques temps dans la rédaction d'une contribution à une recherche collective portant sur la « garantie normative[9] ». Elle offre aussi l'opportunité d'un nouvel éclairage sur des travaux antérieurs et sur le thème du pluralisme normatif.

[7] C. Thibierge, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *APD* 2008, t. 51, p. 341.
[8] L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances*, LGDJ, 2011, n° 7 et réf. cit.
[9] L'expression est du Professeur Catherine Thibierge. V. *infra*, Section 3, §1, A.

*

* *

L'assurance est une activité de gestions des risques en tant que telle appréhendée par le droit. Cette assertion simple masque mal la richesse de ses relations avec le système juridique. L'assurance entretient en effet des rapports complexes avec le droit dans la mesure où elle est non seulement objet de normes juridiques mais encore une normativité en soi, en ce qu'elle entend ou prétend exercer un magistère dans la direction des comportements. Il en résulte une concurrence possible avec la normativité juridique, ce qui appelle la réflexion.

Par-delà la diversité des questions qui surgissent au moment d'approfondir cette double relation, il me semble assez clair que cette relation complexe est une excellente porte d'entrée sur la gestion des risques normatifs, ne serait-ce que parce que le pluralisme normatif est à la fois une manière de créer des risques et une façon d'en gérer d'autres. Et je fais l'hypothèse que cette question peut être appréhendée en raisonnant par analogie avec la figure bien connue de l'assurance considérée en tant qu'activité de gestion des risques.

Normer l'assurance (I), normer par l'assurance (II), assurer la normativité (III), voilà l'itinéraire que je propose de suivre pour présenter ensemble les recherches menées jusqu'ici, celles qui sont en cours et celles que je voudrais engager.

Section 1. - NORMER L'ASSURANCE

Le droit a naturellement vocation à régir l'assurance en tant qu'elle est une industrie de gestion des risques et une activité économique. S'il est vrai qu'en droit civil, l'on se préoccupe principalement du droit du contrat d'assurance, en tant que contrat très spécial, l'assurance ne se réduit pas à son contrat. Elle est aussi un ensemble constitué d'entreprises, de réseaux de distribution, de pratiques professionnelles. Normer l'assurance, c'est donc normer non seulement le contrat d'assurance (§2), mais aussi la pratique des assureurs (§1).

§ 1. - Normer la pratique des assureurs

Il existe une infinité de manières de s'intéresser aux normes qui régissent l'activité assurantielle. Les sollicitations et les rencontres qui font le parcours de tout un chacun m'ont permis d'envisager des questions ponctuelles, rarement examinées, qui ont pour traits communs de porter sur la pratique des assureurs.

Ainsi, au gré de ma participation à différents colloques, j'ai interrogé certaines des pratiques des assureurs – et de ceux qui travaillent pour eux – en menant à cette fin un travail d'investigation et parfois un travail de spéculation en raison du manque de sources, notamment doctrinales et jurisprudentielles, sur les thématiques envisagées. Je voudrais ici revenir sur certains aspects des études menées, s'agissant de l'examen médical (A), du secret médical (B), de la collecte et du traitement des données personnelles (C).

A. - Organiser l'examen médical

La procédure d'indemnisation des dommages corporels mise en place par la loi du 5 juillet 1985 comprend un examen médical qui est très rarement appréhendé par les juristes. Le médecin-conseil de l'assureur érige alors sa propre pratique, à l'écart de la règle de droit, qu'il ignore ou méconnaît le plus souvent malgré lui.

Ce médecin ne fait, ès qualités, l'objet d'aucune disposition légale. Le titre n'est pas prévu par la loi et résulte davantage d'une habitude de langage que d'une règle juridique. Sa fonction est d'évaluer le dommage, qui relève du fait, après quoi le régleur, c'est-à-dire le gestionnaire de la société d'assurance ou, le cas échéant, le juge, détermine l'indemnisation des préjudices qui en découlent, question de droit.

Si son rôle est donc essentiel, il faut bien constater qu'il est méconnu en droit ou, en tout cas, bien moins connu que celui du médecin expert judiciaire. L'une des

explications de cette situation réside probablement dans le fait que la médecine légale relève davantage des médecins que des juristes et que ceux-ci ne s'aventurent qu'avec la plus grande prudence hors de leur champ de compétence.

Cela n'interdit pas d'appréhender tout de même la mission du médecin conseil de l'assureur à l'occasion de l'examen médical et de dessiner son cadre normatif. L'occasion m'en a été donnée lors de ma participation à un colloque organisé par le Centre de droit de la santé de l'Université d'Aix-Marseille. Ma contribution, intitulée « Le médecin conseil de l'assureur entre paradoxe et incertitudes »[10], passe la pratique professionnelle au crible des règles juridiques en distinguant ce que j'ai appelé la déontologie du médecin-expert de l'ontologie de l'expertise. Cette dualité m'a été inspirée par le droit au procès équitable, droit autour duquel j'avais construit le cours d'institutions juridictionnelles que je dispensais en première année de droit.

Au-delà du caractère anecdotique de cette remarque, il me semble que normer la pratique assurantielle, c'est convoquer le droit, et en particulier son noyau dur que constituent les droits fondamentaux. De ce point de vue, j'avais l'intuition que le raisonnement construit sur le droit à un procès équitable serait non seulement fécond pour déceler les normes régissant le médecin conseil et l'examen médical, mais encore prometteur pour sa force de modèle de référence, c'est-à-dire sa force normative, même si je ne l'ai pas exprimé en ces termes alors.

La déontologie du médecin-conseil regroupe des questions liées, d'une part, à la compétence professionnelle et au secret médical. De ce point de vue, si les règles juridiques existent indiscutablement, force est de constater que leur mise en œuvre n'est pas toujours satisfaisante. La normativité du droit est malmenée par des considérations pratiques d'organisation. En particulier, il n'existe pas toujours un service médical interne à l'entreprise d'assurance, préservant les données médicales et distinct des services administratifs.

La déontologie du médecin intègre, d'autre part, des principes d'impartialité et d'indépendance. Force est d'observer que, là aussi, la règle de droit semble mise au défi par la pratique, pour au moins deux raisons. La première tient à la difficulté de qualifier la relation entre le médecin et l'assureur. Certes, si l'on considère qu'elle a pour cadre un contrat d'entreprise, il en résulte une indépendance de droit. Cependant, et c'est la seconde raison, cette indépendance est économiquement moins certaine. Il en résulte quelques doutes sur l'impartialité du médecin, encore que des dispositifs proches de mécanismes de récusation existent.

[10] « Le médecin conseil de l'assureur entre paradoxe et incertitudes », *in* A. Leca, G Léonetti et G. Rebecq (dir.), *L'expertise médicale et l'indemnisation des préjudices corporels*, Les études hospitalières, CDSA, 2009, p. 95.

Quant à l'ontologie de l'expertise, elle peut, davantage encore que la déontologie de l'expert, être envisagée à l'aune des principes qui découlent du droit à un procès équitable. Le droit d'être assisté, le caractère contradictoire de l'examen médical, le droit à l'expertise et le caractère gratuit de celle-ci apparaissent comme des éléments indispensables. Là encore, des considérations matérielles ou économiques ou bien encore des pratiques professionnelles peuvent sembler s'éloigner de ce que dit la règle de droit.

Relue quelques années après sa rédaction, ma contribution confirme l'intérêt du pluralisme juridique et, en l'espèce, d'une démarche qui relève d'une approche de droit comparé interne : raisonner à l'aune du droit à un procès équitable en matière d'examen médical, y transposer son régime, permet de dessiner un cadre juridique pertinent.

Elle invite aussi à prendre au sérieux les difficultés matérielles, parfois structurelles, qui peuvent nuire à l'effectivité des normes. Cette observation mériterait d'être prise en compte dans le cadre d'une réflexion sur le thème de la « garantie normative » : des obstacles pratiques peuvent affecter la mise en œuvre de la norme et nuire à son effectivité. De la même manière, mais sur un plan un peu différent tout de même, il peut arriver que des programmes informatiques empêchent l'adoption de stipulations innovantes dans les contrats parce qu'un serveur ne permet pas de les saisir et de les enregistrer. C'est par exemple le cas de certaines clauses bénéficiaires en matière d'assurance vie.

Abordé lors de la réflexion menée à propos du médecin conseil de l'assureur, le secret médical a fait l'objet d'une étude plus approfondie quelques années plus tard.

B. - Préserver le secret médical

De nouveau à l'invitation du Centre de droit de la santé d'Aix-Marseille qui organisait un colloque consacré au secret médical, j'ai tenté de répondre à la question suivante : quelles sont les obligations de l'assureur qui détient des données de santé[11]. J'ai ainsi choisi d'aborder le secret médical sous un angle plutôt inhabituel, car éloigné du classique conflit qui oppose l'assuré, qui se prévaut du secret médical, et l'assureur, désireux de connaître la vérité avant de prendre en charge un sinistre. J'avais le

[11] « L'assureur et les données de santé : quelles obligations ? », *in* A. Leca (dir.), *Le secret médical*, Les études hospitalières, CDSA, 2012, p. 127.

pressentiment que le thème du secret médical recelait d'autres richesses. La problématique s'est dessinée peu à peu. Aujourd'hui, je la formulerais sans doute ainsi : la pratique assurantielle, fruit d'une autorégulation affichée, est-elle conforme aux règles de droit ? En d'autres termes, je mettrais davantage l'accent sur la concurrence de normativités.

Dans un certain nombre d'hypothèses, l'assureur est susceptible d'avoir connaissance de données relatives à la santé de son assuré, que ce soit lors de la déclaration des risques ou lors de la gestion d'un sinistre. La question est alors de savoir s'il est libre de faire ce qu'il veut des données collectées, ou bien s'il est tenu par des obligations particulières. Cette alternative est en réalité plus riche que sa formulation le laisse supposer.

Je voudrais ici insister sur ses enjeux en termes de sources du droit puisque les réponses apportées sont pour partie issues de la convention, de l'autorégulation ou du droit souple, alors qu'en substance, est en cause le respect d'un droit fondamental. Au terme d'un voyage sur les chemins escarpés de normes de force normative variable, sur lesquels se sont croisés secret médical, secret professionnel et obligation de confidentialité, il m'a semblé possible de raisonner en distinguant les obligations liées à la qualité des personnes en cause et celles liées à l'objet sur lequel elles portent.

Au sein des premières, figurent le secret professionnel et le secret médical – auquel est tenu le médecin conseil de l'assureur mais non l'assureur. Sur le plan de sources, le secret médical mérite l'intérêt. Il est en effet historiquement le fruit d'une norme déontologique. Il a ensuite fait l'objet d'une législation pénale, ce qui est le signe que des intérêts sociaux sont en jeu, dont la protection mérite d'être confiée au ministère public. Depuis, se sont ajoutées des dispositions civiles puisque le secret médical a été intégré dans le Code de la santé publique, ce qui tend à montrer que le secret est également institué dans l'intérêt privé du patient. À l'obligation du médecin s'ajoute ainsi un droit du patient. Parallèlement, en raison de son rattachement au droit au respect de la vie privée, il est aussi devenu un droit fondamental. Il y a là ce que quelques années plus tard, j'aurais volontiers appelé un phénomène de densification normative.

Au sein de la seconde catégorie d'obligations, il convient de citer l'obligation de confidentialité en ce qu'elle a pour objet – dans le cadre de la recherche exposée ici – des données de santé.

L'assureur qui détient de telles données est tenu – c'est une évidence – de ne pas divulguer celles-ci aux tiers. Ce qui mérite d'être relevé est qu'en l'absence de disposition légale, ce sont les assureurs qui ont mis en place les dispositifs permettant

de respecter et de faire respecter la confidentialité des données entre leurs mains. Ainsi le Recueil des engagements déontologiques des entreprises d'assurance comporte des dispositions sur la collecte et l'utilisation de données relatives à l'état de santé en vue de la souscription ou de l'exécution d'un contrat d'assurance. Cet engagement consiste en réalité à respecter le Code de bonne conduite, de portée générale, annexé à la convention AERAS (s'assurer et emprunter avec un risque aggravé de santé), convention qui, aux termes de l'article L. 1141-2, 5° du Code de la santé doit définir « les garanties de confidentialité des données à caractère personnel et de nature médicale ». Nonobstant leur formulation sur le mode recommandatoire et leur place dans une annexe de la convention, ces garanties sont vécues comme pleinement obligatoires par les assureurs et s'imposent à eux. Elles ont une grande force normative.

Concrètement, des pratiques organisationnelles qui ont été adoptées pour garantir le respect de la confidentialité : service médical, locaux dédiés distincts de services administratifs, pratique de la lettre cachetée laissant l'assuré maître de son secret, etc. La remarque est intéressante : elle vient en contrepoint d'une observation précédente. Des pratiques, des organisations, des installations, des process peuvent venir au soutien d'une norme et participer de la sorte à sa « garantie normative ». Il est même possible que ces dispositifs émanent des destinataires de la norme, de ceux-là mêmes qui sont tenus de s'y conformer. Il est vrai qu'en l'espèce, cette participation est, sinon contrainte, tout au moins provoquée par le statut du secret médical en tant que droit fondamental dont la violation est civilement et pénalement sanctionnée.

À cela s'ajoute que, sous un autre angle, les données de santé que le secret médical protège bénéficient d'un régime particulier dans le cadre de l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Elles sont en effet considérées comme des données sensibles. Cependant, la collecte et le traitement de données par les assureurs ne concernent pas seulement le domaine de la santé. Ici encore, il est intéressant d'examiner la pratique assurantielle.

C. - Protéger les données personnelles

Normer l'assurance, c'est aussi normer la collecte et l'exploitation des données des assurés. La participation à un colloque dédié au thème du fichier[12] a permis d'interroger les normativités à l'œuvre en la matière.

[12] « Le contrôle des clients de l'entreprise par les fichiers : le cas des assurés », *in* F. Eddazi et S. Mauclair (dir.), *Le fichier*, LDGJ, coll. Les grands colloques, 2017, p. 265.

L'industrie de l'assurance est par essence, par nécessité, collectrice et utilisatrice de données puisqu'elle repose sur la compréhension et l'analyse des risques. Elle a besoin d'informations. Cependant, en raison de la loi, les assureurs ne bénéficient que d'une liberté surveillée en matière de fichiers. Le dispositif informatique et libertés a naturellement vocation à s'appliquer.

Cependant, il n'est pas certain que l'existence d'un régime des fichiers des assureurs soit synonyme d'un haut niveau de protection pour les assurés. En effet, une fois écartés de la discussion les fichiers interdits, tels ceux qui recensent l'information génétique ou ceux qui seraient l'instrument de discriminations, la protection des données personnelles laisse poindre quelques doutes quant à son intensité et son efficacité. Paradoxalement, les faiblesses de la protection trouvent leur siège dans le dispositif informatique et libertés lui-même.

D'une part, la place accordée au consentement dans le dispositif légal et la nature contractuelle de la relation entre l'assureur et l'assuré conduit de fait à amoindrir la protection, dans la mesure où le consentement donné au contrat d'assurance absorbe celui exigé pour la collecte et le traitement des données personnelles.

D'autre part, la politique menée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), qui apparaît comme le second régulateur public de l'activité d'assurance, après l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), se révèle plutôt libérale. Si elle place logiquement la protection des personnes au centre de ses préoccupations, elle adopte depuis quelques années une démarche à la fois pragmatique et collaborative. Selon la formule de son secrétaire général, « en aucun cas, la CNIL ne freine l'innovation, elle l'accompagne »[13]

Dans cette perspective, en concertation avec les professionnels, elle a élaboré un certain nombre de normes, regroupées au sein de packs de conformité. Il existe ainsi un pack assurance. Ce type de document aide les entreprises, en l'occurrence les assureurs, à se mettre en conformité avec la règle de droit et simplifie les formalités à respecter. Sur le plan des sources, de la fabrique du droit et de la normativité, il y aurait sans doute beaucoup à dire sur cet instrument normatif co-créé, revendiqué et assumé comme tel par la CNIL.

La pratique de assureurs en matière de données personnelles est donc normée, mais d'une matière singulière dans la mesure où ils sont parties prenantes à l'élaboration des normes qui leur sont applicables. Certes, le cadre est prévu par la loi, mais les normes d'application sont co-créées par l'autorité administrative et les assureurs eux-mêmes, qui en sont les destinataires.

[13] E. Geffray, « Entretien », *L'Argus*, 20 juin 2014, p. 32.

La pratique assurantielle apparaît ainsi encadrée par un certain nombre de règles de droit, rattachées au droit des assurances ou –ce qui a davantage été envisagé ici – à d'autres disciplines juridiques qui lui imposent ou sont susceptibles de lui imposer leur manière de voir, surtout lorsque sont en jeu des droits fondamentaux. Les recherches qui viennent d'être présentées montrent la richesse et la variété des situations : le droit et la pratique professionnelle, avec ses contraintes mais aussi ses outils et techniques, entretiennent des rapports complexes, qui conduisent, selon les cas, à consolider la norme ou à l'affaiblir, parfois à la co-créer.

Si l'on abandonne l'observation critique de la pratique des assureurs pour s'intéresser à la manière dont le contrat d'assurance est lui-même normé, les conclusions sont distinctes parce que les normativités en jeu sont de nature identique, puisqu'elles appartiennent au système juridique.

§ 2. - Normer le contrat d'assurance

Normer le contrat d'assurance, c'est prévoir les normes auxquelles celui-ci doit être soumis. En la matière, la réflexion peut prendre plusieurs directions. Les travaux accomplis et des réflexions en cours permettent d'en emprunter deux. La première prolonge les propos tenus à l'instant sur les droits fondamentaux. La seconde oblige à changer de perspective et à s'interroger sur la nature même du contrat, sur sa qualification. À cette fin, c'est l'insertion du contrat d'assurance au sein des catégories du Code civil qui mérite investigation. Le contrat d'assurance peut ainsi être confronté successivement aux droits fondamentaux (A) puis au Code civil (B).

A. - Confronter le contrat d'assurance aux droits fondamentaux

Les droits fondamentaux apparaissent comme le cœur du droit, comme son noyau irréductible. Ils en sont l'îlot insubmersible au sens où ils sont les seuls qui résistent absolument aux normativités concurrentes, idée sur laquelle je reviendrai plus loin. Le contrat d'assurance, comme désormais tout contrat, leur est soumis[14] en raison de leur effet horizontal.

Parmi ces droits, celui de n'être pas discriminé pose une question particulière à l'adresse de l'assurance. En effet, l'opération d'assurance comporte une opération fondamentale pour sa réussite, celle de la sélection des risques. La question est alors de

[14] V. F. Marchadier, Le contrôle du contrat au regard des droits fondamentaux : une question qui ne se pose pas et dont la réponse est évidente ? *RDC* 2016, p. 518.

savoir si et dans quelle mesure cette sélection est licite, si elle n'est pas susceptible d'être sanctionnée sur le terrain du droit des discriminations.

Le thème, seulement mentionné dans une première étude[15], a été développé ensuite[16] et a enfin été remis sur le métier à l'occasion du commentaire de la décision Test-achats[17].

En la matière, la règle de droit apparaît comme le fruit d'un conflit entre la norme assurantielle, qui impose de segmenter et de compartimenter les risques, et la norme anti-discrimination, qui véhicule un fonds éthique et politique, et qui interdit la différenciation lorsqu'elle repose sur des critères qui nient l'égale dignité des personnes. Les solutions de ce conflit sont intéressantes : elles montrent l'influence de la norme assurantielle sur le droit, en ce que celui-ci autorise la sélection et écarte au besoin la qualification de discrimination. En d'autres termes, le système juridique accompagne la norme assurantielle, il la « garantit », il fait œuvre de coassureur[18].

Les solutions retenues révèlent aussi que le droit sait imposer sa manière de voir lorsque sont en jeu des principes ou des valeurs qui forment le noyau, le cœur du réacteur de la société. C'est ainsi que certains critères de sélection ne peuvent être utilisés par les assureurs, nonobstant leur pertinence technique ou scientifique.

Elles apparaissent enfin fragiles dans la mesure où le rapport de force est susceptible d'évoluer, qu'il existe une dialectique de la norme assurantielle (celle qui repose sur les résultats de la science de l'assurance) et de la norme juridique (qui peut dire une chose identique, différente ou contraire à ce qu'indique la norme assurantielle). La réflexion sur l'interdiction de la sélection fondée sur l'information génétique est de ce point de vue très éclairante. En convoquant des arguments reposant aussi bien sur la technique assurantielle (lutte contre l'asymétrie d'information) que sur des normes juridiques (normes de concurrence, normes de non discrimination), elle montre que rien n'est absolument figé. C'est au droit d'arbitrer en permanence entre les préoccupations éthiques, politiques, techniques et économiques, en tant qu'il est norme des normes.

[15] « Le faux, le droit et l'assurance », *in* J.-J. Sueur (dir.), *Le faux, le droit et le juste*, dir., Bruylant, 2009, p. 63.
[16] « Discriminations et sélection des risques », *in* A. Leca et D. Viriot-Barrial (dir.), *Santé et discriminations*, Les études hospitalières, CDSA, 2010, p. 177.
[17] « L'assurance à la croisée des chemins », note sous CJUE, 1er mars 2011, *D.* 2011, p. 1592.
[18] V. *infra* Section 3, §2, B.

B. - Confronter le contrat d'assurance au Code civil

En prenant part à une recherche collective initiée en 2008 par le Professeur Catherine Thibierge, j'ai eu l'occasion de penser la force normative de l'article 1964 du Code civil (1). Celui-ci faisait du contrat d'assurance un exemple parmi d'autres de contrat aléatoire. L'abrogation de ce texte par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations invite à revenir sur les questions alors évoquées, d'autant que l'opinion a pu évoluer à mesure des enseignements dispensés et des travaux accomplis depuis la publication de l'ouvrage consacré à la force normative. Il me semble, pour cette raison, d'autant plus nécessaire de travailler sur le contrat d'assurance au lendemain de la réforme des contrats (2).

1. - Réfléchir à partir de l'article 1964 du Code civil

L'une des manières de normer le contrat d'assurance consiste à le qualifier et donc à le rattacher à des catégories, des modèles types. Classiquement, il est enseigné que le contrat d'assurance est un contrat aléatoire. Au soutien de cette présentation, l'article 1964 du Code civil comportait une définition du contrat aléatoire et une liste d'illustrations parmi lesquelles se trouvait précisément le contrat d'assurance.

Si on laisse pour l'heure de côté les apports de la contribution relatifs au concept de force normative[19], pour s'en tenir à la discussion menée sur le rattachement du contrat d'assurance à la catégorie des contrats aléatoires, il est possible de souligner l'écart existant entre l'énoncé et son interprétation, qui est le siège véritable de la norme[20].

Longtemps, la signification de l'article 1964 n'a pas véritablement interrogé parce que la conception du contrat d'assurance s'accordait sans difficulté avec la définition du contrat aléatoire contenue à l'article 1964. Le seul questionnement avait pour objet son articulation avec la définition alternative portée par l'article 1104 du Code. L'article 1964 du Code civil semblait ainsi vivoter paisiblement, en combinaison avec l'article L. 121-15 du Code des assurances qui dispose que l'assurance est nulle si, au moment du contrat, la chose assurée a déjà péri ou ne peut plus être exposée aux risques[21].

C'est l'avènement et la diffusion à très grande échelle des contrats d'assurance vie modernes, autrement dit des contrats d'assurance-placement ou contrats d'épargne vie, qui a conduit à interroger le caractère aléatoire du contrat d'assurance. Cette

[19] *Infra*, Section 3, §1, B, 1, b.
[20] « La force normative de l'article 1964 du Code civil », *in* C. Thibierge *et alii*, *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 557.
[21] Sur la relation entre ces deux textes, *infra*, Section 3, §1, B, 1, b.

arrivée a en effet suscité des débats. Elle a replacé l'article 1964 et sa référence à l'aléa économique, c'est-à-dire à la chance de gain ou de perte, sur le devant de la scène. Les gardiens de la réserve héréditaire ont vu en effet dans ce texte un argument fort justifiant de soumettre les capitaux décès au droit commun des successions et des libéralités. Ces débats en ont occasionnés de plus profonds sur la notion d'aléa et sur la définition même du contrat d'assurance.

Ainsi, alors que la définition usuelle du contrat d'assurance ne s'attache qu'à la prestation due en cas de réalisation du risque et met donc l'accent sur le sinistre, une définition alternative met en exergue deux obligations à la charge de l'assureur : une obligation de couverture, qui naît lors de la prise d'effet du contrat et s'éteint au terme contractuellement fixé et une obligation de règlement, conditionnelle par nature, qui consiste à fournir la prestation convenue en cas de sinistre. Cette analyse trouve des soutiens au sein même du code des assurances, puisque des dispositions distinctes régissent les deux obligations.

L'étude menée a, dans un premier temps, tenté de faire abstraction des travaux de la doctrine et de s'appuyer sur la seule jurisprudence, parce que son prétexte – le concept de force normative – me paraissait l'exiger. Elle a révélé un glissement de signification de l'énoncé, dont les célèbres arrêts du 23 novembre 2004[22] sont la manifestation la plus éclatante. Bien davantage que la chance de gain ou de perte, c'est l'incertitude qui affecte l'événement défini au contrat qui est déterminante. Ce qui est aléatoire, ce n'est pas le contrat d'assurance, mais bien plutôt l'événement contre les conséquences duquel on s'assure.

De la sorte, un décalage s'opère entre la lettre de l'article 1964 et la signification qui lui est donnée. La disposition prend une nouvelle signification, qui ne supprime pas pour autant son sens initial, puisque celui-ci demeure pour les contrats de rente viagère, le jeu et le pari.

Il me semble également que thèse d'une dualité des obligations de l'assureur conforte le décalage entre la lettre de l'article 1964 du Code civil et l'interprétation qui en est faite. Autrement dit, le déséquilibre économique potentiel accepté par les parties, qui caractérise les effets des contrats aléatoires ne participe pas de l'économie du contrat d'assurance. La souscription d'une telle convention consiste pour le souscripteur à acheter de la sécurité, pour lui-même ou pour un tiers. Il fait œuvre de prévoyance et non de spéculation. Pour aucune des parties, la conclusion du contrat n'est motivée par

[22] Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, n^{os} 01-13.592, 02-11.352, 02-17.507 et 02-13.673, 4 arrêts : *D.* 2005.1905, note B. Beignier ; *Defrénois* 2005, art. 38142, note J.-L. Aubert ; *Dr. et patr.* 1/2005, p. 11, note L. Aynès ; *Dr. famille* 2005, étude n° 6 par H. Lécuyer ; *JCP* G 2005, I, 111, note J. Ghestin ; *RCA*. 2005, comm. n° 42 et chron. n° 3 par F. Leduc et Ph. Pierre ; *RDC* 2005. 297, note A. Bénabent ; *RGDA* 2005.110, note L. Mayaux ; *RTD civ*. 2005.434, obs. M. Grimaldi ; *Risques* 2006, n° 64, p. 87, obs. G. Durry.

la perspective d'une chance de gain ou de perte, pas davantage que l'exécution du contrat ne se traduit par des avantages ou des pertes. Le contrat d'assurance n'apparaît plus comme aléatoire au sens littéral de l'article 1964, il est bien davantage commutatif. Le seul aléa qui tienne est celui qui affecte l'événement que le texte qualifie d'incertain.

L'écart de sens entre la norme appliquée et son énoncé formel est ainsi consolidé. Sur le terrain de la normativité, et avec le recul de quelques années, il est particulièrement intéressant de voir comment une norme se crée ou se transforme, d'examiner les mouvements à l'œuvre, de recenser les influences, qu'elles viennent du monde des idées ou qu'elles émanent du marché.

Il n'en reste pas moins que, en termes de « garantie normative », l'écart entre le la norme et son support, entre le *negocium* et l'*instrumentum,* est générateur d'incertitude. De ce point de vue, il est heureux que l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ait abrogé l'article 1964. Cette évolution ne doit toutefois pas avoir pour effet de clore la réflexion. Il demeure opportun de confronter le contrat d'assurance au Code civil[23].

2. - Réfléchir au lendemain de la réforme du droit des contrats

La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a donc fait au moins une victime : l'article 1964 du Code civil. Le sacrifice peut être considéré bienvenu puisque désormais le code comprend une définition unique du contrat aléatoire à l'article 1101 et non plus un doublon problématique. Il n'en reste pas moins qu'en supprimant cet article, les auteurs de l'ordonnance ont aussi effacé la liste d'exemples de contrats aléatoires qu'il comportait, au sein desquels figurait comme on vient de le voir, le contrat d'assurance.

Une réflexion mérite d'être menée ici sur le plan de la technique normative afin, si les résultats le permettent, d'alimenter le débat doctrinal sur le caractère aléatoire ou commutatif du contrat d'assurance.

Nommer, est-ce normer ? Quelle est la fonction normative d'une définition ? Un exemple est-il normatif ?

Si l'on y songe un instant, l'ancien article 1964 pouvait être lu de trois manières différentes. D'abord, on pouvait y trouver le constat officiel qu'un contrat d'assurance est un contrat aléatoire et que, par suite, il est soumis au droit commun des contrats

[23] Comp. sous un angle différent, J. Bigot, « L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, des obligations et de leur preuve et le contrat d'assurance », *JCP* G 2016. 833.

aléatoires, sauf disposition contraire. Ensuite, ce texte pouvait être compris comme exigeant que le contrat d'assurance soit aléatoire pour mériter sa qualification, ce qui était l'argument avancé par le notariat pour soumettre les assurances-placements au droit successoral. Enfin, il était possible de considérer qu'il ne faisait que citer le contrat d'assurance comme un exemple de contrat aléatoire. En admettant que tout exemple comporte en soi un ou plusieurs contre-exemples, on pouvait alors en déduire que si le contrat d'assurance en général est aléatoire, certains contrats d'assurance pourraient ne point l'être, sans pour autant que leur validité ou leur qualification soit remise en cause.

Mais alors, selon la lecture retenue, l'abrogation de l'article 1964 n'a pas la même signification. Ne plus citer comme exemple n'est pas nécessairement disqualifier. L'abrogation a pour vertu de libérer la discussion sur la nature aléatoire ou commutative du contrat d'assurance. Elle n'a pas pour effet de trancher le débat.

Au-delà, confronter le contrat d'assurance au code civil au lendemain de la réforme, c'est aussi interroger ses clauses les plus usuelles : non seulement, l'obligation de déclarer le sinistre, exemple archétypal de l'incombance, mais encore les conditions, exclusions et déchéances.

Lorsqu'il s'agit de présenter de manière synthétique et systématique ces clauses, en lien avec la distinction des obligations de couverture et de règlement, j'ai désormais pour habitude d'enseigner que les clauses qui posent des conditions de garantie comportent une condition qui suspend l'obligation de couverture, que celles qui prévoient une exclusion de garantie comportent une condition qui empêche le déclenchement de l'obligation de règlement, que celles qui stipulent une déchéance de garantie sont porteuses d'une condition résolutoire de l'obligation de règlement[24].

La réforme du régime général des obligations invite à vérifier la pertinence de cette analyse et à confronter de manière systématique le contrat d'assurance au droit des obligations tel qu'il est issu de la réforme. L'article 1105 du Code civil y invite partiellement : ne dispose-t-il pas, d'une part, que les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales et, d'autre part, que ces règles générales s'appliquent sous réserve des règles particulières régissant chaque catégorie de contrat ?

Confronter le contrat d'assurance et le Code civil, c'est enfin interroger la stipulation pour autrui dans la mesure où celle du droit de l'assurance vie n'est plus tout à fait celle du code civil. Elle a acquis en effet une physionomie nouvelle, notamment en

[24] Une première version de cette façon de voir est présentée dans mon manuel *Fiches de droit des assurances*, Ellipses, 2015, spéc. fiche n° 18.

raison du changement de nature de l'acte d'acceptation, désormais acte bilatéral voire multilatéral[25]. Or cette évolution s'ajoute à d'autres indices d'autonomie, comme celui tiré de la jurisprudence relative au sort du capital en cas de décès du bénéficiaire après dénouement du contrat mais avant acceptation de la stipulation faite à son profit, situation que la réforme a entendu appréhender[26]. Ce n'était pas nécessairement utile dans la mesure où, en pratique, les rédacteurs des clauses bénéficiaires prévoient – s'ils sont compétents – cette hypothèse.

Les manières d'envisager si et comment le droit encadre l'activité assurantielle, ses pratiques et ses contrats sont nombreuses. Les illustrations qui viennent d'être données ne doivent pas occulter les autres. Sans doute pourrait-on observer qu'il n'y a là rien de bien novateur parce que c'est la fonction même du système juridique que de produire des normes destinées à encadrer les activités qui participent de la vie en société. Cependant, les concours ou conflits de normativités que l'on a rencontrés montrent l'intérêt de passer outre l'apparente évidence.

Comparativement, il est moins évident que l'assurance remplisse ou puisse remplir une fonction normative. Il convient tout de même d'expliciter cette idée.

Section 2. - NORMER PAR L'ASSURANCE

Les recherches menées jusqu'ici et les projets qui se dessinent invitent à vérifier et à approfondir l'hypothèse d'une normativité de l'assurance, plus ou moins autonome par rapport à la normativité juridique. À la réflexion en effet, si l'assurance est une activité économique, elle est aussi une activité normative. Mon travail de thèse n'a certes pas envisagé explicitement les questions traitées – notamment celles liées à la responsabilisation – sous cet angle, puisque comme indiqué en introduction, les questions de normativité ne m'étaient pas familières. Rien n'interdit, quelques années plus tard, de relire ce travail à la lumière de réflexions sur la normativité. La même démarche peut être suivie à propos de travaux ultérieurs, étant précisé même si certains d'entre eux, notamment les plus récents, ont évoqué explicitement la fonction normative de l'assurance.

Cette relecture conduit aussi à tenir compte du degré d'autonomie de la normativité de l'assurance par rapport à la normativité juridique. La distinction de l'assurance et de son droit trouve ici à s'illustrer. Normer par l'assurance avec le soutien

[25] C. assur., art. L. 132-9, II.
[26] C. civ., art. 1028.

du droit (§1) n'est pas la même chose que de normer par l'assurance avec le soutien de la technologie (§2).

§ 1. - Normer avec le soutien du droit

L'assurance peut remplir une fonction normative et contribuer de la sorte à la direction des comportements en s'appuyant sur le droit, aussi bien légiféré que contractuel. Des dispositions légales et certaines stipulations des polices d'assurance répondant aux préoccupations des assureurs (lutte contre l'aléa moral, incitation à la prévention, etc.) indiquent expressément ou implicitement les comportements à suivre et ceux qu'il est préférable de ne pas adopter.

En particulier, par leurs pratiques contractuelles, les assureurs influent ou ont les capacités d'influer sur la conduite des assurés. C'est particulièrement vrai en matière de prévention et de sauvetage, mais pas seulement. Les clauses d'exclusion de risques, les conditions de garantie, les franchises, les déchéances de garantie, la tarification, les clauses de réduction-majoration sont ainsi des outils au service des assureurs afin de modeler le comportement des assurés. La fonction normative de l'assurance s'appuie alors sur la technique juridique puisqu'elle se concrétise par des clauses contractuelles ou des dispositions légales. Le droit est mis au service de l'activité d'assurance.

L'activité normative peut du reste être renforcée. C'est en partie ce que le thème des potentialités du droit des assurances, mentionné dans l'intitulé de ma thèse, exprime (A). Des travaux portant d'une part sur l'assurance et les catastrophes sanitaires (B) et, d'autre part, sur l'assurance et l'agriculture durable (C) vont dans le même sens.

A. - Responsabiliser

Intitulée « Contribution à l'étude du système responsabilité : les potentialités du droit des assurances », ma thèse s'inscrit dans un cadre méthodologique singulier en droit, en raison du recours à l'analyse systémique[27]. Elle a pour ambition de contribuer à améliorer l'indemnisation des victimes tout en réintroduisant de la responsabilisation, en direction non seulement des auteurs de dommages mais aussi des victimes. Elle a donc une dimension programmatique.

L'étude menée repose sur un constat et un double présupposé qui sont exposés, développés et justifiés dans sa première partie.

[27] *Contribution à l'étude du système responsabilité : les potentialités du droit des assurances*, Defrénois, 2006, coll. Doctorat et notariat, vol. 19, préf. M.-L. Demeester.

D'abord, premier présupposé, il est proposé d'appréhender l'ensemble des disciplines, techniques, institutions qui se préoccupent directement ou non d'indemnisation et de responsabilisation comme un système, baptisé système responsabilité. Ce recours à l'analyse systémique permet d'apporter un éclairage différent, en s'intéressant davantage aux relations entre les éléments qui font système qu'aux éléments eux-mêmes. Il donne à voir la complexité de ces relations, les interactions à l'œuvre et leurs effets sur le système lui-même et sur chacun de ses composants.

En raison des dimensions du système responsabilité, j'ai fait le choix de ne proposer qu'une contribution à son étude et d'évincer les questions relevant du droit pénal, du droit de la sécurité sociale ou, en dehors du droit, de l'économie. Ce sont ainsi les relations systémiques entre le droit des assurances (et spécialement le droit des assurances de dommage) et le droit de la responsabilité civile qui ont fait l'objet du travail de recherche.

Ensuite, s'agissant du constat, il apparaît que le système responsabilité réunit des techniques et des mécanismes juridiques peu, mal ou non reliés les uns aux autres. Il en résulte un ensemble qui manque parfois de cohérence et ne produit pas toujours de résultats satisfaisants. Le système responsabilité se révèle à l'analyse fortement déséquilibré : il est fortement préoccupé par l'objectif d'indemnisation, mais moins soucieux d'atteindre l'objectif de responsabilisation.

Le diagnostic est posé, selon lequel ce déséquilibre et cette inefficacité relative trouvent leur source dans l'absence d'appréhension globale du système : faute d'être pensé dans son ensemble, celui-ci n'est pas en mesure de réaliser simultanément les objectifs d'indemnisation et de responsabilisation. La présomption si habituelle selon laquelle chaque progrès de la responsabilisation nuit à l'indemnisation et réciproquement, ne parvient pas à être renversée.

Enfin, second présupposé, le droit des assurances est une discipline dont les potentialités paraissent offrir les moyens d'atteindre l'objectif de la recherche : indemniser et responsabiliser. Il semble pertinent de raisonner par le prisme de celui-ci, de modifier le rapport de soumission qu'il entretient avec le droit de la responsabilité.

La seconde partie de la thèse tente alors d'exploiter ces potentialités afin d'établir un équilibre optimal entre indemnisation et responsabilisation. Pour cela, les mécanismes et techniques du droit des assurances et du droit de la responsabilité sont

appréhendés de façon globale, afin d'imaginer le système responsabilité parvenu à maturité, autrement dit, ne s'ignorant plus en tant que système et assumant pleinement ses objectifs et ses missions.

En matière d'indemnisation, sont notamment envisagés un renouveau de l'action directe de la victime contre l'assureur de responsabilité, par la généralisation de l'inopposabilité des exceptions, et une maturation du droit des assurances obligatoires.

En matière de responsabilisation – là où le caractère normatif de l'assurance s'exprime avec davantage de force – sont principalement suggérés un renouveau du recours subrogatoire de l'assureur de la victime contre le tiers responsable et l'admission d'un recours de l'assureur contre son propre assuré par le jeu de ce que j'ai proposé d'appeler une clause de proportionnalité, qui repose sur la gravité de la faute commise, sans pour autant vider l'obligation de l'assureur de toute substance. Il s'agit ainsi d'introduire une échelle des fautes en matière d'assurance, idée qui, dans son principe, n'est pas isolée[28].

L'approche systémique donnée au sujet conduit à ne pas se contenter de ces avancées mais à en tirer toutes les conséquences, c'est-à-dire à dessiner le portait du système responsabilité parvenu à maturité. Un statut de la victime, mêlant droits et obligations, dont l'obligation de minimiser le dommage, est ainsi présenté. Dans le même esprit, la règle de droit est clarifiée autour de l'idée selon laquelle la responsabilité pour fait causal peut s'appliquer dès qu'il s'agit d'indemniser une victime tandis que la responsabilité pour faute trouve son empire chaque fois qu'il s'agit de responsabiliser un auteur de dommage voire une victime.

La réflexion se prolonge par une rationalisation des rapports entre assurance et solidarité et la recherche d'une meilleure protection des assurés face à l'omniprésence des assureurs dans le système. En d'autres termes, la clarification et l'affirmation du pouvoir normatif des assureurs implique d'envisager des contre-pouvoirs. Un renouvellement du contrat social est ainsi esquissé. L'assurance y joue un rôle cardinal, offrant à la fois de la sécurité et la possibilité d'un lien social plus fort.

Le système responsabilité apparaît alors, grâce au droit des assurances, dans sa double fonction d'indemnisation des victimes et de responsabilisation des auteurs de dommage[29].

[28] Comp. J. Kullmann, « L'assuré fautif : après le faisan et le malfaisant, le risque-tout », *RGDA* 2014, p. 8.

[29] Pour paraphraser le titre de la célèbre thèse de B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, préf. M. Picard, éd. L. Rodstein, 1947.

Toutes les propositions formulées conduisent ainsi à dessiner ce que pourrait être un système responsabilité accomplissant sereinement les objectifs d'indemnisation et de responsabilisation. Par leur nombre et leur articulation raisonnée, ces propositions donnent à la thèse une dimension constructiviste. Néanmoins, si ce travail peut sembler être le fruit du travail d'un faiseur de système, elle n'a pas été édifiée sur une table rase, elle est ancrée dans la réalité positive du droit. Les propositions, aussi novatrices soient-elles lorsqu'on les considère de façon isolée, s'inscrivent le plus souvent dans la continuité des mouvements en cours et tirent parti de techniques bien connues.

Ceci explique que certains développements aient pu être ou bien consolidés ou bien fragilisés par la jurisprudence ultérieure ou par les projets de réforme du droit de la responsabilité civile qui se succèdent[30].

Treize ans après la soutenance, je crois que l'intitulé de la thèse pourrait évoluer : les potentialités envisagées sont celles de l'assurance, celle-ci s'appuyant sur la normativité juridique et sur les techniques et mécanismes du système juridique, bien davantage que celles du droit des assurances. En d'autres termes, les instruments et règles qui constituent le droit des assurances ne sont que la mise en musique juridique de normes assurantielles, telles que celle qui enjoint de faire œuvre de prévention ou celle qui impose de minimiser ses pertes en cas de dommage.

Cette normativité de l'assurance pose bien évidemment question. C'est sa légitimité notamment qui interroge. Cette préoccupation était déjà présente dans ma thèse, sans être exprimée en ces termes. Le dernier chapitre, qui portait sur « le renouvellement des acteurs du système responsabilité », envisageait en effet l'omniprésence assumée des assureurs puis la protection organisée des assurés, celle-ci relevant de dispositifs étatiques et de dispositifs collectifs, notamment par des mécanismes de représentation des assurés au sein des différentes instances dont la mise en place est proposée.

Au fond, le système responsabilité tel que je l'ai dessiné *in fine* est un système dont le réacteur est l'assurance, avec l'aide et sous le contrôle du droit. Le soutien du droit se manifeste notamment par les mécanismes contractuels et le jeu du droit de la responsabilité, au sens où celui-ci est mis au service de l'indemnisation et de la responsabilisation. Son contrôle s'exprime principalement par des dispositifs affirmant et garantissant les droits des assurés. Il y avait là les prémisses d'une réflexion sur le pluralisme normatif et sur la place du droit en tant que norme des normes, réflexion sur laquelle je reviendrai plus loin.

[30] En dernier lieu, Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du sceau, Projet de réforme de la responsabilité civile, 13 mars 2017 (http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf).

La fonction normative de l'assurance, qui trouve à s'exprimer de manière privilégiée en se servant dans l'arsenal mis à sa disposition par le système juridique, me semble ainsi assez claire, notamment lorsque l'éclairage est mis la responsabilisation. Paradoxalement, alors que l'assurance a été longtemps – et demeure encore – critiquée en raison de la déresponsabilisation qu'elle impliquerait par le seul fait qu'elle existe, c'est parce qu'elle est susceptible de guider les comportements, d'inciter à modifier les habitudes, d'encourager à la prévention, de sanctionner les écarts de conduite que sa fonction normative apparaît le plus nettement.

Sans doute peut-on opposer quelques objections d'importance. Par exemple, il est établi que si l'assureur doit prendre en charge les frais occasionnés par les mesures de sauvetage destinées à limiter le sinistre, il est en revanche exonéré des mesures de prévention ou de précaution, sauf stipulation contractuelle contraire. Dans le même ordre d'idée, on ne peut que constater que des mécanismes pouvant être au service de la responsabilisation sont indifférents aux circonstances particulières de réalisation des risques, à l'image des exclusions, plafonds et franchises qui, censés inciter à la prévention, n'atteignent qu'imparfaitement leur but parce qu'ils s'appliquent de manière automatique, indépendamment du comportement de l'assuré. Apparaît ici, de manière sous-jacente, la distinction entre une norme générale, impersonnelle, objective et la décision individuelle, empreinte de subjectivité, l'écart pouvant être en partie réduit par des normes telles que celle instituant une échelle des fautes, ainsi que la thèse en proposait l'adoption, en particulier au stade des recours contre les auteurs de dommage.

Cette fonction normative de l'assurance peut s'exprimer aussi sur d'autres terrains que celui de la responsabilisation. Par exemple, elle peut trouver à s'épanouir en matière de lutte contre les catastrophes sanitaires.

B. - Lutter

À l'occasion d'un colloque consacré aux catastrophes sanitaires[31], réfléchissant à la manière dont l'assurance appréhende ce type de risque, je me suis posé plusieurs questions dont celle de savoir dans quelle mesure l'assurance peut être partie prenante dans la lutte contre les catastrophes sanitaires. Ici aussi, ce sont les moyens juridiques dont elle dispose ou auxquels elle pourrait avoir recours qui peuvent être évoqués. Là encore, c'est le contrat qui semble le lieu privilégié d'expression de la fonction normative de l'assurance. Dans le prolongement des idées avancées dans ma thèse, il

[31] « Assurance et catastrophes sanitaires », *in* D. Virrot-Barrial, *Les catastrophes sanitaires, Les études hospitalières*, CDSA, 2013, p. 207.

est possible de recenser des mécanismes, des clauses, des contrats qui peuvent jouer un rôle dans la lutte contre les catastrophes sanitaires, aussi bien au stade de la prévention qu'au stade du sauvetage : aménagement de la tarification, renonciation à la faculté de résiliation annuelle pendant la durée d'amortissement de l'équipement de sécurité, déchéance, résiliation après sinistre, couverture des frais de retrait, etc.

Comme je l'ai souligné alors, on peut trouver des manifestations de la fonction normative de l'assurance dans le projet de droit européen du contrat d'assurance. En effet, parmi les obligations mises à la charge des assurés figurent une obligation de coopération généralisée du preneur après sinistre[32], une obligation de minimiser le dommage[33] et une obligation de prévention[34], autant d'obligations qui avaient donné lieu à réflexion à l'occasion de mon travail de thèse.

Rien n'interdit alors de déployer la fonction normative de l'assurance dans d'autres directions. Celle-ci pourrait par exemple trouver à s'épanouir en matière d'agriculture, là encore avec le soutien du droit.

C. - Exploiter durablement

La participation à un projet collectif de recherche dirigé par le professeur Marie-Luce Demeester, qui fut ma directrice de thèse, et Mme Virginie Mercier, m'a conduit à explorer des terres nouvelles à plus d'un titre puisque l'assurance de l'activité agricole m'était parfaitement inconnue et qu'il s'agissait d'envisager – très librement – les rapports entre assurance et agriculture durable[35].

Parce que, au fil des années, la fonction normative de l'assurance m'est devenue familière, il m'a semblé que celle-ci pouvait jouer un rôle dans le soutien et l'incitation à l'agriculture durable. Encore fallait-il le démontrer alors que, d'une part, l'agriculture durable n'est pas prise en compte en tant que telle par le droit et la pratique des assurances et que, d'autre part, la transition vers l'agriculture durable privilégie des mécanismes de subvention ou des dispositifs fiscaux, plutôt que des solutions assurantielles.

À cette double objection, s'ajoutait un contexte peu favorable. En effet, l'assurance récolte fait l'objet d'un cahier des charges dont le respect conditionne le

[32] Art. 6:102.
[33] Art. 9:101.
[34] Art. 4:103.
[35] « Assurance et agriculture durable », *in* M.-L. Demeester et V. Mercier (dir.), *Agriculture durable. Contributions juridiques, scientifiques et économiques pour l'élaboration d'un cadre normatif*, PUAM, 2016, p. 565.

financement de 65% de la prime par les pouvoirs publics (avec une part européenne dans le cadre de la Politique agricole commune). Ceux-ci sont donc parties prenantes dans le dispositif assurantiel, dont les évolutions peuvent se résumer en un transfert de la couverture des risques climatiques de la solidarité nationale vers l'assurance privée. Leur financement des primes ainsi que celui du Fonds national de gestion des risques en agriculture (FNGRA) apparaît comme la contrepartie de ce désengagement. Ce rôle des pouvoirs publics est d'autant plus manifeste que le cahier des charges évoqué est le fruit d'une concertation entre le ministère de l'agriculture, les assureurs et les agriculteurs.

Une partie de l'étude montre que les assureurs peuvent inciter leurs assurés exploitants agricoles à privilégier les modes de production performants d'un point de vue à la fois économique, social et environnemental, parce que l'agriculture durable semble engendrer moins de risques que les modèles traditionnels d'exploitation. Il est donc de l'intérêt des assureurs de s'engager dans cette voie. Ils peuvent le faire de manière spontanée et assumer pleinement leur fonction normative, sans attendre les initiatives incertaines du gouvernement ou du législateur.

Dans la continuité de ce qui a été examiné et évalué dans mon travail de thèse et à l'occasion de la réflexion portant sur les catastrophes sanitaires, la configuration contractuelle des garanties me semble un outil efficace pour amender les comportements, en particulier pour inciter à la prévention et au sauvetage. Dans cette perspective, en plus des mesures d'évaluation et de contrôle des risques mises en place lors de la souscription et tout au long de l'exécution du contrat, la relation contractuelle d'assurance peut accueillir des incitations tarifaires reposant sur une différence d'exposition au risque (primes, franchises et plafonds différenciés, insertion de clauses de réduction-majoration, sous réserve de demeurer dans le cadre posé par le cahier des charges de l'assurance récolte, dont le respect conditionne le subventionnement des primes). Peuvent également être envisagées l'insertion dans les polices de clauses incitant à la prévention (prise en charge des frais) ou y obligeant (conditions et exclusions de garantie). Enfin, la piste conduisant à créer une assurance revenu, très souvent envisagée en matière agricole, ne serait-ce que parce que c'est le modèle adopté dans certains pays étrangers, pourrait être empruntée.

La loi, le contrat d'assurance et ses clauses ne sont pas les seuls instruments mobilisés par l'industrie de l'assurance lorsqu'elle exerce une activité normative. Elle agit parfois sans le droit, plus exactement, sans le soutien du droit des assurances, ce qui ne signifie pas que le droit soit totalement évincé. Une réflexion récente et toujours en cours invite ainsi à voir comment l'industrie de l'assurance exerce ou peut exercer son pouvoir normatif en s'appuyant sur la technologique.

§ 2. - Normer avec le soutien de la technologie

La possibilité de normer sans le droit qui était sous jacente dans le travail de thèse – bien que celle-ci ne distinguât pas l'assurance et son droit – est apparue plus distinctement récemment à l'occasion de deux recherches, l'une ayant pour cadre un colloque portant sur le fichier, l'autre en cours portant sur l'assurance complémentaire santé et les objets connectés. Dans les deux cas, c'est la technologie qui permet à l'assurance de jouer un rôle normatif. Je voudrais préciser cette idée en envisageant le contrôle des assurés (A) puis la diffusion de l'assurance au comportement à l'heure des objets connectés (B).

A. - Contrôler les assurés

Les fichiers en assurance répondent à deux objectifs principaux : connaître les clients et connaître les risques. Par suite, ils permettent, dans une certaine mesure, un contrôle des assurés, qui participe au pouvoir normatif de l'assurance[36]. J'y insiste : celle-ci peut être envisagée comme le lieu d'une activité normative de direction des comportements humains. Dans cette perspective, si le contrat d'assurance, avec ses conditions, ses exclusions, ses franchises, ses déchéances de garantie, est un instrument de contrôle, les fichiers en sont un autre.

Au-delà de l'indispensable connaissance par l'assureur de la mutualité des assurés considérée dans son ensemble, c'est bien la surveillance de chaque assuré pris individuellement qui mérite l'attention.

La collecte et le traitement de données personnelles interviennent d'abord, naturellement, lors de la phase précontractuelle, lorsque l'assuré déclare les risques ; ils perdurent ensuite tout au long de la relation contractuelle, lors des déclarations d'aggravation du risque ou lors des renégociations. Ces données sont des outils précieux pour l'assureur : ils lui permettent non seulement d'apprécier le risque mais encore de vérifier la sincérité des différentes déclarations qui ont émaillé la relation contractuelle et de lutter contre la fraude. De la sorte, le pouvoir normatif de l'assureur s'exprime aussi par un contrôle des assurés.

Il n'y a là rien d'inquiétant ou, tout au moins, rien qui ne semble remettre en cause les droits fondamentaux de l'assuré, dès lors que le cadre légal et administratif défini par le dispositif informatique et libertés est respecté.

[36] « Le contrôle des clients de l'entreprise par les fichiers : le cas des assurés », *in* F. Eddazi et S. Mauclair (dir.), *Le fichier*, LDGJ, coll. Les grands colloques, 2017, p. 265.

Cependant, l'avènement des objets connectés est susceptible d'augmenter les possibilités pour l'industrie de l'assurance d'exercer son pouvoir normatif de direction et de contrôle des comportements. En effet, d'une part, la révolution du *big data* est de nature à donner une intensité supplémentaire à ce contrôle et, d'autre part, de nouvelles formules contractuelles se développent, qui s'appuient sur les objets connectés et les données qu'ils diffusent.

Le *big data* se caractérise par le volume, la variété, la rapidité et la complexité des informations disponibles. L'assureur est donc susceptible d'accéder à d'autres données que celles collectées à l'occasion de la déclaration des risques. Il n'est pas exclu qu'il puisse désormais connaître ses assurés bien mieux que ces derniers ne se connaissent eux-mêmes, que le risque ne soit plus seulement déclaré mais constaté, que l'asymétrie d'information qui commande pour beaucoup le droit de la relation s'assurance ne soit plus qu'un lointain souvenir. L'extraction de données sur les assurés et les risques à partir de toutes les sources qui nourrissent le *big data* semble l'avenir de l'assurance. Les assureurs pourraient être à même non seulement d'affiner leur tarification, mais encore de proposer des garanties sur-mesure, procédant ainsi à une individualisation aux ressorts éloignés des principes classiques de l'opération d'assurance[37].

Certes, les principes gouvernant les données personnelles devront être respectés. Cependant, la relation contractuelle offre un cadre aisé pour recueillir le consentement de l'assuré à la collecte et au traitement de ses données.

Aujourd'hui, c'est l'assurance automobile, l'assurance habitation et l'assurance santé qui paraissent être les terrains les plus favorables à l'utilisation des objets connectés par l'industrie de l'assurance. Certains s'y épanouissent déjà.

Pour prendre l'exemple de l'assurance automobile, une formule contractuelle venue des pays anglo-saxons se propage à très grande vitesse, pour l'heure principalement à destination des jeunes conducteurs : le *pay as you drive*. Le principe est simple et a été validé par la CNIL : en contrepartie d'une diminution de prime, l'assuré accepte des restrictions quant à l'usage de son véhicule (en termes de distance et d'horaires d'utilisation), le tout sous le regard permanent de l'assureur puisque son véhicule est tracé au moyen d'un boîtier de contrôle équipé d'un capteur GPS[38]. Allant plus loin, certains assureurs proposent une évaluation de la conduite, des façons de

[37] Sur les conséquences épistémologiques du big data, v. not., F. Ewald, *Assurance, prévention, prédiction… dans l'univers du Big Data*, rapport pour l'Institut Montparnasse (http://www.institut-montparnasse.fr/wp-content/files/Collection_recherches_n_4.pdf).

[38] Ph. Pierre, « 'Boîte noire' automobile et assurance », *Risques,* 2003, n°56, p. 57.

freiner, d'accélérer et de prendre des virages. On passe ainsi subrepticement d'une formule « *pay as you drive* », tarifée en fonction de l'usage du véhicule, à une formule « *pay how you drive* », tarifée en fonction du comportement du conducteur. Le contrôle prend une ampleur supplémentaire encore lorsque la réduction de prime est conditionnée par la participation à du « coaching automobile » durant les années qui suivent l'obtention du permis de conduire.

Le temps est donc à la densification du contrôle des assurés, sous le contrôle bienveillant de la CNIL. Il importe en effet de rappeler ici que d'abord hostile au système du *pay as you drive*, pour des raisons tenant à l'absence de proportionnalité entre le contrôle permanent de l'assuré, atteint dans sa liberté d'aller et venir anonymement, et l'objectif de modulation de la prime[39], l'autorité administrative l'admet désormais sous quelques réserves qui n'en sont pas vraiment[40]. En outre, comme cela a été évoqué plus haut, elle travaille main dans la main avec les entreprises qui collectent et traitent des données, ce qui a donné lieu par exemple à un pack de conformité assurance[41].

Il est vrai que ce contrôle est librement consenti puisqu'il résulte du choix entre plusieurs formules contractuelles. Cependant, des considérations financières, des contraintes économiques, peuvent commander l'option retenue. De ce point de vue, il n'est pas anodin que le *pay as you drive* soit présenté en priorité aux jeunes conducteurs, c'est-à-dire ceux qui ont le moins les moyens de choisir. Le système se propagera avec les générations. Il pourrait d'ailleurs advenir un jour où toutes les formules contractuelles proposées au candidat à l'assurance reposeront sur le système du *pay as you drive* voire sur celui du *pay how you drive*. C'est au droit de la protection des données personnelles de se construire en ménageant les intérêts légitimes des assureurs et les droits fondamentaux des assurés. En d'autres termes, il leur appartient de normer le pouvoir normatif de l'assurance.

Il me semble qu'il y a là un enjeu majeur pour l'assurance, sur lequel les juristes doivent avoir leur mot à dire. C'est d'autant plus vrai lorsque le contrôle porte sur des choix de vie qui touchent bien davantage à l'intimité de la personne que sa manière de conduire. L'assurance complémentaire santé dite au comportement pose de ce point de vue des questions certainement plus graves[42]. La diffusion de ce type d'assurance à l'heure des objets connectés est la promesse d'un développement de la fonction

[39] CNIL, Délibération n° 2005-278 du 17 nov. 2005, n° 2005-278
[40] CNIL, Délibération n° 2010-096 du 8 avr. 2010, portant recommandation relative à la mise en œuvre, par les compagnies d'assurance et les constructeurs automobiles, de dispositifs de géolocalisation embarqués dans les véhicules, *JO* 19 mai 2010, texte n° 76.
[41] *Supra*, Section 1, §1, C.
[42] V., not., A.-S. Ginon, « Assurance santé comportementale : de quoi parle-t-on ? », *RDC* 2017, p. 321.

normative de l'assurance, s'appuyant sur la technologie, dans un environnement juridique assez peu contraignant.

B. - Diffuser l'assurance au comportement à l'heure des objets connectés

Les enjeux de l'assurance santé au comportement sont au cœur d'une réflexion dont les premiers résultats ont été présentés lors d'une conférence donnée à l'Espace de Réflexion Éthique du Limousin[43], étant précisé qu'en l'état, je ne fais pas de distinction entre les objets connectés « bien-être » et les objets connectés « santé », qui peuvent être qualifiés de dispositifs médicaux et, par suite, faire l'objet d'un régime spécifique. En effet, ce qui importe pour la réflexion est que bon nombre de ces objets permettent de se mesurer, de se mettre à l'épreuve. Ils relèvent ainsi du « *quantified self* ». Certains peuvent être vus comme des instruments de prévention des risques, comme des outils de détection des maladies, comme des dispositifs de suivi médical ou de soins à distance.

L'activité des assureurs consiste pour une bonne part à gérer des risques, ce qui ne veut pas seulement dire verser des indemnités ou exécuter des prestations au profit des assurés qui subissent un sinistre. Gérer des risques, c'est aussi agir pour diminuer la fréquence et l'intensité des sinistres, et c'est donc développer des stratégies en faveur de la prévention. C'est pourquoi certains assureurs s'appuient sur l'internet des objets, en intégrant le dispositif dans la relation contractuelle avec les assurés ou bien en proposant simplement la possibilité d'user de l'objet connecté et en y associant des récompenses, sous forme de bons de réduction ou de bons d'achat auprès de partenaires santé ou bien-être. Ces objets connectés intéressent les assureurs parce qu'ils permettent l'obtention d'informations dont ils étaient jusqu'ici privés ou auxquelles ils n'accédaient qu'avec difficulté.

Ainsi, les institutions de prévoyance et les complémentaires santé ont rapidement décelé les opportunités qu'offrent les objets connectés et la pratique du *quantified self*. Des montres ou bracelets mesurent le nombre de pas effectués chaque jour, les calories dépensées, celles ingurgitées, le taux d'insuline, etc. Des assureurs proposent désormais à leurs adhérents ou assurés un certain nombre d'objets connectés

[43] « L'assurance au comportement : regard d'un juriste », ERELIM, Conférence-Débat, Regard éthique sur l'utilisation des objets connectés en santé, Limoges, 28 sept. 2017.

qui, pour l'heure, n'ont pas d'effet sur la tarification, mais en auront sans aucun doute demain, à l'image de ce que montrent certaines pratiques américaines.

Aux États-Unis en effet, plusieurs compagnies ont mis en place des contrats s'appuyant sur les données collectées. Par exemple, l'assureur John Hancock, en s'appuyant sur les données transmises par le bracelet connecté FitBit, surveille l'hygiène de vie de ses clients et fait varier le montant des primes en fonction des données transmises. De sorte qu'advient une sorte de *pay as you walk*, pendant du *pay as you drive*, qui ne demande qu'à pénétrer le marché français.

Cet exemple à lui seul interpelle. Il pose des questions aussi diverses que : quels risques court l'assuré qui communique ses données ? et celui qui s'y refuse ? quelles protections et quelles sécurités sont ou devraient être mises en place pour éviter une atteinte massive et frontale aux droits fondamentaux et en particulier au droit au respect de la vie privée ? qu'est-ce que le recours aux objets connectés et la connaissance de plus en plus fine de l'assuré dit de l'assurance ? quels sont les impacts possibles de cette révolution technologique sur la technique de l'assurance ? est-ce bien aux assureurs de dicter les comportements ? est-ce bien le rôle des assureurs que d'exercer un pouvoir normatif et finalement de se substituer peu ou prou au pouvoirs publics ? Quelle est leur légitimité ? Que faire, qu'envisager pour que les objets connectés puissent rendre les services légitimement attendus par les assurés et les assureurs en respectant les intérêts des uns et les droits des autres ?

Au fond, trois enjeux peuvent être identifiés.

Le premier vient immédiatement à l'esprit ; il concerne la protection des données personnelles. En effet, les objets connectés apparaissent comme des traceurs. Dans le contexte du *big data*, toute donnée est en soi identifiantehttps. À cela s'ajoute qu'en dehors des données qu'il crée volontairement, l'utilisateur d'un objet connecté laisse des traces numériques chaque fois qu'il utilise un service. Ce constat s'inscrit dans un contexte de développement du *quantified self*, qui se traduit par un passage de l'ère de l'intime à celle de l'exposition de soi[44].

Or on peut douter de l'efficacité du dispositif informatique et libertés tel qu'il est conçu aujourd'hui, aussi bien en droit interne qu'au plan européen. En effet, les principes qui le commandent sont difficilement conciliables avec le fonctionnement du *quantified self*. En particulier, la collecte massive et continue de données sans but déterminé, qui est l'essence du *big data*, met à mal les principes de finalité et de proportionnalité. En outre, lorsque l'utilisation d'un ou plusieurs objets connectés est contractualisée, la question du consentement est de fait évacuée, comme on a pu l'indiquer à propos du système *pay as you drive*. À cela s'ajoute la tendance au

[44] M. Lanna, « Le quantifed self, nouveau moteur du big data et menace pour la vie privée », *LPA*, 12 mai 2016, n° 95, p. 6.

libéralisme de la CNIL et la difficile appréhension de la territorialité de la protection des données lorsque ceux qui les collectent sont des multinationales situées de l'autre côté de l'Atlantique[45].

Sur un autre plan, la protection des données personnelles peut sembler aussi menacée par des évolutions ou des tendances lourdes de notre droit. Spécialement, les mouvements à l'œuvre en matière de santé publique méritent l'attention dans la mesure où les assureurs privés sont souvent prompts à revendiquer l'extension à leur profit des règles du droit de la sécurité sociale. Sans doute ne sont-ils pas toujours entendus, mais ils finissent toujours par obtenir ici ou là, au moins partiellement gain de cause.

Or, en droit de la santé, émerge ce qui ressemble de plus en plus à une société de surveillance[46]. L'une de ses manifestations est l'apparition d'une obligation d'observance des traitements, dont la sanction est une diminution de la prise en charge. Elle existe d'ores et déjà pour les affections de longue durée. Une telle obligation est susceptible de s'appuyer sur les objets connectés. Une première étape a été sur le point d'être franchie récemment en matière d'apnée du sommeil avec le masque à pression positive continue connecté. Si l'arrêté du ministre conditionnant la prise en charge à l'usage du masque a été censuré, cette annulation est intervenue pour des raisons de compétence et non pour des raisons de fond[47].

Certes, en France, la CNIL semble pour le moment assez hostile à une telle pratique, dans la mesure où la collecte continue de données relatives à l'activité physique et à l'état de santé d'une personne est disproportionnée par rapport à l'objectif d'adaptation des primes. Cependant, on sait que l'autorité administrative a fini par admettre les formules de contrat d'assurance bâties sur le système du *pay as you drive*, en raison du consentement donné par les assurés. La même considération pourrait conduire la CNIL à accueillir favorablement les initiatives des assureurs fondées sur l'utilisation d'objets connectés.

Le deuxième enjeu de l'utilisation des objets connectés en assurance santé est relatif à la transformation de l'assurance, elle-même fruit d'une déformation des risques et d'une démutualisation des risques.

[45] V. toutefois, Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avr. 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *JOUE* 4 mai 2016, L 119/1, spéc. art. 3-2.

[46] A. Debet, « Objets connectés et santé », *Journal de droit de la santé* 2017, n° 15, p. 34.

[47] E. Geffray, « Droits fondamentaux et innovation : quelle régulation à l'ère numérique ? », *Cah. Cons. Constit.* 2016, n° 52, p. 7.

D'une part, si le risque santé est à l'évidence un risque multifactoriel, au sens où sa fréquence et son intensité sont fonction d'une multitude de paramètres, les objets connectés et l'exploitation des données qu'ils produisent conduisent à mettre entre parenthèse cette physionomie du risque pour mettre en avant le seul déterminant comportemental. Ce qui devient ou est appelé à devenir l'alpha et l'oméga de la sélection des risques en assurance santé, ce sont les facteurs individuels de risque en général et le comportement individuel en particulier (sédentarité, activité physique et sportive, etc.). Le comportement devient ainsi cause de tout, ou tout au moins cause principale et première de tout sinistre, parce qu'il est mesurable.

Cette approche déformante du risque pourrait faire songer au précédent génétique : on sait que la loi interdit à l'assureur la collecte et l'utilisation de toute information portant sur les gènes de l'assuré[48]. Par ce principe de prohibition, le législateur a fait de la donnée génétique un facteur de risque à part et contribué à l'exceptionnalisme génétique. Ceci étant dit, il y a une différence essentielle, fondamentale entre l'exceptionnalisme génétique et le fait de réduire le risque santé au facteur comportemental. Le premier relève d'un choix démocratique : il a été débattu et voté au Parlement. Rien de tel s'agissant du second.

D'autre part, l'utilisation des objets connectés peut conduire à une forme de démutualisation, c'est-à-dire une remise en cause des fondements même de la technique assurantielle[49]. En effet, par le biais des objets connectés, une meilleure connaissance des assurés et une hyper-sélection deviennent possibles, à la fois dans l'intérêt des assureurs mais aussi dans celui des bons risques qui ont tout intérêt à se prévaloir de leur activité physique régulière et de leurs performances sportives pour contracter à moindre coût. Dès lors que l'assurance devient de plus en plus individuelle, qu'elle verse dans une sorte de sur-mesure, la notion de mutualisation des risques évolue en profondeur. De proche en proche, se pose la question de l'accès à l'assurance complémentaire santé, dans un contexte de surenchérissement des primes, notamment pour les personnes âgées[50], et alors que tous les assurés ne sont pas égaux devant les objets connectés et l'informatique, alors la fracture numérique, qu'il existe une fracture numérique.

Le troisième enjeu est démocratique et institutionnel : est-il légitime que les assureurs, par le biais des polices d'assurances et avec l'appui des objets connectés

[48] C. assur., art. L. 133-1, renvoyant à l'article L. 1141-1 du Code de la santé publique.

[49] La démutualisation envisagée ici ne désigne donc pas le processus par lequel une mutuelle d'assurances se transforme en sociétés par actions.

[50] UFC-Que choisir ? « Coût de la santé pour les ménages : vers la démutualisation des populations fragiles ? » étude publiée le 21 sept. 2011 (https://www.quechoisir.org/dossier-de-presse-cout-de-la-sante-pour-les-menages-vers-la-demutualisation-des-populations-fragiles-n13827/).

commandent les comportements à adopter, alors même que ce transfert de souveraineté n'a été ni débattu, ni pensé ? La préoccupation est d'autant plus sérieuse qu'avec l'émergence de l'internet des objets, s'opère un glissement de la prévention vers la normalisation des comportements. Pour l'heure en France, en assurance privée, les assurés déviants sont simplement privés d'un bon d'achat ou d'un bon de réduction, mais un jour ou l'autre, et l'expérience américaine le montre, c'est une sorte de bonus-malus qui intégrera les complémentaires santé. Les informations collectées via les objets connectées auront une influence directe sur l'étendue et la tarification de la couverture complémentaire.

Or, à bien y réfléchir, il ne s'agit pas seulement de normaliser et de raisonner sur un comportement moyen. Il s'agit d'améliorer, de faire mieux, par exemple de transformer les bons risques en excellents risques. La prévention n'est plus une stratégie destinée à éviter que le risque ne se réalise mais une démarche d'éradication d'un risque censé disparaître et ne plus frapper que ceux qui ne jouent pas le jeu. Or, dès lors qu'on laisse entendre que les maladies sont monocausales et qu'elles sont le résultat d'un seul facteur de risque, à savoir le comportement du malade, on en arrive à culpabiliser et à stigmatiser. Celui qui est malade est celui qui n'a pas pris soin de son capital santé et n'a pas tout fait pour le préserver et, mieux, l'améliorer. Est-il alors digne d'être assuré ?

De proche en proche, on peut se demander s'il n'y aurait pas *in fine* une obligation pesant sur chaque assuré d'être bien portant et par suite de se comporter sainement. La même obligation existerait d'ailleurs – ce qui n'est pas anodin –en droit de la santé comme le suggère l'article L. 1411-1-2, qui dispose que « Des actions tendant à rendre les publics cibles acteurs de leur propre santé sont favorisées. Elles visent, dans une démarche de responsabilisation, à permettre l'appropriation des outils de prévention et d'éducation à la santé ». Les slogans impératifs qui inondent nos ondes et nos écrans et aux termes desquels il convient de manger cinq fruits et légumes par jour, de manger et bouger, de ne pas grignoter entre les repas, accréditent cette idée.

Par le biais des objets connectés, les assureurs sont donc susceptibles d'augmenter leur pouvoir normatif en matière de direction et de contrôle des comportements. Ils jouent déjà un rôle, en soutien ou en relai des pouvoirs publics, par le biais des clauses des polices d'assurance qu'ils commercialisent. C'est vrai en matière en assurances de dommages comme en assurances de personnes. Ce qui fait naître des doutes et nourrit le débat, c'est que les assureurs se substituent de fait, sans forcément d'ailleurs en avoir conscience ou sans l'avoir nécessairement voulu, au législateur démocratiquement désigné.

À l'aune de ces pistes de réflexion sur les enjeux du recours aux objets connectés en assurance santé, on peut provisoirement conclure que si ces objets sont porteurs de beaucoup d'espoirs, en matière de prévention, de traitement, de suivi, ils sont aussi annonciateurs de changements profonds en matière d'assurance santé. Car au-delà de la protection des données personnelles qui fait évidemment question, c'est l'opération même d'assurance qui est susceptible d'être remise en cause, en raison d'un bouleversement de l'analyse du risque de santé et d'une évolution profonde de la mutualisation qui pourrait laisser nombre d'individus sans couverture santé complémentaire. Car enfin, instituer les assureurs en autorités normatives édictant le comportement à suivre pose une question de légitimité et de démocratie qui mérite d'être débattue, bien davantage quand sont en cause les choix de vie des personnes que lorsqu'il s'agit de les inciter à installer un système d'alarme ou un détecteur de fumée.

Les études menées et les projets envisagés tels qu'ils ont été présentés jusqu'ici ont pour cadre théorique une approche relativement familière aux juristes. Normer l'assurance, rien de plus évident pour eux. Normer par l'assurance, c'est davantage perturbant, tout au moins formulé ainsi. Néanmoins, ils sont rapidement apaisés s'ils gardent à l'esprit que le droit a vocation à tout moment à normer l'assurance, et donc à normer celle-ci en tant qu'elle prétend exercer une activité normative.

Écrire cela, c'est pourtant déjà ouvrir de nouvelles portes, soulever de nouvelles interrogations. Normer l'assurance, certes, mais de quel droit ? avec ou sans droit ? Produire une norme certes, mais pour quelle effectivité ? pour quelle efficacité ? pour quelle efficience ? Ce sont ces questions, qui se sont posées plus récemment, que je voudrais envisager désormais sous cet intitulé sans doute énigmatique à ce stade : assurer la normativité.

Section 3. - **ASSURER LA NORMATIVITÉ**

Mêler assurance et normativité comme je l'ai fait jusqu'ici permet de donner une certaine cohérence à mes travaux et projets de recherche. Cela ouvre aussi la voie sur d'autres possibilités. Certes, on pourrait sans doute voir sous l'intitulé « assurer la normativité » rien d'autre qu'un jeu de mots. Je crois à l'inverse que l'hypothèse est sérieuse.

L'élément déclencheur, celui qui a permis de mettre en mots ce qui était jusqu'ici seulement sous-jacent, est l'invitation à participer sous la direction et autour du Professeur Catherine Thibierge, à un projet collectif de nouveau consacré à la normativité. Après le concept de force normative et le processus de densification normative, c'est le thème de la « garantie normative », qui est à l'étude.

Ce projet collectif est en cours, tout comme ma contribution. Les réflexions menées pour construire et rédiger celle-ci me conduisent à regrouper au sein de cette section intitulée « assurer la normativité » deux questions distinctes bien que reliées entre elles, celle de la gestion des risques normatifs et celle du pluralisme normatif.

Or il se trouve que des travaux antérieurs paraissent assez bien s'inscrire dans cette démarche et viennent en conséquence l'affermir. Comme pour d'autres recherches ou études évoquées précédemment, il est possible de les relire avec un regard différent, de sorte d'enrichir leurs conclusions de nouveaux apports ou d'une nouvelle présentation.

Il convient désormais d'exposer ce que j'entends par gérer les risques normatifs (§1) avant de penser le pluralisme normatif (§2).

§ 1. - Gérer les risques normatifs

Qu'un système normatif – le droit par exemple – produise une norme, immédiatement deux séries de questions peuvent se poser. La première série concerne les destinataires de la norme qui peuvent faire face à un certain nombre d'incertitudes : la norme leur est-elle applicable ? est-elle obligatoire ? à quelles sanctions s'exposent-ils en cas de violation ou de transgression ? La seconde série inquiète le système normatif lui-même, en la personne de ses dirigeants ou animateurs : la norme que nous venons de produire va-t-elle être appliquée ? va-t-elle produire les effets attendus ? va-t-elle s'imposer face à des normativités concurrentes qui prévoient des solutions différentes ? Si jamais nos normes restaient toujours lettre morte, ne serait-ce pas faire le constat de la disparition de notre système normatif ?

L'incertitude fait spontanément songer à la figure du risque, dans la mesure où le risque est fondamentalement une situation d'incertitude[51]. Il me paraît par suite envisageable de parler de risques normatifs, à propos de ces situations d'incertitude en matière de normativité. L'expression fait penser à celle de risques juridiques qu'emploient parfois les gestionnaires de risque en général et les *risks managers* en particulier. Elle n'exprime pas la même chose, mais elle invite pareillement à envisager leur couverture.

Or il me semble – c'est l'intuition à partir de laquelle s'élabore le projet de contribution – que c'est précisément l'objet de « la garantie normative » que de gérer les risques normatifs, ce en quoi, grâce à une analogie que je crois raisonnable, il est

[51] L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances*, LGDJ, 2011, n° 7 et réf. cit. – J. Bigot (dir.), *Traité de droit des assurances, T. 3, Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2e éd., 2014, n° 1535 par L. Mayaux.

proposé de voir dans la garantie normative un système assurantiel de gestion des risques normatifs.

La gestion des risques normatifs peut ainsi être examinée sous un angle plutôt théorique, celui de la « garantie normative ». Elle peut être aussi approchée et illustrée par les techniques normatives utilisées par un système normatif particulier – le droit – pour parvenir à ses fins. Gérer les risques normatifs, c'est ainsi penser la « garantie normative » comme un dispositif assurantiel de gestion des risques normatifs (A) et la mettre en œuvre par une politique normative (B).

A. - Penser la « garantie normative » comme un dispositif assurantiel de gestion des risques normatifs

Je voudrais ici partager une partie des fruits de ma contribution en devenir au projet collectif de recherche sur la « garantie normative ».

Le terme garantie est familier aux juristes qui l'emploient le plus souvent affublé d'un complément (garantie des vices cachés, d'éviction, d'exécution, etc.) ou bien en guise de synonyme (assurance, sûreté). Ils l'utilisent aussi pour désigner des théories doctrinales. La garantie est ainsi « plurielle et multiforme »[52]. Si cette diversité interdit de trouver une unité technique[53], il est malgré tout possible de considérer que s'en évince une idée commune de protection contre un risque.

C'est ce sillon que je propose ici de creuser. La « garantie normative », en raison de la quasi-nouveauté de l'expression[54], appelle en effet une réflexion qui s'appuie au moins dans un premier temps sur l'idée de garantie, davantage que sur les techniques de garantie. Dans cette perspective, la « garantie normative » peut être envisagée comme la protection contre un ou des risque(s) normatif(s).

Par cette dernière expression, j'entends désigner les risques en lien avec une norme. Ils peuvent être très nombreux et tout aussi variés : risque de qualification, risque de validité, risque d'applicabilité, risque de prévisibilité, risque de violation, risque de transgression, risque de stabilité, etc. Sans apporter à ce stade les précisions que

[52] P. Jourdain, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », *Mélanges Ph. Malinvaud*, Litec, 2007, p. 303, spéc. p. 303 et 315.
[53] P. Jourdain, préc., spéc. p. 313 et s.
[54] Si l'on occulte – temporairement – l'ouvrage consacré à la force normative (C. Thibierge, « Conclusion », *in* C. Thibierge *et alii*, La Force normative. Naissance d'un concept, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 813, spéc. p. 823).

cette énumération appelle, on pressent que face à une norme, plusieurs questions peuvent se poser qui appellent une réponse. D'une part, le destinataire actuel ou potentiel de la norme, en situation d'incertitude, est en attente de sécurité, il a besoin d'être rassuré. Il peut se demander si la norme existe, si elle est valable, si elle est obligatoire, si ses conditions d'applications sont réunies, si elle est opposable, si sa violation l'expose à sanctions et, le cas échéant, quelles sont ces sanctions. Le destinataire de la norme a besoin de confiance en la norme et, par-delà, de confiance dans le système normatif dont elle est une émanation[55]. D'autre part, tout système normatif qui édicte, s'approprie, fait appliquer, abroge, modifie des normes est soucieux du sort de celles-ci. La question de savoir si les normes produisent les effets attendus (efficacité) au moindre coût économique (efficience), ou à tout le moins des effets (effectivité)[56] est au cœur des préoccupations de ceux qui l'animent. Les risques normatifs ici évoqués relèvent d'une incertitude quant à l'application des normes : leurs destinataires s'y conforment-ils ? leur sont-ils obéissants ? les écartent-ils ? Au-delà, c'est le système normatif qui s'inquiète de lui-même, qui a besoin de confiance. Ces nombreuses incertitudes, ces risques normatifs, convergent vers l'idée que chacun a besoin de confiance dans les normes et dans le système normatif qui les porte.

Comme la présentation qui en a été faite le suggère, il y a au fond une dualité de familles de risques, à laquelle correspond une dualité de porteurs de risques. D'une part, certains risques relèvent d'une incertitude qui porte sur la norme elle-même. Ce sont les destinataires avérés ou potentiels de la norme qui sont exposés à ces risques ; ce sont eux qui ont besoin de garantie normative. D'autre part, certains risques relèvent d'une incertitude qui porte sur l'obéissance à la règle. C'est le système normatif lui-même qui s'inquiète et qui est demandeur de « garantie normative » ou, à tout le moins, d'une gestion des risques normatifs. Je propose en conséquence à ce stade de retenir comme hypothèse que la « garantie normative » est le dispositif assurant la confiance en la norme et le respect de celle-ci.

Pour nourrir cette hypothèse, il est possible de s'appuyer sur un cas particulier, arbitrairement choisi mais présumé pertinent, celui de la clause de bonus-malus. Cette clause, dont l'appellation technique est clause de réduction-majoration, est, dans son principe et dans ses effets, bien connue. Il s'agit d'une clause-type prévue par arrêté[57]

[55] Sur la confiance comme élément essentiel d'un système juridique, v. not., E. Nicolas et C. Sintez, « Par delà le concept de force dans la philosophie de Jacques Derrida », *in La Force normative*, *op. cit*., p. 99.
[56] Pour des distinctions plus précises, L. Heuchling, « ''Effectivité'', ''efficacité'', ''efficience'', ''qualité'' d'une norme/ du droit. Analyse des mots et des concepts », *in* M. Fatin-Rouge Stéfanini, L. Gay et A. Vidal-Naquet, *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, 2012, p. 27.
[57] C. assur., art. A. 121-1.

sur habilitation de la loi[58], obligatoirement insérée dans les contrats d'assurance de responsabilité automobile, dont la finalité est d'encourager les automobilistes à mieux conduire. Elle leur accorde en effet des réductions de tarif en l'absence de sinistre et, à l'inverse, leur applique des augmentations en cas d'accident lorsque leur responsabilité est engagée. Elle figure de la sorte une norme de responsabilisation, à la fois incitative et dissuasive, répondant au « système de la carotte et du bâton[59] ».

Mener une réflexion sur la « garantie normative » d'une règle contractuelle imposée par la loi peut sembler de prime abord un peu vain, faute d'enjeu, parce qu'une telle règle est par principe automatiquement garantie par le système juridique et que toute une série de mécanismes contribuent non seulement à son respect, c'est-à-dire à ce que ses destinataires se conforment à elle, mais aussi à ce que ces derniers aient confiance en elle, ne serait-ce que parce que la police d'assurance la reproduit et fait référence au Code des assurances qui la comporte.

Cependant, il appert que le statut d'une norme ne peut emporter qu'une présomption simple s'agissant de sa « garantie normative ». Par exemple, la garantie juridictionnelle d'une norme, fût-elle légale voire constitutionnelle, peut varier en intensité, selon les pouvoirs et l'office du juge. Également, en période de crise, la « garantie normative » de certaines normes peut être provisoirement ou durablement affectée, en particulier lorsque surgit la menace terroriste.

La définition proposée de la « garantie normative » comme dispositif assurant la confiance et le respect de la norme appelle précisions et affinements. Dans un premier temps[60], la garantie normative peut être appréhendée comme un dispositif d'assurance.

Afin d'explorer la piste de l'analogie assurantielle, des risques normatifs sont identifiés (1) avant que leur couverture ne soit envisagée (2).

1. - Identifier les risques normatifs

Si l'on s'en tient pour l'instant aux risques normatifs auxquels sont exposés les destinataires des normes[61], il semble en exister au moins cinq, qui affectent la confiance en la norme : un risque de normativité, un risque de validité, un risque d'applicabilité, un risque de prévisibilité, un risque de stabilité.

[58] C. assur., art. L. 111-4.
[59] J. Bigot, « Assurance automobile : la carotte et le bâton », *JCP* G 1983, I, 3126.
[60] Dans un second temps, elle sera envisagée comme un dispositif au cœur du système juridique (v. *infra* §2, B).
[61] Sur les risques auxquels est exposé le système normatif, v. *infra*, section 3, §2, B, 1, b.

Le premier risque consiste à prendre pour norme ce qui ne l'est pas et inversement. Il peut arriver en effet qu'un sujet croit être en présence d'une norme alors qu'il n'en est rien, qu'il commette une « erreur de norme », un peu comme on admet dans certains cas l'erreur de droit. On peut se demander alors s'il ne pourrait pas obtenir garantie de la normativité de ce qu'il prend pour norme. Autrement dit, la « garantie normative » pourrait avoir pour objet d'apposer (ou de refuser) un sceau de normativité, d'authentifier la qualité de norme d'un texte (ou de l'interprétation de cet énoncé, au moment où le risque se réalise). S'agissant de la clause de bonus-malus, la question ne se pose pas ; mais on admettra qu'elle peut être soulevée dans nombre de situations. Ce sera le cas lorsqu'une partie à un litige mobilise une pratique sociale ou professionnelle au soutien de sa requête et que le juge est appelé à prendre position sur sa normativité et sa juridicité. Cet exemple ne doit pas laisser penser que la juridictionnalisation est la voie unique de règlement d'un sinistre normatif : de nombreuses autres possibilités existent. C'est du reste l'un des intérêts du concept de force normative que d'offrir un instrument susceptible d'aider à se prononcer sur la normativité, en droit comme ailleurs.

Le deuxième risque est celui de la validité. La question que peut se poser un sujet est en effet de savoir si la norme qu'il s'apprête à appliquer ou qu'on lui oppose est valable. La garantie normative aurait ainsi également pour objet de lever l'incertitude. À titre d'illustration, lorsque la Cour de Justice des communautés européennes a validé la clause légale de bonus-malus, un temps contestée par la Commission européenne pour des raisons tenant à la liberté tarifaire[62], elle a délivré sa « garantie normative ». De même, lorsqu'on s'interroge sur la validité de la clause type, c'est une garantie que l'on recherche.

Le troisième risque normatif qu'il convient d'évoquer est celui de l'applicabilité de la norme, terme générique qui englobe les questions aussi différentes que celles des conditions et du domaine d'application, de l'opposabilité, de l'invocabilité, de l'obligatoriété, de la supplétivité, etc. La garantie normative participerait de la levée des incertitudes affectant la norme.

La gestion de ce risque semble être à la charge du système normatif auquel la norme à garantir est rattachée. Celui-ci (et prioritairement voire exclusivement lui) est à même d'intervenir pour apporter toutes les précisions requises, au risque de participer à la densification normative ambiante[63]. Il peut notamment adopter des normes d'application, ajouter des informations sur la texture de la norme, laisser se développer une pratique ou une jurisprudence.

---

[62] CJCE, 7 sept. 2004, aff. C-347/02 : *JCP* G 2004, II, 10163, note J.-C. Zarka ; *D.* 2004, p. 2881, note L. Noël ; *RGDA* 2004, p. 1046, note G. Parléani ; *LPA* 2005, n° 43, p. 8, note J.-L. Clergerie ; *RGDA* 2005, p. 13, note J.-M. Gardette.

[63] C. Thibierge, « Conclusion », *in La densification normative*, *op. cit*., p. 1101.

S'agissant de ce risque d'applicabilité, la « garantie normative » de la clause de bonus-malus apparaît performante tout au moins si l'on s'en tient au constat que le contentieux en la matière est rarissime. Ceci pourrait signifier que les destinataires de la règle l'appliquent parfaitement, sans le moindre doute quant à sa signification, sans qu'il soit nécessaire de solliciter le juge, alors même que le mécanisme est jugé complexe par les assurés[64] et critiqué en doctrine quant à sa mise en œuvre[65]. Il est vrai toutefois que le droit définit avec minutie le champ d'application de la clause[66] et résout avec précision les difficultés qui peuvent en résulter. En particulier, il prévoit que lors de tout changement d'assureur, le coefficient de réduction-majoration et la sinistralité passée suivent l'assuré, qui doit produire au nouvel assureur un relevé d'information obtenu auprès de l'assureur précédent. La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et ses décrets d'application ont d'ailleurs pris soin d'organiser la communication du relevé d'information en cas de résiliation infra-annuelle[67], contribuant de la sorte à la « garantie normative » de la clause.

Le quatrième risque est celui de la prévisibilité des effets de la norme, quels qu'ils soient, positifs (naissance d'un droit, etc.), comme négatifs (sanction). Le sujet désire obtenir de la sécurité et savoir à quoi s'attendre s'il se conforme à la norme ou s'il la transgresse. La « garantie normative » lui apporterait cette sécurité. La force normative a son mot à dire ici, spécialement le pôle « garantie normative[68] ». C'est le système normatif dont est issue la norme qui est appelé à couvrir le risque de prévisibilité qui affecte celle-ci en énonçant et communiquant sur ses effets. Là encore, la clause de réduction-majoration est parfaitement garantie, le juge l'appliquant lorsque l'assureur a cru à tort pouvoir l'évincer[69].

Il est possible d'associer au risque de prévisibilité un cinquième risque, celui de la stabilité de la norme, c'est-à-dire celui de son espérance de vie. Il ne s'agit pas tout à fait de la même problématique mais prévisibilité et stabilité relèvent d'une même famille de préoccupations. S'agissant de la clause de bonus-malus, il convient de remarquer que sa stabilité est exceptionnelle, puisque la clause type a très peu évolué depuis son adoption, si l'on écarte les modifications liées à des renumérotations d'articles ou des évolutions terminologiques. Du reste, elle fait tant partie du paysage de l'assurance automobile française que l'instauration du permis à points n'a pas conduit à sa remise

[64]. M. Horwitz, « Automobile : bonus-malus, une règle et des exceptions », *Les échos*, 21 janv. 2011, p. 39
[65] Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, « Précis », 2011, 13e éd., n° 810. –C.-J. Berr, « Le discutable système français de "bonus-malus" sauvé par la Cour de justice », *RTDE* 2004. 739 – G. Maître, « Doit-on en finir avec le Bonus-Malus ? », *RGDA* 2006. 35.
[66] C. assur., art. A. 121-1, al. 2 et A. 121-2.
[67] C. assur., art. R. 113-12, III, al. 4.
[68] Le projet de contribution propose une réflexion, non rapportée ici, sur la relation entre la « garantie normative » telle que je la conçois en m'appuyant sur l'analogie assurantielle conçue et la « garantie normative » en tant que pôle de la force normative.
[69] Cass. 1ère civ., 20 mars 1984, préc.

en cause et que l'arrivée des voitures autonomes (c'est-à-dire à délégation de conduite) ne paraît pas devoir la menacer[70].

2. - Couvrir les risques normatifs

Il existe ainsi un certain nombre de risques normatifs susceptibles de faire l'objet d'une « garantie normative ». Identifier les créanciers (c'est-à-dire les assurés) de cette garantie ne pose que très peu de difficultés : il s'agit des membres du groupement normatif considéré. Par exemple, l'adhérent à une association entend qu'une « garantie normative » soit attachée aux normes régissant le groupement (contrat, règlement intérieur, etc.). De même, le contribuable exige une « garantie normative » portant sur les règles fiscales, ce que le mécanisme du rescrit a précisément pour fonction de lui offrir[71]. Pareillement, le professionnel qui a pour activité de distribuer des produits financiers compte évoluer dans un univers normatif garanti. Enfin, l'entreprise à laquelle est imposée un cahier technique n'envisage pas que celui-ci ne soit pas normativement garanti. Ces différents créanciers exigent des garanties, ce qui peut créer un appel d'air et accélérer la densification normative. S'agissant de la clause de bonus-malus, les créanciers de sa « garantie normative » sont les assureurs et les assurés.

Rechercher qui sont les débiteurs de la « garantie normative », c'est-à-dire ceux qui remplissent la fonction d'assureurs, est certainement moins évident, mais non impossible. Ne peut-on pas considérer que chaque système normatif est débiteur de la « garantie normative » des normes qu'il a générées (qu'il en soit l'auteur véritable ou bien qu'il se soit approprié des normes venues d'autres systèmes) ? Une réponse affirmative est plus que tentante : la garantie de normes juridiques est due par le système juridique, qui joue le rôle d'un assureur[72] ; de la même manière, c'est le système normatif technique qui est redevable de la garantie des normes techniques, tandis que les normes religieuses sont garanties par l'ordre religieux. Chaque système normatif est appelé à couvrir les risques normatifs auquel le sujet est confronté.

La figure du lien d'obligation entre créancier et débiteur a une vertu explicative forte mais elle n'embrasse pas la totalité et la complexité des liens possibles. Les assurés, c'est-à-dire les destinataires de la norme, peuvent en effet participer à la construction de la « garantie normative », ils peuvent en être acteurs. C'est notamment le cas lorsqu'ils sont associés à la création de la norme. Le phénomène est bien connu en

[70] IGA et CGEDD, *L'automatisation des véhicules*, févr. 2017, spéc. p. 56 et s.
[71] LPF, art. L. 80 A et L. 80 B.
[72] La question de la contrepartie de la garantie, c'est-à-dire de la prime, est écartée parce qu'elle ne présente pas un intérêt fondamental. Il pourra s'agir de l'impôt, du coût d'une adhésion, etc.

matière de normalisation[73] et se développe dans la sphère juridique[74]. L'inclusion possible de la légitimité dans le test de validité[75] de la norme conforte cette idée de l'implication des demandeurs de garantie. On a vu aussi, à l'occasion d'une réflexion sur le secret médical que les destinataires d'une norme pouvaient, par leur pratique, participer à sa garantie[76].

La « garantie normative » apparaît ainsi comme un dispositif assurantiel qui couvre des risques normatifs auxquels sont confrontés les destinataires avérés ou potentiels d'une norme. Elle est délivrée à titre principal par le système normatif dont relève la norme en cause. Pour mieux asseoir cette conception de la « garantie normative », il me semble pertinent d'examiner sa mise en œuvre, c'est-à-dire d'observer de manière critique les techniques utilisées par le système normatif – en l'occurrence ici le système juridique. Celles-ci constituent ensemble une politique normative.

B. - Mettre en œuvre la « garantie normative » par une politique normative

Mener une politique normative, c'est actionner un certain nombre de leviers. En voici quelques-uns que des travaux antérieurs et des pistes pour demain mettent en avant en tant quels ou évoquent indirectement : choisir (1), associer (2), densifier (3), instrumentaliser (4).

1. - Choisir

Lorsque les animateurs (gouvernants, dirigeants, etc.) d'un système normatif envisagent la fabrication d'une norme, une fois le sens de celle-ci déterminé, l'une des premières questions qu'ils se posent est de savoir quel support, autrement dit quel canal, est le plus pertinent à emprunter. Le choix peut par exemple être effectué entre des instruments de texture différente ou entre des sources de même texture. En droit, et à l'aune des travaux menés et des recherches envisagées, ce choix peut notamment,

[73] v. A Grenard, « Normalisation, certification : quelques éléments de définition », *Rev. d'économie industrielle*, 1996-1, n° 75, p. 45.
[74] Sur ce thème, A. Pomade, *La société civile et le droit de l'environnement - Contribution à la réflexion sur les théories des sources du droit et de la validité*, LGDJ, « bibl. dr. pr. », 2010.
[75] F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires de Saint Louis, « Droit », 2002, spéc., p. 307 et s.
[76] *Supra*, Section 1, §1, B.

mais évidemment pas seulement[77], porter sur l'opportunité de recourir au droit souple (a) ou sur la pertinence de solliciter la loi plutôt que de compter sur la jurisprudence (b).

a. - Choisir le droit souple

Le droit du dommage corporel offre un exemple tout à fait intéressant de stratégie normative. En particulier, la question récurrente et lancinante de savoir s'il convient d'adopter une nomenclature officielle des préjudices, permettant à la fois d'affermir les droits des victimes de dommage corporel et de mieux appréhender les recours des tiers payeurs montre bien que les pouvoirs publics peuvent parfois, tout à fait délibérément, choisir des voies normatives relevant du droit souple plutôt que des instruments plus classiques, y compris dans des secteurs qui ne sont pas prioritairement commandés – ou ne devraient pas être prioritairement commandés – par des considérations économiques.

En travaillant sur ma contribution à un colloque consacré à l'expertise médicale et l'indemnisation des préjudices corporels, organisé par le Centre de droit de la santé d'Aix-Marseille, et alors que je réfléchissais parallèlement au concept de force normative[78], j'avais senti qu'il y avait là un sujet, ce que les différentes interventions au colloque ont indirectement et implicitement confirmé. Je trouvais singulier que la pratique s'appuie de façon très majoritaire, parfois de manière ouverte et expresse, sur un rapport remis au Garde des Sceaux, le rapport Dintilhac, pour procéder à l'indemnisation du dommage corporel et organiser le recours des tiers payeurs. Je m'en suis ouvert aux organisateurs qui m'ont invité à rédigé une seconde contribution.

C'est ainsi que j'ai travaillé sur le statut juridique de la nomenclature Dintilhac[79]. J'ai remanié et reformaté cette étude quelques mois plus tard, en l'actualisant de deux manières : d'abord en tenant compte des évolutions qui s'étaient produites depuis la première étude ; ensuite et surtout, en y intégrant les avancées des réflexions sur la force normative. J'ai ainsi publié un article intitulé cette fois-ci le statut normatif de la nomenclature Dintilhac des préjudices[80].

Cela étant, la problématique posée et affirmée dans ces études n'était certainement pas celle d'un choix entre droit dur et droit souple. Celle-ci n'était que

[77] S'agissant du choix stratégique du système juridique entre pouvoir législatif et pouvoir exécutif, v. J. Kullmann, *L'influence de la puissance publique sur le contrat de droit privé*, thèse Paris I, 1987.

[78] « La force normative de l'article 1964 du Code civil », *in* C. Thibierge *et alii*, *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 557.

[79] « Le statut juridique de la nomenclature Dintilhac », *in* A. Leca, G Léonetti et G. Rebecq (dir.), *L'expertise médicale et l'indemnisation des préjudices corporels*, Les études hospitalières, CDSA, 2009, p. 165.

[80] « Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac des préjudices », *JCP* G 2010, 612, p. 1147.

sous-jacente : ce qui était au cœur de ces réflexions était de savoir si la nomenclature Dintilhac constituait une norme et dans l'affirmative, si elle était une norme juridique et quelle était sa force. Toute la difficulté a consisté à appréhender en droit un texte qui, précisément et de prime abord, ne relevait pas du droit, tout en m'appuyant sur des concepts qui peuvent ne pas être partagés par tous, dans leur principe ou dans leur définition (normativité, juridicité, droit souple, force normative). De surcroît, il n'est à l'évidence guère aisé de mesurer l'effectivité ou la réception d'un texte par le corps social.

Il en est néanmoins résulté que la nomenclature Dintilhac est une norme juridique, d'ores et déjà dotée d'une force normative considérable, en raison de sa portée dans l'ordre juridique. La preuve est apportée en effet de son effectivité, de sa réception par les acteurs du droit de l'indemnisation du dommage corporel, dans les procédures juridictionnelles comme dans les règlements transactionnels.

Relire ces travaux quelques années plus tard, c'est voir qu'au fond, le recours au droit souple relève d'un choix assumé des pouvoirs publics. Ce choix peut évoluer : dans sa dernière version, le projet de réforme de la responsabilité civile envisage d'intégrer dans le Code civil une sous-section intitulée « règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel ». Au sein de ces règles figurerait notamment un article 1269 disposant « Les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux résultant d'un dommage corporel sont déterminés, poste par poste, suivant une nomenclature non limitative des postes de préjudices fixée par décret en Conseil d'État ». Le premier aliéna de l'article 1271 ajouterait : « Un décret en Conseil d'État fixe les postes de préjudices extrapatrimoniaux qui peuvent être évalués selon un référentiel indicatif d'indemnisation, dont il détermine les modalités d'élaboration et de publication. Ce référentiel est réévalué tous les trois ans en fonction de l'évolution de la moyenne des indemnités accordées par les juridictions ».

L'idée d'un choix assumé entre droit dur et droit souple a été approfondie quelques années plus tard, à l'occasion de la publication de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013, étude qui portait précisément sur le droit souple.

Dans ce texte dense, le Conseil d'État décrit les manifestations du droit souple ; il en propose également une définition, en identifie les fonctions, les intérêts et les dangers avant d'en suggérer un régime dont la visée toute pragmatique consiste à en faire un complément utile du droit dur.

L'ampleur du travail accompli et cette utilisation pragmatique du droit souple imposaient une analyse critique. Elle a été menée avec un collègue, Émeric Nicolas,

Maître de conférences à l'Université Picardie Jules-Verne. L'article que nous avons coécrit[81] tend à montrer que le droit souple n'est pas pensé en tant que tel : il n'est défini que par comparaison au droit dur, c'est-à-dire au droit classique, celui qui a pour archétype la loi générale, obligatoire et coercitive. Il n'est pas appréhendé comme une normativité juridique nouvelle présentant autonomie et spécificité mais comme un outil au service des pouvoirs publics, un instrument placé sous la dépendance et l'autorité du droit dur. Cette présentation qui peut se comprendre de la part d'une institution qui est au cœur de la « fabrique du droit[82] », ne rend pas compte de la complexité du phénomène droit souple ; elle est réductrice. C'est pourquoi, plutôt que de proposer une analyse détaillée du rapport, nous avons choisi de le mettre en perspective, de mettre en cause sa définition du droit souple puis de le mettre en demeure devant la théorie des sources pour révéler sa pleine ambition politique.

Sur ce dernier point, seul évoqué ici, il nous a semblé d'abord tout à fait révélateur que le Conseil d'État propose un régime du droit souple. Cette démarche donne un crédit supplémentaire à l'idée qu'il existe un droit des règles de droit, et au-delà un droit des normes[83].

Il nous a paru ensuite particulièrement intéressant de remarquer que dans son étude, le Conseil d'État agit en jurislateur, avec l'ambition de canaliser le réseau des sources de droit souple. Il opère des choix normatifs. Il est la manifestation que les pouvoirs publics ont à déterminer, au sein de l'arsenal normatif, l'instrument qui sera le mieux à-même d'atteindre le but fixé. Ce constat est d'autant plus juste que le principe d'évaluation a pénétré la sphère publique : toute politique normative est aujourd'hui évaluée en termes d'efficacité voire d'efficience. En termes de « garantie normative », il s'agit ainsi d'assurer la norme en utilisant l'outil ou le cadre normatif *a priori* le plus performant.

b. - Choisir entre la loi et la jurisprudence

Mettre en œuvre la « garantie normative », c'est aussi exercer des choix plus habituels que celui entre droit dur et droit souple. Notamment, en termes de gestion des risques normatifs, la place de la jurisprudence par rapport à la loi est une question qui demeure d'actualité. Il n'y a sur ce point aucune nouveauté, aucun apport dont il pourrait être fait état. Je voudrais toutefois formuler quelques observations s'appuyant sur une activité soutenue de commentaire de jurisprudence – c'est la dimension

[81] « Prendre le droit souple au sérieux ? À propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 », *JCP* G 2013, n° 43, p. 1961.
[82] B. Latour, *La fabrique du droit : Une ethnographie du Conseil d'Etat*, La découverte, 2002.
[83] P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2010, n° 194s.

empirique de la réflexion – et sur une recherche portant sur la force normative – c'est la dimension théorique de la réflexion.

i. - Commenter

Au-delà de la dimension technique du commentaire de décisions de justice, l'exercice du commentaire permet de nourrir une réflexion sur le choix du système juridique de recourir à tel support normatif (la loi au sens matériel) plutôt qu'à tel autre (la jurisprudence). Contributeur régulier à la Revue trimestrielle de droit immobilier, aujourd'hui disparue, et à la revue numérique Actuassurance, devenue Bulletin juridique des assurances, j'ai pu, ces dernières années, en particulier en matière d'assurance vie, examiner comment le choix s'exerce et comment ses résultats se manifestent.

Par exemple, quant au régime successoral de l'assurance vie, il est manifeste que le système juridique a choisi de s'en remettre à la jurisprudence plutôt que d'engager une réflexion sur une réforme des dispositions du code des assurances. Les lois du 3 décembre 2001[84] et du 23 juin 2006[85], qui auraient pu se prononcer sur le sort des capitaux-décès et sur celui des primes, sont restées totalement silencieuses.

Ce choix de faire confiance au juge permet de prime abord de traiter au cas par cas des situations infiniment variées que des dispositions légales peineraient peut-être à appréhender toutes de manière satisfaisante. Il en résulte cependant qu'au gré de la construction jurisprudentielle, l'assurance vie est plus que jamais « hors succession », dans la mesure où le correctif des primes manifestement exagérées semble très largement inefficace[86].

L'adoption par la Cour de cassation du critère de l'utilité de la souscription du contrat d'assurance vie pour se prononcer sur le point de savoir si les primes versées ont été manifestement exagérées ou non conduit en effet à ne retenir l'excès que dans des hypothèses très singulières, tant il est aisé de démontrer que le souscripteur a contracté avant tout pour lui-même, dans l'optique de financer un complément de retraite, d'avoir une épargne de précaution disponible à tout moment grâce au droit de rachat, de détenir un instrument de garantie au profit d'éventuels créanciers grâce à la possibilité de consentir un nantissement du contrat ou bien une délégation du droit de rachat, etc. Cette approche jurisprudentielle a aussi pour effet de rapprocher le contentieux des primes exagérées de celui de la requalification de l'assurance vie en donation indirecte :

[84] Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, *JO* 4 décembre 2001 page 19279, texte n° 1.
[85] Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JO 24 juin 2006 page 9513, texte n° 1.
[86] Variations autour du droit de l'assurance vie : petit florilège inspiré par un arrêt du 19 mars 2014, *www.actuassurance.com*, mars-avril 2014, n° 35, analyses.

si la souscription est utile pour le contractant, on ne peut juridiquement retenir qu'il était animé d'une intention libérale lors de la conclusion du contrat.

Ce choix de ne pas réformer le Code des assurances et de conserver intactes des dispositions parfaitement adaptées aux contrats de pure prévoyance mais sans doute inappropriées s'agissant des assurances placements, ce choix de laisser par suite la jurisprudence jouer le rôle de régulateur et construire le régime correctif des primes manifestement exagérées, conduit à entretenir le contentieux et à regretter certaines hésitations ou atermoiements.

Le regret est d'autant plus marqué, d'une part, qu'il y a fort à parier que soumettre les contrats contemporains au régime successoral de droit commun n'aurait qu'un effet marginal sur le marché de l'assurance vie. C'est surtout le régime fiscal que les souscripteurs plébiscitent, non le fait de pouvoir exhéréder tel ou tel héritier. La pratique montre que la très grande majorité des clauses bénéficiaires désignent le conjoint survivant et les enfants communs du couple.

D'autre part, il est assez évident que lorsque le souscripteur rédige la clause bénéficiaire, c'est pour réaliser une opération de transmission. L'assureur versera ce qui reste sur le contrat (après rachats éventuels) au jour du décès de l'assuré à la personne ou aux personnes désignées. La rédaction de la clause bénéficiaire est l'instrument d'une opération de transmission, d'une libéralité distincte de la donation et du legs, pourvu que la désignation soit faite à titre gratuit. La souscription du contrat est certes utile : au regard de la jurisprudence, cette utilité conduit à occulter l'opération de transmission ; celle-ci est secondaire, passée sous silence, absorbée par la détention d'une épargne liquide et disponible.

Ne serait-il pas temps que le système juridique choisisse d'apporter de la paix au sein des familles par une réforme du Code des assurances qui consisterait à conserver les règles actuelles pour les contrats de prévoyance véritable (ceux pour lesquels il y a une sélection des risques et une tarification en fonction du risque) et à les écarter pour les contrats d'assurance vie qui relèvent davantage de l'opération d'épargne, pour lesquels il n'y a aucune sélection véritable des risques et pour lesquels le souscripteur est seul maître du montant des primes versées, parce qu'il décide seul de l'ampleur des risques qu'il entend couvrir ?

Un autre exemple, très différent mais là encore relatif à l'assurance vie, peut-être évoqué, celui de la prorogation du délai octroyé au contractant de l'assureur pour exercer sa faculté de renonciation, prorogation qui est accordée à titre de sanction contre l'assureur lorsque celui-ci n'a pas remis les documents d'information conformes

aux exigences du Code des assurances. Sans revenir sur la jurisprudence antérieure, on sait que la Cour de cassation avait adopté en 2006 une solution surprenante, qui avait heurté quasi-unanimement la doctrine[87], puisque la Haute juridiction estimait que l'état d'esprit du contractant était indifférent et qu'en conséquence, sa mauvaise foi ne pouvait le priver de sa faculté de renoncer.

Il résultait de cette position des solutions difficiles à accepter : certains assurés particulièrement avertis des marchés financiers et du fonctionnement des contrats d'assurance vie en unités de compte, invoquant opportunément une mauvaise exécution de l'obligation d'information des assureurs, avaient quelques années plus tard exercé leur faculté de renonciation et fait de la sorte supporter par leur assureur des pertes financières qui relevaient des allocations malheureuses qu'ils avaient opérées.

Vivement dénoncée, cette solution a été réaffirmée à plusieurs reprises par la Cour de cassation. Le système juridique a alors fait le choix de modifier la règle par une loi du 30 décembre 2014[88] et de conditionner le bénéfice de la prorogation du délai de renonciation à la bonne foi du souscripteur, sans la définir et donc en laissant ce soin au juge. La Cour de cassation, prenant sans doute acte à la fois de cette évolution et de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, a opéré ensuite un revirement de jurisprudence dans les termes les plus nets puisque, désormais, l'abus de droit du souscripteur l'empêche de se prévaloir de sa faculté de renonciation[89].

Cet exemple est intéressant sur le plan de la politique normative : l'on voit que tout est affaire de choix, des choix directs portant sur la substance même du droit, des choix moins directs mais tout aussi importants, portant sur l'application de la norme dans le temps (la loi n'étant pas rétroactive au contraire de la jurisprudence, sauf à ce que le juge aménage la rétroactivité).

Au-delà, le commentaire de la partie du Code des assurances consacrée à l'assurance vie pour les éditions Lexisnexis donne à voir aussi comment se fabrique la

[87] Cass. 2ème civ., 7 mars 2006, n° 05-12.338, n° 05-10.366 : *Bull. civ*. II, n° 63 ; *JCP* G 2006. II. 10056, note F. Descorps Declère ; *JCP* G 2006, I, 135, n°10, obs. L. Mayaux ; *JCP* E 2006, 1938, note S. Hovasse ; *D*. 2008. 120, obs. H. Groutel ; *Resp. civ. et assur*. 2006, comm. 208, note G. Courtieu, *RDC* 2007. 223, note. Th. Revet et C. Pérès.

[88] Ph. Pierre, « La modification du régime de la renonciation du preneur d'assurance sur la vie (L. n° 2014-1662, 30 déc. 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière) », *Resp. civ. et assur.* 2015, ét. 4.

[89] Obs. sous Cass. 2ème civ., 19 mai 2016, n° 15-12.767, *www.actuassurance.com*, avr.-mai 2016, n° 46, act. jurispr. - Obs. sous Cass. 2ème civ., 17 nov. 2016, n° 15-20.298, *www.actuassurance.com*, nov.-déc. 2016, n° 48, act. jurispr. – Obs. sous Cass. 2ème civ., 20 oct. 2016, 3 arrêts (n° 15-25.810, n° 15-25.811, n° 15-25.812), *www.actuassurance.com*, nov.-déc. 2016, n° 48, act. jurispr.

norme, interroge sur l'ordonnancement des dispositions, sur la technique de codification. C'est aussi l'opportunité de mesurer l'importance de la jurisprudence sur certaines questions, telles les deux que je viens d'exposer, et à l'inverse, l'absence d'apport prétorien sur d'autres sujet, faute de contentieux (par exemple quant aux droits des créanciers contre le bénéficiaire de la garantie décès, tels qu'ils sont prévus par l'article L. 132-14 du Code des assurances) ou faute de difficultés d'interprétation des textes.

ii. - Envisager la force normative de l'interprétation jurisprudentielle d'un texte

Le choix entre la loi et la jurisprudence peut être envisagé sous un angle plus théorique. L'étude menée sur la force normative de l'article 1964 du Code civil[90] offre cette opportunité. Elle tend à montrer que la force normative de cette disposition est inversement proportionnelle à la certitude de son énoncé. Autrement dit, plus le doute grandit quant à la signification du texte, plus celui-ci – ou plus exactement la signification retenue – gagne en force normative. Ainsi, tant que le sens du texte a paru certain ou n'a pas interrogé les juristes, sa force normative est demeurée faible, latente, discrète tandis que lorsque ce sens a commencé à poser question, la norme a acquis une nouvelle vigueur normative, manifeste et affirmée.

En menant une recherche fondée sur les seuls arrêts de la Cour de cassation et en écartant dans un premier temps les décisions qui se prononçaient sur la qualification des contrats d'assurance vie, un certain nombre d'enseignements ont pu être tirés. En effet, dans leur très grande majorité, les décisions recensées se rattachaient au contentieux né d'une possible antériorité du sinistre par rapport à la conclusion du contrat, notamment en assurance de responsabilité. Surtout, l'article 1964 du Code civil figurait assez rarement au visa et était presque toujours accompagné d'une référence à l'article L. 121-15 du Code des assurances, selon lequel l'assurance est nulle si, au moment du contrat, la chose assurée a déjà péri ou ne peut plus être exposée aux risques. Enfin, l'article 1104 du code civil qui comportait lui aussi une définition du contrat aléatoire n'était plus visé par la Cour de cassation depuis quelques années et il apparaissait extrêmement rare que l'article L. 121-15 soit invoqué seul, sans être accompagné de l'article 1964.

Qu'en déduire ? Dans un premier temps, il apparaît que ces deux dernières dispositions se renforcent mutuellement. Le texte spécial ne vise en effet à la lettre qu'une situation particulière, celle des assurances de biens dans lesquelles la chose assurée a péri avant la prise d'effet du contrat. Aussi, c''est l'article 1964 qui lui permet

[90] « La force normative de l'article 1964 du Code civil », *in* C. Thibierge *et alii*, *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 557.

d'étendre sa portée normative. Réciproquement, ce dernier texte étant silencieux sur les conséquences de l'absence de caractère aléatoire du contrat, l'article L. 121-15 lui offre le support suffisant pour justifier l'absence de garantie lorsque l'aléa fait défaut, en raison de la nullité du contrat.

Dans un deuxième temps, l'analyse des arrêts révèle un glissement de signification de l'énoncé. Bien davantage que la chance de gain ou de perte, c'est l'incertitude qui affecte l'événement défini au contrat qui est déterminante. Seul importe le point de savoir si, lorsqu'il a conclu le contrat, le souscripteur savait ou non que le risque était déjà réalisé ou que le sinistre allait immanquablement se produire. Ce qui est aléatoire dans le contrat d'assurance, c'est l'événement contre les conséquences duquel on s'assure. De la sorte, un décalage s'opère entre la lettre de l'article 1964 et la signification qui lui est donnée, entre l'énoncé et la norme, ce qui nuit, ou peut nuire, à sa force normative, dès lors que – présupposé raisonnable – la clarté de l'énoncé est un facteur de sa vigueur normative.

Dans un troisième temps, on ne peut que constater qu'en se référant à l'article 1964 du Code civil lorsqu'il s'agit de vérifier la présence d'un aléa lors de la conclusion du contrat d'assurance, la Cour de cassation et les parties à un degré moindre, confèrent une force normative certaine à une interprétation jurisprudentielle que l'on peut juger éloignée de l'énoncé qui en est le support. L'article 1964 prend une nouvelle signification, qui ne supprime pas pour autant son sens initial. Celui-ci demeure pour les contrats de rente viagère, le jeu et le pari. En revanche, s'agissant du contrat d'assurance, le cœur du texte s'est déplacé vers l'événement incertain et s'est éloigné de la chance de gain ou de perte.

Dans un quatrième temps, les réflexions sur les contrats d'assurance placement ; c'est-à-dire sur ceux qui ressemblent à des opérations d'épargne ont paradoxalement restitué de la force à la lettre de l'article 1964, notamment en raison de sa mobilisation par les auteurs qui souhaitaient ramener les contrats d'assurance vie dans le giron du droit civil.

Enfin, dans un cinquième temps et dans la continuité, force est de constater que confrontée à cette question de la qualification des contrats d'assurance vie modernes, la Cour de cassation a trouvé dans l'article 1964 un fondement juridique propre à refuser, par une série d'arrêts débutée le 23 novembre 2004, la disqualification de ces contrats en opérations de placement ou en contrats de capitalisation. De sorte que, paradoxalement, les arrêts visant l'article 1964 du Code civil se sont multipliés, tout au moins pendant les quelques années qui ont suivi les arrêts de novembre 2004, alors que la signification du texte n'avait jamais été aussi ambiguë et incertaine.

Il s'est opéré ainsi un jeu entre la loi (ici entendue comme la norme portée par la lettre du texte légal) et la jurisprudence (c'est-à-dire la norme résultant de

l'interprétation du texte légal). Le système juridique a ainsi fait le choix de l'outil normatif. Il est du reste très probable que d'une manière ou d'une autre, il aurait brisé par la loi et en toute urgence, toute jurisprudence qui se serait prononcée en faveur d'une disqualification des contrats d'assurance vie, tant les enjeux économiques et financiers étaient importants.

Gérer les risques normatifs, c'est donc mener une politique normative, c'est choisir. Ce peut être aussi associer, impliquer les destinataires de la règle de manière à en faire des acteurs de la garantie normative.

2. - Associer

Cette hypothèse a été notamment étudiée et discutée lors de la réflexion menée sur le rôle de l'assurance en matière d'agriculture durable[91]. Cette étude a nécessité un travail de défrichage important dans la mesure où l'assurance récolte, qui consiste à couvrir les exploitants agricoles contre les risques climatiques, n'avait, semble-t-il, jamais été l'objet des préoccupations de la doctrine universitaire.

Quoi qu'il en soit, il m'a semblé intéressant de montrer comment les différents acteurs impliqués (pouvoirs publics, assureurs, agriculteurs) ont construit un premier schéma de couverture des risques et réfléchi à un second dispositif qui était en voie d'achèvement au moment de la rédaction de ma contribution à l'ouvrage collectif mentionné plus haut.

Bien que le sujet n'ait pas été abordé sous cet angle, il me semble que l'implication des destinataires de la norme dans son élaboration favorise sa garantie. La réception de la norme est un élément déterminant de sa portée et par suite de sa force normative. Or, plus une norme est dotée d'une force normativeélevée , plus elle est garantie.

L'association de ceux qui vont devoir appliquer la norme à son élaboration est, sur le papier, une mesure de prévention du risque de non effectivité de la norme.

Cela ne saurait évidemment suffire, d'autres paramètres jouant un rôle important. Par exemple, avant l'adoption des nouveaux contrats socles et du nouveau dispositif à trois étages de couverture des risques climatiques en matière agricole, l'assurance récolte connaissait un succès très modeste. Son taux de diffusion était de 35% en 2012, et seulement 15% dans le secteur viticole[92], malgré la concertation des différents acteurs. Cela s'expliquait par des seuils de déclenchement des garanties

[91] « Assurance et agriculture durable », *in* M.-L. Demeester et V. Mercier (dir.), *Agriculture durable. Contributions juridiques, scientifiques et économiques pour l'élaboration d'un cadre normatif*, PUAM, 2016, p. 565.

[92] A. Nicolas, « L'assurance récoltes, une réponse au risque sécheresse », *L'argus*, 20 janv. 2012.

beaucoup trop élevés, qui eux-mêmes se justifiaient par une mutualité trop étroite. Autrement dit, selon un cercle vicieux implacable, faute d'assurés, les assureurs de la place ne pouvaient proposer des conditions contractuelles plus favorables. Quant aux agriculteurs qui avaient souscrit, lorsqu'ils subissaient un sinistre, ils étaient immanquablement déçus, résiliaient et participaient à la mauvaise réputation de l'assurance récolte. Il n'est pas certain que le dispositif adopté en 2016 mette un terme à cette situation, mais il a été élaboré pour mettre fin au cercle vicieux et favoriser la diffusion de la couverture du risque climatique.

L'association des destinataires de la norme dans sa garantie normative peut également intervenir non plus au stade de l'élaboration de la norme mais lors de sa mise en œuvre. Tel est le cas lorsque les destinataires, par exemple des entreprises, intègrent la norme dans leurs procédures internes et externes, que celles-ci soient purement techniques ou bien plus ou moins juridicisées (règlement intérieur, code de bonne conduite, obtention de labels et certifications, etc.). Les pratiques des assureurs destinées à respecter le secret médical en fournissent une bonne illustration[93].

Une autre manière de gérer les risques normatifs consiste à renforcer la norme par divers mécanismes qui, ensemble, relèvent du processus de la densification normative.

3. - Densifier

Le diagnostic de force normative d'une norme peut naturellement varier au cours du temps, ainsi que cela a été vu à propos de la nomenclature Dintilhac mais aussi s'agissant de l'article 1964 du Code civil. De façon générale, le droit est en mouvement, les normes surgissent, se développent, s'enrichissent, étendent leur champ d'application. Il existe ainsi des processus à l'œuvre en droit. L'un d'entre eux est la densification normative, dont certaines des manifestations ont été envisagées dans une étude portant sur la codification (a), quand d'autres pourraient faire l'objet d'une réflexion approfondie, prenant pour point de départ la multiplication des normes relatives à la distribution des produits d'assurance (b).

a. - Codifier

Parce que la normativité a bien entendu à voir avec les sources du droit, il m'est apparu pertinent de confronter le processus de densification normative à un autre

[93] *Supra*, Section 1, §1, B.

processus qui, à l'inverse, tend à figer le droit, celui de codification[94]. J'ai pour cela quitté les terres familières du droit des assurances.

En présence d'un objet non identifié, la densification, et d'un autre bien connu, la codification, toute la difficulté a consisté à mener une réflexion non pas sur la codification en la saupoudrant ici ou là de considérations sur la densification normative, mais bien sur la densification normative en illustrant les propos par des exemples tirés de la codification. La réflexion m'a conduit à formuler un certain nombre de propositions ou d'hypothèses.

En particulier, il m'a semblé que la densification normative englobe trois phénomènes distincts, ce pourquoi l'intitulé de ma contribution réservait la possibilité du pluriel. Le premier est l'épaississement normatif, c'est-à-dire la venue progressive au monde normatif. Le second est le renforcement normatif, autrement dit le gain de force normative. Le troisième est le resserrement normatif, expression qui véhicule l'idée d'une multiplication et d'un affinement des normes régissant une activité, ou encore l'idée d'un maillage normatif de plus en plus étroit.

De ces trois manifestations, il résulte que la densification normative peut être envisagée comme un processus d'évolution d'un système normatif, qui se caractérise par l'avènement, l'articulation et la promotion de normes toujours plus nombreuses et précises. Le droit est particulièrement sujet à ce phénomène, mais il n'est pas le seul.

La codification est une facette de la densification normative qui s'exprime par le recours à la forme. Une autre voie est parfois empruntée, celle de la multiplication, de la redondance, de l'insistance. Le droit de la « bancassurfinance[95] » semble de ce point de vue l'archétype de la densification normative d'une discipline juridique.

b. - Multiplier

Le droit de la « bancassurfinance » mériterait une étude pour la manière dont il se construit et s'organise, avant même un examen critique de ses résultats (multiplication et enchevêtrement des obligations d'information, de conseil et de mise en garde dans les relations avec la clientèle, multiplication des obligations de mise en conformité, avènement d'un droit de la compliance, etc.).

[94] « Codification et densification(s) normative(s) », *in* C. Thibierge *et alii*, *La densification normative, Découverte d'un processus*, Mare et Martin, 2012, p. 271.

[95] Le terme est un néologisme en France. Il est en revanche connu en Belgique (v. not., J.-L. Fagnart (dir.), *Bancassurfinance*, Bruylant, 2005).

L'activité assurantielle est en effet aussi celle de la distribution des contrats d'assurance. En la matière, d'un strict point de vue normatif, plutôt qu'à la rareté, c'est à un trop-plein que l'observateur est confronté, notamment en assurance vie : instructions, recommandations et décisions de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, lois, directives et règlements européens (MIF2, DDA, PRIIPS), jurisprudence. Cette profusion de normes interroge.

Il semble opportun de mener une réflexion sur la politique normative menée dans ce secteur d'activité, de porter un regard critique sur l'enchevêtrement et le durcissement des normes à l'œuvre aujourd'hui.

Elle pourrait être mise en perspective avec le flux dense et ininterrompu de normes qui irrigue ou inonde l'industrie de l'assurance. Outre les classiques normes de droit dur, d'origine internationale, européenne ou interne, il convient de tenir compte de celles issues des autorités administratives indépendantes (AMF, ACPR, CNIL), de celles que les assureurs se donnent (engagements déontologiques, labels à l'instar du label garantie des accidents de la vie, conventions de règlement), de celles qu'ils choisissent comme certaines normes privées (AFNOR). C'est d'autant plus impérieux que, sur un autre plan, on ne peut qu'observer que les champs ou objets de ces normes sont extrêmement vastes : normes comptables et financières (Solvabilité II), normes consuméristes (contrats et distribution des produits d'assurance), normes sociales.

Une question mérite du reste d'être sérieusement envisagée : la densification normative est-elle voulue (par exemple parce qu'elle est au service de la « garantie normative ») ou bien est-elle subie par le système normatif, au risque pour celui-ci de s'affaiblir et de connaître un mouvement de dédensification ? Le cas échéant, une « garantie normative » pourrait-elle ou devrait-elle être mise en œuvre ? Le droit de la bancassurfinance envisagé sous l'angle des sources et, plus généralement, de la normativité, paraît ainsi propice à de stimulantes réflexions.

Sans exhaustivité aucune, toujours à l'aune des travaux passés et des projets de recherche, il me semble qu'un autre moyen de gérer les risques normatifs est l'instrumentalisation.

4. - Instrumentaliser

Instrumentaliser, c'est transformer quelque chose en outil que l'on peut manipuler à des fins personnelles, c'est l'utiliser pour atteindre des résultats distincts de ceux auxquels ce quelque chose est destiné. Dans cet esprit, instrumentaliser, c'est utiliser une norme, un principe, une notion, une institution ou tout autre élément, au

service d'une fin que l'on souhaite atteindre alors que la norme, le principe, la notion, l'institution, l'élément n'ont pas été créés pour cela. Il y a de la sorte un détournement de finalité ou, plus exactement, une adjonction d'une finalité.

L'instrumentalisation provoque le plus souvent une réaction de désapprobation parce qu'elle paraît comporter en elle-même quelque chose de négatif, d'immoral. On lui associe le détournement, la fraude, la malveillance. Pour autant, il n'y a là aucune nécessité. Une instrumentalisation peut être sinon vertueuse, au moins neutre, selon la fin poursuivie par son ou ses auteurs. Je l'envisage pour ma part dénuée de toute charge morale, comme une technique qui peut être mise au service des fins les plus nobles comme, pourquoi pas après tout, les plus abjectes.

Sur le terrain de la normativité, un exemple assez évident d'instrumentalisation est apparu à la lecture de l'étude annuelle pour 2013 que le Conseil d'État a consacrée au droit souple. Celui-ci est présenté comme un outil au service de l'État, destiné à réguler des secteurs d'activité pour lesquels la loi ou le règlement s'avèrent mal adaptés. Il s'agit bien d'instrumentaliser le droit souple, d'en faire le complément servile et utile du droit dur, de profiter de ses vertus d'adaptabilité, de simplicité et de rapidité. Or ce n'est pas la vocation du droit souple que d'être le faire-valoir du droit dur[96] et de participer à sa « garantie normative ».

L'instrumentalisation peut être décelée également à d'autres niveaux ou pour répondre à d'autres enjeux. Tout système normatif, et le système juridique en particulier, sait faire preuve de pragmatisme et utiliser les moyens à sa disposition pour parvenir à ses fins.

Le pragmatisme est chose courante en droit de l'assurance vie.

On sait ainsi qu'avertie du risque de provoquer des rachats massifs sur les contrats d'assurance vie et par suite pas moins qu'un crack boursier et une crise systémique, la Cour de cassation s'est résolue à ne pas affronter vraiment la question de la qualification des contrats d'assurance vie, se contentant de dire que le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine est un contrat d'assurance vie[97], de la même manière qu'elle aurait pu solennellement énoncer que le

[96] « Prendre le droit souple au sérieux ? À propos de l'étude annuelle du Conseil d'Etat pour 2013 », *JCP* G 2013, n° 43, pp. 1961-1968 (*coécrit avec E. Nicolas*).

[97] Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, n^{os} 01-13.592, 02-11.352, 02-17.507 et 02-13.673, 4 arrêts : *D.* 2005.1905, note B. Beignier ; *Defrénois* 2005, art. 38142, note J.-L. Aubert ; *Dr. et patr.* 1/2005, p. 11, note L. Aynès ; *Dr. famille* 2005, étude n° 6 par H. Lécuyer ; *JCP* G 2005, I, 111, note J. Ghestin ; *RCA*. 2005, comm. n° 42 et chron. n° 3 par F. Leduc et Ph. Pierre ; *RDC* 2005. 297, note A. Bénabent ; *RGDA* 2005.110, note L. Mayaux ; *RTD civ*. 2005.434, obs. M. Grimaldi ; *Risques* 2006, n° 64, p. 87, obs. G. Durry.

contrat d'assurance dont les effets dépendent du point de savoir si un incendie s'est produit ou non est un contrat d'assurance incendie.

On sait encore que pour financer sa dette et les entreprises, et donc pour encourager une épargne de longue durée, le législateur réserve à l'assurance vie un régime fiscal très favorable, aussi bien durant la vie du contrat[98] qu'au moment de son dénouement par décès[99]. Certes, l'histoire est celle d'un durcissement, mais celui-ci reste très mesuré. Par exemple, le projet actuel de *flat tax* ne remet pas en cause les abattements pour détention et n'aura dès lors guère d'effets pour les assurés qui n'opèrent des rachats qu'à compter de la huitième année de souscription.

On rencontre même parfois des assouplissements, ainsi qu'en témoigne la fiscalité applicable au dénouement d'un contrat « vie génération », puisqu'en contrepartie du choix de certaines unités de compte davantage exposées au risque, un abattement supplémentaire est appliqué.

Les pouvoirs publics ont clairement la volonté que l'assurance draine de l'épargne et que les fonds collectés financent les entreprises (via les unités de compte) et la dette publique (via le fonds euros). Dans cette mesure, ils instrumentalisent le contrat d'assurance vie. Celui est devenu un outil de détention d'une épargne (a), tout en demeurant un outil de transmission (b).

a. - Détenir

À l'occasion d'un colloque organisé à Orléans consacré au thème de l'instrumentalisation du patrimoine, j'ai proposé de contribuer aux travaux en réfléchissant à l'instrumentalisation du contrat d'assurance vie. Seulement, en raison de la thématique du colloque, ce n'est pas l'assurance vie en tant que technique de contournement de la réserve héréditaire et d'évitement des droits de succession qui a fait l'objet de mon attention[100], mais l'assurance vie en tant qu'enveloppe patrimoniale de gestion des biens, autrement dit de patrimoine d'affectation[101].

L'hypothèse s'appuyait sur le constat que, selon la formule consacrée, l'assurance vie est le placement préféré des Français. Or, à bien y réfléchir, cette antienne est une façon de prendre acte de ce que le contrat d'assurance vie n'a pas ou n'a plus pour finalité première la couverture d'un risque mais la gestion d'une épargne, c'est-à-dire de biens.

---

[98] CGI, art. 125-0A.
[99] CGI, art. 990 I et 757 B.
[100] Dans cette hypothèse, ce n'est pas tant le contrat d'assurance vie qui est instrumentalisé à des fins de transmission que la stipulation pour autrui dont il est support.
[101] « Le contrat d'assurance vie, enveloppe patrimoniale de gestion des biens », *RJ com*, 2015, n° 2, p. 197.

Après une longue réflexion tendant à démontrer qu'il est sérieusement envisageable de qualifier les contrats d'assurance vie modernes de patrimoines d'affectation, en dépit de quelques évolutions récentes tendant notamment à permettre à certains créanciers de saisir l'épargne accumulée sur le contrat, je me suis efforcé de montrer l'instrumentalisation de ces contrats par les épargnants d'une part, mais aussi par les pouvoirs publics.

Par essence, souscrire un contrat de capital différé contre-assuré, c'est acheter de la sécurité, se prémunir contre une double incertitude : celle d'être en vie plus tard et de devoir peut-être subir une diminution de revenus (retraites) et une augmentation des dépenses (maladie, dépendance, logement adapté), celle de décéder et de laisser ses proches sans soutien financier.

L'originalité de ce type de contrat d'assurance réside dans le fait que le souscripteur est maître de l'évaluation de son besoin de couverture. C'est lui qui fixe le montant des primes et par suite de la garantie. L'engagement de l'assureur est calqué sur la provision mathématique ; il est exclusivement déterminé par le montant des primes et leur valorisation. Le souscripteur peut adapter en permanence le niveau de sa couverture, par des versements supplémentaires ou, à l'inverse par l'exercice du droit de rachat.

D'une certaine manière, l'assurance vie peut être utilisée comme un contrat multirisques, certains risques étant intégrés dans la sphère contractuelle et obligeant l'assureur à prestation lorsqu'ils se réalisent (être en vie au terme du contrat, mourir avant ce terme), d'autres ne l'étant pas et n'obligeant l'assureur que si le souscripteur exerce le rachat, qui vaut alors, en quelque sorte, déclaration de sinistre[102]. En d'autres termes, le contrat d'assurance vie est le réceptacle d'une épargne de précaution. Or les prérogatives contractuelles du souscripteur lui permettent de gérer et d'arbitrer cette épargne. Il vit en conséquence l'assurance vie comme un placement financier, bien davantage que comme une opération de couverture de risques[103].

En particulier, dans les contrats multisupports, par le biais des unités de compte, sur lesquelles sont investies les primes versées, le souscripteur constitue un portefeuille de valeurs mobilières, dont il choisit l'orientation ou la composition selon son appétence

[102] *Infra*, §2 ; A, 2.

[103] L'instrumentalisation en matière d'assurance vie peut aussi concerner non pas le contrat dans son ensemble, hypothèse envisagée ici, mais certaines prérogatives, comme la faculté de renonciation (mais on sait que la Cour de cassation a enfin coupé à l'instrumentalisation qui consistait à se servir de cette faculté pour faire supporter par l'assureur les pertes financières subies sur le contrat en raison de la dépréciation des unités de compte choisies : Cass. 2ème civ., 19 mai 2016, n° 15-12.767, *www.actuassurance.com*, avr.-mai 2016, n° 46, act. jurispr.) ou comme, à un degré moindre, la clause d'arbitrage à cours connu (Cass. 2ème civ., 11 sept. 2014, n° 13-19.497, *www.actuassurance.com*, nov.-déc. 2014, n° 38, act. jurispr).

ou son aversion au risque financier. Il a aussi la possibilité d'assumer lui-même la gestion de l'épargne ou bien de confier celle-ci à l'assureur qui souvent délègue à son tour cette gestion.

Ce qui mérite d'être souligné ici est que les pouvoirs publics instrumentalisent à leur tour cet usage de l'assurance vie comme un produit d'épargne. En associant un régime fiscal favorable à l'assurance vie et en développant des mesures incitatives (contrats DSK, contrats NSK, amendement Fourgous, contrats eurocroissance, contrats vie génération), ils font en sorte que l'épargne des Français soit investie en assurance vie et finance l'économie. Les différents dispositifs mis en place témoignent de ce que l'État instrumentalise à son tour l'instrumentalisation du contrat d'assurance vie qu'opèrent les particuliers. Le titre de l'ordonnance du 26 juin 2014, favorisant la contribution de l'assurance vie au financement de l'économie[104] suffit du reste à en convaincre. Cette volonté de drainer l'épargne des Français explique aussi sans doute pourquoi le régime patrimonial de l'assurance vie connaît une très grande stabilité et n'a pas connu de réforme significative, sous réserve de quelques aménagements relatifs aux mesures de saisie simplifiée qui profitent à l'administration fiscale et au mécanisme de la confiscation pénale[105].

À l'aune de ces réflexions, l'instrumentalisation me semble indiscutablement relever des techniques à la disposition de celui qui doit garantie. En l'occurrence, en matière d'assurance vie, elle permet au système juridique de garantir une norme économique commandant de financer les entreprises, c'est-à-dire une norme non juridique et non obligatoire.

Il reste que l'instrumentalisation est un outil de garantie qui suppose d'être bien maîtrisé, sauf à s'exposer à des effets pervers inéluctables. Car si toute norme est susceptible de produire des effets non désirés, il est possible de présumer que toute instrumentalisation d'une norme emporte nécessairement des conséquences indésirables, puisque par hypothèse, elles n'ont pas été envisagées lors de l'adoption de la norme en cause.

En matière d'assurance vie, faire du contrat d'assurance une enveloppe civile et fiscale de gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières conduit certains épargnants à se demander si sous d'autres cieux, les possibilités d'investissement ne sont pas plus larges et plus intéressantes que sous l'empire du droit interne. Le Code des assurances français exige en effet que les supports proposés offrent une protection suffisante de

[104] Ordonnance n° 2014-696 du 26 juin 2014 favorisant la contribution de l'assurance vie au financement de l'économie.
[105] Obs. sous Cass. crim., 5 janv. 2017, n° 16-80.275, *www.actuassurance.com*, janv.-févr. 2017, n° 49, act. jurispr.

l'épargne. Les règles sont moins strictes au Luxembourg. C'est ainsi qu'un certain nombre d'épargnants français choisissent de souscrire leur contrat auprès d'un assureur luxembourgeois (souvent la filiale luxembourgeoise d'un assureur français) pour tirer profit de la plus grande souplesse du droit du Grand-Duché. Ils sont aussi parfois motivés par le dispositif de garantie de l'épargne, connu sous le nom de triangle de sécurité, qui serait plus sûr que le trop mal doté fonds de garantie des assurances de personnes français, en cas de faillite de l'assureur, alors que l'efficacité du dispositif luxembourgeois en cas de crise systémique est très incertaine.

Bien évidemment, la souscription de contrats de droit luxembourgeois pose des questions de droit international privé. La Cour de cassation s'est ainsi récemment prononcée sur la validité du paiement des primes sous forme de titres, admise au Luxembourg, refusée en France[106].

b. - Transmettre

Si l'assurance vie sert la protection du patrimoine, elle est aussi un outil de transmission. Par ses dispositions légales, civiles comme fiscales, et par sa jurisprudence, le système juridique favorise la transmission de l'épargne accumulée sur le contrat (ou, plus exactement, ce qu'il en reste après les rachats opérés) au profit du bénéficiaire désigné, et en particulier au profit du conjoint. Il est possible d'y voir une instrumentalisation de l'assurance vie qui s'expliquait parfaitement bien avant la montée en puissance des droits successoraux du conjoint à la suite des lois du 3 décembre 2001 et du 23 juin 2006, avant la généralisation des donations au dernier vivant, avant enfin les évolutions contemporaines de la famille, c'est-à-dire avant l'avènement des familles recomposées et des familles monoparentales. L'opportunité de cette instrumentalisation est moins évidente aujourd'hui[107] mais elle produit toujours ses effets.

Ainsi, en présence d'un contrat d'assurance vie souscrit par un époux marié sous un régime de communauté, financé par des deniers communs et dénoué au profit du conjoint survivant, l'article L. 132-16 du Code des assurances conduit de fait, lorsque le contrat relève des assurances placements, à transformer des biens communs (les primes investies sur le contrat) en biens propres (les capitaux reçus par le conjoint survivant), ce qui permet d'accroître la protection du survivant[108].

---

[106] Contrat d'assurance vie : à propos de la validité du paiement des primes sous forme de titres, *RLDA* 2016, n° 121, p. 25.

[107] Ce qui justifie de proposer l'abrogation du texte : Ph. Pierre, « Pour l'abrogation de l'article L. 132-16 du Code des assurances », *Mélanges D. R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 509.

[108] Note sous Cass. 1ère civ., 25 mai 2016, n° 15-14.737, *RGDA* 2016, p. 432.

Cette instrumentalisation est au service de la garantie de la protection du conjoint survivant, norme qui découle des devoirs et obligations nés du mariage mais qui ne s'est longtemps pas concrétisée par des dispositions juridiques.

Elle doit être distinguée de l'instrumentalisation qui est l'œuvre des souscripteurs qui savent utiliser les règles civiles et fiscales de l'assurance vie pour « optimiser » la transmission de leur patrimoine, le cas échéant en les associant à la technique du démembrement de propriété. Les conseillers en gestion de patrimoine sont particulièrement friands des clauses bénéficiaires démembrées. Ils recommandent aussi parfois de réinvestir le produit de la vente d'un bien grevé d'usufruit dans un contrat d'assurance vie, ce qui aboutit à uns souscription démembrée. Ces deux pratiques, clause démembrée et souscription démembrée, doivent être maniées avec précaution[109].

La diffusion des contrats d'épargne vie et leur instrumentalisation à des fins de transmission engendrent un contentieux important, dont les arrêts de la Cour de cassation ne constituent que la partie émergée.

En raison du mécanisme de la stipulation pour autrui sur lequel est assise la désignation du bénéficiaire de la garantie décès, l'assurance vie est, selon l'expression consacrée, hors succession. Les articles L. 132-12 et L. 132-13 du Code des assurances prévoient en effet que le capital reçu n'est pas soumis aux règles du rapport et de la réduction et qu'il en va de même pour les primes, sauf si elles ont été manifestement exagérées eu égard aux facultés du souscripteur. Or force est de constater que cette exception n'en est pas vraiment une. La qualification de primes manifestement exagérées n'est pour ainsi dire jamais retenue[110], ses critères étant très précis[111].

La protection des héritiers doit alors emprunter d'autres voies, celles de la requalification en opération de placement – mais le chemin est étroit depuis les arrêts rendus en chambre mixte le 23 novembre 2004 – ou de la requalification en libéralité – mais la route est escarpée si l'on s'en tient à l'arrêt du 22 décembre 2007 – ou encore des voies plus civilistes, comme celles tenant à la contestation de la clause bénéficiaire ou à son interprétation[112] ou celles tenant à la capacité du souscripteur stipulant[113].

---

[109] « Assurance vie et démembrement de propriété », *RGDA* 2005, p. 21.

[110] Variations autour du droit de l'assurance vie : petit florilège inspiré par un arrêt du 19 mars 2014, *www.actuassurance.com*, mars-avril 2014, n° 35, analyses – Note sous Cass. 2ème civ., 29 mai 2013, n° 12-11.785, *www.actuassurance.com,* sept-oct. 2013, n° 32, act. jurispr. ;Note sous Cass. 1ère civ., 10 juin 2015, n° 14-14.770 *www.actuassurance.com*, sept.-oct. 2015, n° 42, act. jurispr. ; Note sous Cass. 2ème civ., 16 avr. 2015, n° 14-16.676, *www.actuassurance.com*, mai-juin 2015, n° 41, act. jurispr.

[111] Note sous Cass. 1ère civ., 27 janv. 2016, n° 14-29.034, *www.actuassurance.com*, févr.-mars 2016, n° 45, act. jurispr. (à propos du refus de prise en compte des revenus du conjoint pour apprécier le caractère manifestement exagéré des primes).

[112] Assurance vie : le légataire est-il un héritier bénéficiaire ? (À propos de Cass. 1ère civ., 10 févr. 2016, n°os14-27.057 et 14-28.272, *www.actuassurance.com*, févr.-mars 2016, n° 45, analyses.

La gestion des risques normatifs est une préoccupation du système normatif pour lui-même mais aussi pour les destinataires des normes qu'il édicte. Il se préoccupe de « garantie normative » et dispose de nombreuses techniques pour octroyer celle-ci. Cependant, raisonner en s'appuyant exclusivement sur l'exemple du système juridique semble insuffisant en raison de la spécificité de ce système qui est normatif par nature.

Comme j'ai pu l'écrire lors des développements consacrés à la normativité par l'assurance, il existe d'autres normativités que le droit. Les unes et les autres peuvent converger, agir de concert, s'appuyer mutuellement comme cela a été vu plus haut. Elles peuvent aussi montrer des chemins différents, proposer des modèles opposés. La même variété de relations peut du reste être observée au sein même de chaque système normatif. En particulier en droit, chaque sous-système, pour reprendre l'approche que j'ai utilisée lors de mon travail de thèse, peut générer ses propres normes de manière autonome, en répondant à sa logique interne, sans nécessairement se soucier de leur compatibilité ou de leur articulation avec les autres normes juridiques.

Assurer la normativité implique en conséquence de penser le pluralisme normatif.

§ 2. - Penser le pluralisme normatif

Le pluralisme normatif, que je ne réduis pas à l'hypothèse habituelle de la coexistence ou de la concurrence (selon la logique des rapports *Doing Business*) entre les droits nationaux et internationaux, interroge évidemment, surtout si l'on garde à l'esprit la nécessité pour chaque système normatif que ses normes soient « garanties ». Ce pluralisme peut d'abord prendre une physionomie familière aux juristes, celle de la coexistence de disciplines juridiques. Il est alors en quelque sorte interne au droit. Il peut ensuite, ce qui est davantage perturbateur, être externe au droit. Alors survient la question de la place et du rôle de la normativité juridique par rapport aux autres normativités. La réflexion sur le pluralisme normatif peut ainsi être menée en deux temps : penser le pluralisme juridique (A) puis penser la place du droit au sein du pluralisme normatif (B).

[113] Par ex., note sous Cass. 1ère civ., 14 mai 2014, n° 13-10.180, *www.actuassurance.com*, mai-juin 2014, n° 36, act. jurispr. – *adde*, De la difficulté pour le curatélaire de modifier la clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie par voie testamentaire (à propos de Cass. 2ème civ., 8 juin 2017, n° 15-12.544, PB), *BJDA* juill.-août 2017, n° 52, analyses.

A. - Penser le pluralisme juridique

Le droit des assurances, et en particulier celui qui régit l'assurance vie, donne à voir de nombreuses hypothèses dans lesquelles la mise en harmonie des normes issues de disciplines juridiques distinctes se révèle délicate, débattue, insatisfaisante.

Les questions classiques de l'articulation entre droit de l'assurance vie et droit patrimonial de la famille en témoignent, sur le terrain des régimes matrimoniaux[114] comme sur celui des successions et des libéralités[115]. Parce qu'elles sont bien connues, il est possible d'en privilégier d'autres ici. C'est ainsi le jeu combiné du droit des obligations, du droit fiscal et du droit civil et fiscal de l'assurance vie[116] que je voudrais envisager ici, en évoquant une note relative à la novation (1) et le projet d'une étude relative à l'énigme du droit de rachat (2).

1. - Lire les relations entre droit des obligations, droit fiscal et droit des assurances

Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 19 mars 2015 offre l'opportunité de réfléchir aux relations entre les dispositions du Code civil qui définissent la novation, les règles du droit fiscal, en particulier celles soumettant aux droits de mutation les primes versées après les 70 ans de l'assuré, et les enseignements du droit des assurances. Ce n'est pas sous cet angle que je l'ai commenté lorsqu'il a été rendu, mais cette dimension était bien présente dans l'analyse[117].

Cet arrêt considère que l'adjonction d'un souscripteur – en l'occurrence le conjoint du souscripteur initial – n'emporte pas novation du contrat, qui conserve ainsi sa « date fiscale », au grand soulagement des bénéficiaires de la garantie décès, mais au désarroi de l'Administration fiscale.

Dans cette décision, il me semble que le droit des assurances est quelque peu malmené parce que la haute juridiction semble ne raisonner que sur la novation subjective, c'est-à-dire celle qui s'opère par le changement de l'une des parties, laissant ainsi de côté la novation objective, celle qui se réalise par le changement de l'obligation.

---

[114] Note sous Cass. 1ère civ., 25 mai 2016, n° 15-14.737, *RGDA* 2016, p. 432. – Note sous Cass. 1ère civ., 8 mars 2005, *JCP* G 2005, II, 10146 et *JCP* N 2006, 1008.

[115] Variations autour du droit de l'assurance vie : petit florilège inspiré par un arrêt du 19 mars 2014, *www.actuassurance.com*, mars-avril 2014, n° 35, analyses.

[116] Après de longues hésitations, l'intitulé de mon cours en master Droit et gestion du patrimoine privé s'est fixé à « Droit et fiscalité de l'assurance vie ». Les fiscalistes lui reprocheront de laisser entendre que la discipline fiscale n'est pas du droit. Qu'ils se rassurent : le droit fiscal est du droit, indiscutablement du droit.

[117] Note sous Cass. 1ère civ., 19 mars 2015, n° 13-28.776, *JCP* G 2015. 616, p. 1040.

Or si l'adjonction d'un souscripteur, c'est-à-dire d'un contractant, n'emporte certainement pas novation subjective, il est plus difficile d'affirmer que l'adjonction d'un assuré, c'est-à-dire d'une personne sur la tête de qui pèse le risque, n'emporte pas novation objective. Ce point aurait au minimum mérité d'être discuté. En effet, par principe, l'identité de l'assuré détermine l'obligation de couverture de l'assureur. Cependant, il est vrai que dans les contrats qui s'apparentent à des opérations de placement, cette identité est secondaire ; il n'y a en pratique aucune déclaration des risques, aucun questionnaire de santé. Il n'en reste pas moins que raisonner sans préciser la nature du contrat d'assurance vie en cause fragilise la solution retenue. Toute se passe comme si le droit des obligations avait imposé son approche et occulté la dissociation possible et admise par le droit des assurances entre la qualité de contractant et celle d'assuré[118].

Cette façon de trancher peut paraître assez surprenante tant est souvent regrettée l'autonomie du droit des assurances par rapport au droit civil, spécifiquement en matière patrimoniale. Au surplus, une réponse ministérielle[119], devenue caduque car non intégrée dans la base BOFIP, avait adopté une position contraire à celle de l'arrêt du 19 mars 2015, estimant que « lorsque le coadhérent devient aussi coassuré, il y a lieu de considérer que la transformation d'un contrat d'assurance à souscripteur unique en contrat à adhésion conjointe constitue une novation de ce contrat ». La solution n'avait donc rien d'inéluctable.

L'argument de l'autonomie du droit fiscal, qui pourrait expliquer cette divergence d'approche, est de peu de poids. À la réflexion en effet, cette autonomie n'existe pas. Le droit fiscal est un droit de transposition, au sens où il dépend des notions et règles du droit civil. Autrement dit, sauf disposition contraire l'y autorisant, l'administration fiscale, lorsqu'elle applique le Code général des impôts et la doctrine administrative, est tenue de se plier aux enseignements du droit civil. Aussi, lorsqu'elle invoque une novation afin que la date fiscale du contrat ne soit pas celle de sa conclusion, mais celle de sa modification, elle doit établir que les éléments constitutifs d'une novation au sens du Code civil sont réunis, puisqu'il n'existe pas de définition fiscale de la novation.

De ce point de vue, il n'est pas certain que la solution du litige fiscal eût été la même si l'Administration fiscale, plutôt que de se placer sur le terrain de la novation, avait avancé que l'adjonction d'un coassuré emportait une modification substantielle du contrat d'assurance au sens de l'article 757 B du Code Général des Impôts.

[118] C. assur., art. L. 132-1.
[119] Rép. min. Cuq, n° 37181, *JOAN* Q, 6 mars 2000, p. 1452.

Le commentaire de l'arrêt du 19 mars 2015 a ainsi permis de lire les relations entre droit civil, droit fiscal et droit des assurances[120]. Il pourrait bien s'agir ici du cadre d'une réflexion de plus grande ampleur qui aurait pour objectif pas moins que de résoudre l'énigme du droit de rachat.

2. - Résoudre l'énigme du droit de rachat

Le droit de rachat du contractant me semble faire l'objet d'une énigme qui m'est devenue de plus en plus familière au gré des commentaires et observations sous arrêts que j'ai pu rédiger ces dernières années. C'est aussi une énigme qui dévoile chaque jour davantage sa complexité. Le projet existe de tenter de la lever et de répondre à la question de savoir ce qu'est ce droit de rachat.

La réponse est loin d'être évidente en raison de l'existence de solutions et de règles très souvent peu compatibles entre elles. L'analyse fiscale n'est pas celle du droit civil et au sein de celui-ci, plusieurs approches sont possibles, selon que l'on s'appuie prioritairement sur la théorie générale de l'obligation ou sur celle de la propriété.

Tout vient ici me semble-t-il du pragmatisme ambiant, qui sollicite la technique des qualifications opportunistes[121] de manière à appliquer à chaque situation la règle adaptée, de manière à répondre à chaque enjeu avec la solution appropriée. Il en résulte un trouble certain.

Celui-ci résulte d'abord de la comparaison des solutions du droit civil avec celles du droit fiscal de l'assurance et de la confrontation des règles du droit commun du contrat d'assurance vie avec celles du droit spécial des contrats retraites ou de contrats plus spécifiques encore[122]. Il se nourrit ensuite de la coexistence d'une dimension personnelle (car racheter, c'est révoquer le bénéficiaire) et d'une dimension patrimoniale du droit de rachat (puisque l'on peut apporter ce droit en garantie, par une délégation ou un nantissement, puisque la valeur de rachat fait partie – civilement mais non fiscalement – de la communauté). Il augmente encore lorsque l'on raisonne à l'aune de contrats voisins, en particulier du bon de capitalisation qui offre un droit de rachat[123], ou que l'on sollicite des mécanismes au nom évocateur, comme la vente avec pacte de rachat. Il tend un peu plus vers la perplexité si s'invitent dans le débat le droit de propriété, les prérogatives qui en découlent, la distinction entre la valeur d'usage et

[120] Sur l'obligation d'information portant sur la fiscalité de l'assurance vie, Note sous Cass. 2ème civ., 3 oct. 2013, n° 12-24.957, *JCP* G 2014, 128.

[121] J. Hauser, « Les qualifications opportunistes ou la vengeance de la logique », *Études H. Groutel*, Litec, 2006, p. 155.

[122] Sur les contrats « IFC » (Indemnités de fin de carrière), note sous Cass. com., 18 janvier 2011, *RGDA* 2011, p. 825.

[123] De commentaire en digressions : Le contrat de capitalisation n'est pas un contrat d'assurance vie et réciproquement (à propos de Cass. 2ème civ., 23 mars 2017), *BJDA* mai-juin 2017, n° 51, analyses.

valeur d'échange, la distinction du titre et de la finance. Il devient enfin démesuré si l'on revient à ce qui fait l'essence du contrat d'assurance, la couverture de risques et que l'on fait l'hypothèse qu'exercer son droit de rachat, c'est déclarer un sinistre et réclamer en conséquence sa prise en charge par l'assureur. De surcroît, que penser de la possibilité pour l'assureur de stipuler dans la police une pénalité lorsque le rachat intervient dans les premières années du contrat ? Comment comprendre que la valorisation du contrat soit sujette à l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux, alors que, dans le même temps, les contrats d'assurance vie sont exonérés de la taxe spéciale sur les contrats d'assurance ?

Les pistes sont ouvertes, il faut désormais les emprunter. C'est un projet qui me tient à cœur et qui est en lien étroit avec mes préoccupations en matière de normativité et mon intérêt pour la technique de l'assurance vie. Il suppose en effet d'appréhender un pluralisme normatif indiscutablement complexe, qui implique droit fiscal, droit des régimes matrimoniaux, droit des assurances, droit des contrats, droit des biens, droit des personnes vulnérables, sans oublier désormais le droit financier, puisque l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, depuis quelques années s'agissant d'un assureur[124] et le Haut conseil de stabilité financière depuis la loi Sapin II s'agissant de l'ensemble de la place[125], sont investis du pouvoir de bloquer l'exercice du rachat.

Penser le pluralisme juridique est donc particulièrement stimulant. Il en est de même lorsque c'est la place du droit au sein du pluralisme normatif qui est envisagée.

B. - Penser la place du droit au sein du pluralisme normatif

Penser la place du droit au sein du pluralisme normatif, c'est avant tout, et dans la suite immédiate des premières réflexions sur la « garantie normative », considérer le droit comme un réassureur des risques normatifs (1). Cette approche théorique repose en grande partie sur le postulat que le droit peut s'imposer aux autres. C'est précisément ce que signifie l'expression prééminence du droit (2), qui, à la réflexion était déjà présente dans des études antérieures sur lesquelles il est donc possible de revenir.

[124] CMF, art. L. 612-33, 7°
[125] CMF, art. L. 631-2, 5° ter.

1. - Envisager le droit comme un réassureur des risques normatifs

Si l'on poursuit sur le chemin de l'analogie assurantielle débutée plus haut[126], le thème de la « garantie normative » que j'ai envisagée comme un dispositif assurantiel de gestion des risques normatifs invite à concevoir le droit comme un dispositif de réassurance. Puisqu'il me semble que les risques normatifs peuvent être regroupés en deux catégories selon l'identité de ceux qui les portent, il convient d'évaluer la pertinence de l'idée de réassurance s'agissant successivement des risques normatifs des destinataires de la norme (a) et des risques normatifs du système normatif (b).

a. - Réassurer les risques normatifs des destinataires de la norme

Les destinataires de la norme peuvent être exposés à un certain nombre de risques normatifs parmi lesquels j'ai cité la normativité, la validité, l'applicabilité, la prévisibilité et la stabilité. Les travaux menés jusqu'ici, en particulier ceux qui envisagent la normativité de l'assurance avec le soutien du droit[127], font spontanément songer à la figure de la coassurance, bien davantage qu'à celle de la réassurance.

L'expression de coassurance des risques normatifs correspond en effet assez bien à la prise en charge de ces risques par des systèmes normatifs distincts, en particulier lorsqu'une même norme relève simultanément de plusieurs systèmes normatifs. Par suite, on comprend que le pluralisme normatif est susceptible de conduire à une « garantie normative » mise en œuvre par plusieurs systèmes normatifs. À condition de partager une conception ouverte de la normativité et de la validité juridiques, on peut admettre que le droit apporte sa garantie à une norme technique et, réciproquement, qu'une pratique sociale participe de la garantie d'une norme juridique.

Pour autant, sans exclure cette figure de la coassurance qui me semble en effet pertinente, je crois que celle de la réassurance correspond davantage aux situations dans lesquelles, parmi les systèmes normatifs à l'œuvre, se trouve le système juridique. L'hypothèse avancée est que le droit est le réassureur de tous les systèmes normatifs concurrents ou co-existants, en application d'un traité de réassurance permanent. En d'autres termes, le système juridique, en tant que normativité des normativités[128], couvre les systèmes normatifs alternatifs et/ou concurrents. C'est le droit qui en dernière instance vient lever les doutes et apporte de la sécurité, avec cette spécificité qu'il est aussi son propre assureur.

---

[126] Section 3, §1, A.
[127] Section 2, §1.
[128] Rappr. C. Thibierge, « Conclusion », *in La densification normative*, *op. cit.*, p. 1101, spéc. p. 1148. – *adde*, P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, Manuel, 2011, 2nde partie

Par conséquent, il est sans doute possible d'affiner l'approche de la « garantie normative ». Elle peut être vue comme le fruit d'un lien entre un système normatif et un sujet en relevant, en raison duquel ce système normatif est tenu de couvrir des risques normatifs et de régler une prestation normative en cas de réalisation de ces risques, quitte à se réassurer auprès d'autres systèmes normatifs, dont le droit en dernière instance. Il s'agit d'un dispositif fiduciaire, qui mêle assurance, réassurance, coassurance.

b. - Réassurer les risques normatifs du système normatif

Chaque système normatif est lui-même exposé à des risques normatifs qui, à la différence de ceux qui concernent les destinataires des normes, ne nécessitent pas de développement particulier. Ils sont en effet bien connus : ce sont des risques de violation, de transgression, d'indifférence, d'ignorance, ce qui n'appelle pas de commentaires particuliers.

En revanche, leur « garantie normative » pose davantage de questions, notamment lorsqu'il s'agit d'identifier les débiteurs et les créanciers de cette garantie. Cela tient à ce que, de prime abord, c'est le système normatif lui-même qui est à la fois celui qui est exposé au risque et celui qui doit le couvrir. Ceci fait songer à ce qu'en gestion des risques, on appelle auto-assurance, dans la mesure où il n'y a pas transfert du risque à un tiers. Par exemple, lorsque la norme dont il s'agit d'assurer le respect est une norme juridique, le droit mobilise en son sein des diverses techniques que l'on peut rattacher à des dispositifs internes de coassurance entre normes juridiques et des mécanismes également internes de réassurance (à l'image d'une institution supranationale qui garantit une norme interne), ce qui le conduit à alimenter le processus de densification normative.

Cependant, cette figure de l'auto-assurance me semble insuffisante. D'une part, en présence d'une norme non juridique, le système normatif dont elle est une émanation ne paraît pas pouvoir délivrer seul une « garantie normative » complète. Un réassureur paraît requis. C'est ce rôle que le droit a vocation remplir, par exemple en s'appropriant la norme et en lui associant des effets. C'est en cela que le système juridique peut être vu comme un réassureur.

D'autre part, s'agissant des normes juridiques, le schéma de l'auto-assurance présente des limites. En effet, au plus haut niveau, c'est la croyance en la force de la norme qui, seule, garantit son respect. De surcroît, la garantie d'une norme juridique peut trouver ses ressorts ailleurs que dans le droit.

De ce point de vue, la clause de bonus-malus offre un cas intéressant car elle est révélatrice de ce que la garantie du respect de la norme peut être complexe ou, à tout le moins, plus subtile qu'un dispositif purement répressif, interne au système normatif en cause. Il est possible en effet de dresser le constat d'une double appropriation transgressive de cette clause légale.

En premier lieu, il arrive, sans que le phénomène puisse être mesuré, et pour cause, que les assurés ne déclarent pas certains sinistres, de manière à préserver leur bonus : une indemnisation amiable a alors lieu, à l'écart des assureurs. Ce phénomène de rétention de l'information sur la sinistralité[129] altère la fiabilité du calcul actuariel des assureurs et empêche le fonctionnement normal du coefficient de réduction-majoration. Pour autant, *in fine*, la responsabilisation (financière) a bien lieu, mais par un autre canal que l'augmentation de la prime d'assurance. On voit ainsi que les assurés substituent à l'impérativité de la règle une supplétivité. La clause légale s'applique chaque fois qu'ils n'ont pas choisi de l'écarter et de ne pas déclarer le sinistre à l'assureur. La pratique sociale du groupe des assurés révèle une prise en compte et une force normative incontestables de la règle, de sorte que la norme est doublement garantie, quant à son existence et quant à son efficacité puisque ses finalités sont atteintes.

En second lieu, les assureurs, s'ils appliquent indiscutablement la norme, jouent parfois avec elle, sans que cela ne provoque de réaction de la part des pouvoirs publics en général et du juge en particulier. Par exemple, certains d'entre eux dispensent les assurés ayant un bonus maximal depuis plus de trois ans de tout malus pour les deux premiers accidents alors que la clause-type ne prévoit l'absence de malus que pour le premier accident. D'autres octroient un bonus supplémentaire, permettant de dépasser le coefficient maximal de réduction, fixé par la clause type à 50%, ou bien accordent un bonus maximal à vie[130].

Il y a là un dysfonctionnement justifié par la volonté de conserver les « bons risques », c'est-à-dire de fidéliser une clientèle de bons conducteurs. Cette pratique introduit du trouble dans l'esprit des assurés, un trouble aggravé par les messages publicitaires.

Cependant, parallèlement, les assureurs poursuivent l'exécution de la clause légale. Aussi, lorsqu'un assuré demande communication de son relevé d'information au moment de changer d'assureur, le coefficient de réduction-majoration indiqué est-il bien évidemment celui qui résulte de l'application de la clause-type, non celui issu de la clause plus favorable. La clause de bonus-malus produit donc ses effets et les objectifs qui ont présidé à son instauration, à savoir récompenser les conducteurs vertueux par

[129] Selon l'expression de G. Maître, « Doit-on en finir avec le Bonus-Malus ? », *RGDA* 2006. 35.
[130] V. L'argus, n° 7043, 12 oct. 2007, titrant en une « Marketing : la guerre des bonus ». – M. Horwitz, art. préc.

une tarification avantageuse et exposer les conducteurs moins vigilants à des conditions tarifaires défavorables, sont atteints.

Ces exemples de transgression révèlent que des normativités alternatives (en l'espèce, une pratique professionnelle qui déplafonne le bonus accordé aux bons conducteurs ou crée un droit acquis au bonus maximal et une pratique sociale de règlement du sinistre à l'écart des assureurs) peuvent participer à la garantie normative d'une norme juridique.

En d'autres termes, la « garantie normative » d'une norme résulte d'un dispositif dont les éléments peuvent ne pas tous relever du système normatif dont est issue la norme garantie. Ce pluralisme normatif conduit, selon les cas, à des phénomènes de concurrence, de convergence, de complémentarité. Sur le plan de la garantie, ces derniers peuvent constituer un mécanisme de coassurance. Or, dans la mesure où le droit a vocation à réassurer les autres systèmes normatifs, le schéma aboutit de nouveau à une figure de réassurance.

On voit ainsi que le droit n'est pas seulement une technique de direction des conduites humaines. Il est davantage que cela, même si l'approche managériale du droit, issue des théories anglo-saxonnes de l'organisation élaborées pour penser la gestion des entreprises conduit parfois à le réduire à cette dimension, comme cela transparaît dans l'étude que le Conseil d'État a consacrée au droit souple en 2013[131]. Ne peut-on pas y lire en effet que le droit souple « complète la panoplie de l'État régulateur, qui ne peut agir uniquement par la réglementation. Il participe enfin de la rénovation des méthodes de gestion de l'État »[132].

Il est davantage que cela aussi en ce qu'il occupe une position prééminente par rapports aux autres normativités.

2. - Envisager la prééminence du droit

Le cas évoqué ci-dessus de la clause de bonus-malus laisse penser que le droit peut parfois avoir besoin des autres normativités. Pour autant, il paraît présenter une supériorité par rapport aux autres systèmes normatifs en ce que la place et le rôle de ces normativités alternatives ne sont possibles que si le droit les accepte, autrement dit s'il les tolère[133]. Le droit demeure souverain et peut, à tout moment reprendre la main, en mettant un terme à la pratique transgressive ou bien en l'intégrant (de la même manière qu'au sein du système juridique une loi peut briser ou consacrer jurisprudence).

[131] « Prendre le droit souple au sérieux ? À propos de l'étude annuelle du Conseil d'Etat pour 2013 », *JCP* G 2013, n° 43, pp. 1961-1968 (*coécrit avec E. Nicolas*).
[132] CE, Rapport 2013, p. 32.
[133] V. *infra*, Section 3, §2, B, 2, a.

L'hypothèse de la prééminence du droit doit ainsi être précisée (a) avant d'être vérifiée en faisant le constat de sa bienveillance (b) et de sa force (c) à l'égard des autres systèmes normatifs.

a. - L'hypothèse de la prééminence du droit

Si l'on raisonne sur le risque de validité – quelle que soit la conception retenue de celle-ci[134] – c'est le système normatif concerné qui paraît le mieux à même de délivrer ou non un « certificat de validité ». L'hypothèse a pour elle la force de l'évidence pour le système juridique, mais elle vaut également pour les autres systèmes normatifs, compétents pour statuer sur la validité des normes qui relèvent d'eux-mêmes. Néanmoins, on devine ici une certaine supériorité du droit dans la mesure où celui-ci a vocation à imposer son point de vue, où il peut intervenir en dernière instance, où il peut, par exemple, invalider une norme technique, quelle que soit sa force normative et en particulier sa portée. C'est là un signe de la prééminence du droit, prééminence qui peut n'être que formelle, quand celui-ci plie substantiellement devant les normativités concurrentes.

Si, dans la même perspective, l'on s'intéresse au risque de stabilité, lorsque la norme en cause relève d'un système normatif non juridique, la couverture dispensée par le système concerné paraît de nouveau sous la dépendance du droit : il est loisible à ce dernier d'avoir le dernier mot. Si la norme est juridique, une particularité survient : la couverture du risque de stabilité ne repose pas sur des mécanismes ou techniques qui permettraient de graver la norme dans le marbre, mais sur la seule confiance qui émane du système normatif. Cela peut sembler bien peu en cette période où les lois se succèdent parfois avant même leur entrée en vigueur ; c'est néanmoins essentiel[135]. Le droit est en effet investi, pour toute une série de raisons dont beaucoup ont à voir avec sa légitimité, d'un pouvoir fiduciaire supérieur aux autres systèmes normatifs.

L'idée surgit alors que la singularité du droit réside dans le fait que seul celui-ci peut délivrer une garantie normative pleine et entière. Ce qui fait le droit, c'est sa capacité unique à décider du sort des normes juridiques comme non-juridiques, parce que c'est lui qui en dernière instance commande ou menace de commander aux normativités, quand bien même on tend volontiers à se passer du droit.

[134] Validité formelle, validité graduelle et conditionnelle (F. Ost et M. Van de Kerchove, De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, Facultés universitaires de Saint Louis, « Droit », 2002, spéc., p. 307 et s.) ou encore validité processuelle (A. Pomade, « Les implications de l'influence normative de la Société Civile en droit de l'environnement sur les théories des sources du droit et de la validité », *RIEJ* 2010/1, n° 64, p. 248).

[135] E. Nicolas et C. Sintez, art. préc.

Comparativement, si un système normatif non juridique prétend exercer un contrôle de validité sur une norme juridique, ce contrôle ne peut relever que du seul critère de la légitimité (la norme juridique est conforme ou non à ce que le système non juridique exige), donc d'une validité incomplète, voire refusée dans une approche formelle de la validité. Par exemple, une normativité technique ou scientifique peut considérer que la norme juridique est « fausse », non valide, au regard de ses propres normes, mais formellement, elle ne peut que s'incliner[136]. Au-delà et surtout, le système non juridique reste sous la menace que le droit s'en mêle, notamment pour préserver le cœur nucléaire de la société qu'il régit, c'est-à-dire ses valeurs et droits fondamentaux[137]. Le droit peut reprendre la main à tout moment : quitte à baisser pavillon et à capituler en rase campagne, il fera bonne figure en conférant son double sceau de normativité et de validité et en assurant l'applicabilité, la prévisibilité et la stabilité normatives.

En conséquence, la « garantie normative » peut être définie comme un dispositif assurant tout à la fois le respect des normes et la confiance en elles. Elle mêle des éléments pouvant être issus d'une pluralité de systèmes normatifs, au sein desquels le droit joue un rôle particulier de réassureur et de gardien des valeurs fondamentales de la société, en raison du contrôle de validité qu'il peut activer. Plus avant, ce qui fait que la normativité juridique se distingue des autres normativités, c'est qu'elle est formellement maîtresse de son devenir et du devenir des autres normativités. Ce n'est peut-être pas le cas substantiellement, les forces créatrices de la norme étant de moins en moins juridiques, le droit subissant les flux du monde économique et social.

Cette prééminence du droit peut être vérifiée en faisant le constat de sa bienveillance face à des normativités concurrentes.

b. - Faire le constat de la bienveillance du droit

Cette idée peut être illustrée en revenant sur ma contribution à un colloque organisé en 2011 par le Centre d'étude et de recherche sur les contentieux de l'Université du Sud-Toulon-Var et consacré au thème de la transgression. J'avais proposé de traiter ce dernier par le biais de la notion de tolérance, dans la mesure où il me semblait que réfléchir sur la tolérance pouvait permettre d'envisager la place et le rôle de la transgression en droit et, possiblement, d'en dégager une conception. Certains des apports de la recherche menée à cette occasion[138] peuvent être revisités à l'aune du

[136] V. *infra*, c)
[137] V. par ex., *supra* Section 1, §2 : Confronter le contrat d'assurance aux droits fondamentaux.
[138] « La tolérance en droit civil ou l'ombre portée de la transgression », *in* J.-J. Sueur et P. Richard (dir.), *La transgression*, Bruylant, 2013, p. 174.

pluralisme normatif. Il suffit pour cela de voir dans certaines des transgressions envisagées des pratiques sociales et donc des normes.

Ma contribution montre que la tolérance est l'une des réactions possibles du droit face aux transgressions. C'est celle que le système juridique retient lorsque la transgression lui paraît légitime. Il est même probable que, dans une certaine mesure, cette tolérance soit nécessaire parce qu'elle introduit de la souplesse là où le jeu des normes juridiques pourrait conduire à une rigidité malvenue car étouffante des rapports humains, même si on a vu que le droit lui-même peut-être souple[139]. La tolérance permet d'apporter au système juridique l'oxygène vital.

Par exemple, en accordant de la place au non-droit, l'ordre juridique laisse une place à la transgression dans les relations entre sujets, pour qui il s'agit alors non pas de nier le droit mais de s'en écarter quelque peu, le non-droit n'étant pas l'absence de droit. De même, en encourageant et en développant des modes de résolution déjudiciarisés ou déjuridictionnalisés, le droit favorise très certainement des solutions souples susceptibles de relever de systèmes normatifs alternatifs et, par là, potentiellement constitutives de transgressions juridiques.

Dans cette approche, la transgression n'est donc pas réduite à la violation de la norme. Elle est appréhendée dans toute sa complexité ; elle est multiforme, ce qui justifie qu'elle puisse parfois être légitime. L'exemple de l'appropriation transgressive par les assurés comme par les assureurs de la clause de bonus-malus, évoqué plus haut[140] mais non envisagé au moment du colloque, le montre assez bien. Transgresser, c'est, comme y invite l'étymologie, passer au-delà du modèle juridique : il s'agit non seulement de violer la norme, de commettre le délit ou la faute, de frauder, mais encore de s'accommoder de la loi, de jouer avec elle, de la tourner à son avantage, de faire preuve d'habileté[141] et, plus encore, de faire usage de sa liberté.

C'est alors tout l'art du droit que de tracer les frontières entre le licite et le prohibé, de déterminer sa propre dose de tolérance en présence des transgressions qu'il reprouve, de définir la tolérance qu'il doit laisser s'épanouir dans les rapports entre les sujets de droit et, dans certains cas, protéger. Il peut ainsi laisser le champ libre à d'autres normativités, se montrer bienveillant à leur égard, ce qui lui laisse le temps de la réflexion. Car *in fine* la transgression interpelle le droit afin de lui faire dire ce qu'il est, afin qu'il prenne position.

---

[139] « Prendre le droit souple au sérieux ? À propos de l'étude annuelle du Conseil d'Etat pour 2013 », *JCP* G 2013, n° 43, pp. 1961-1968 (*coécrit avec E. Nicolas*).

[140] Section 3, §2, B, 1, b.

[141] Pour une distinction éclairante et particulièrement convaincante de la fraude et de l'habilité, F. Dournaux, *La notion de fraude en droit privé français*, thèse Paris I, dir. L. Aynès, 2008.

Éventuellement, il évoluera pour apporter plus nettement sa « garantie normative » à la pratique transgressive. Cependant, certaines transgressions le feront violemment réagir : il montrera alors sa force.

Avant d'envisager cette réaction, une remarque s'impose. À l'aune des développements précédents, il est manifeste que la transgression entretient avec le droit une relation complexe, au sens méthodologique du terme[142]. Elle lui semble inhérente dans la mesure où, dans un mouvement perpétuel d'interaction, elle crée le droit qui lui-même la crée en retour. Au fond, c'est parce qu'il existe des transgressions et des pratiques transgressives, qu'une production normative juridique incessante peut être constatée et c'est parce qu'il existe des normes que les transgressions trouvent à s'épanouir. La transgression est, pour cette raison, consubstantielle à la normativité juridique, au sens où « le fait même d'ériger une chose en modèle indique que ce modèle est susceptible d'une transgression (…). La transgression n'est pas extérieure à la normativité juridique, mais elle en constitue la limite, la bordure »[143]. Elle apparaît alors comme un moteur paradoxal pour le droit, en tant qu'elle est à la fois sa condition et la plus sérieuse des menaces contre lui. Ce pourquoi le droit est soucieux de sa propre garantie normative. Autrement dit, la transgression n'est pas qu'un acte contre le droit, c'est aussi un acte dans le droit ou pour le droit, à l'image de la désobéissance civile[144].

La prééminence du droit se manifeste ainsi par sa bienveillance à l'égard des autres normativités. Elle est alors discrète, latente. Il en va différemment lorsqu'elle fait parler la force.

c. - Faire le constat de la force du droit

La prééminence du droit se vérifie plus nettement lorsque celui-ci impose sa manière de voir que lorsqu'il se montre seulement bienveillant. Pour autant si dans certaines hypothèses, il réagit avec une certaine violence (par principe légitime dans un État de droit), il lui arrive aussi de prendre l'ascendant sur les normativités concurrentes de manière moins conflictuelle.

---

[142] E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, Points, Essais, 2005.

[143] F. Brunet, *Normativité et droit*, thèse Paris I, dir. E. Picard, 2011, spéc. pp. 466 et s. – Comp. C. Atias, *Devenir juriste. Le sens du droit*, LexisNexis, « Carré droit », 2011, spéc. p. 93 : « L'ordre juridique a en propre d'inclure le désordre, la transgression. Le droit de l'exécution du contrat est, surtout, le droit de l'inexécution des obligations contractuelles ; il ne la réprime pas systématiquement. L'ordre juridique se compose sur le désordre et avec lui ».

[144] V. J. Rawls, Théorie de la justice, trad. C. Audard, Seuil, 1987, spéc. p. 405 :« la désobéissance civile peut être définie comme un acte public, non violent, décidé en conscience, mais politique, contraire à la loi et accompli le plus souvent pour amener un changement dans la loi ou bien dans la politique du gouvernement ». – *Adde*, R. Encinas de Munagorri, La désobéissance civile : une source du droit ?, *RTD civ.* 2005, p. 73.

La réaction du système juridique est forte chaque fois que le cœur du réacteur, c'est-à-dire ses valeurs et les droits fondamentaux sont menacés par la pratique transgressive. Il y a là comme un réflexe de survie. La tolérance comprend en effet le risque d'un affaiblissement normatif, d'une perte d'effectivité. Aussi, réserver de façon inconditionnelle une place à la tolérance, c'est, pour le droit, s'exposer au risque d'être relégué au rang d'un système normatif subsidiaire.

Le refus de certaines pratiques transgressives s'analyse comme l'affirmation de l'autorité du droit et de son caractère généralement (mais non nécessairement) obligatoire et contraignant. Les « tolérances créent finalement des règles de conduite qui échappent au domaine et à la formation traditionnelle du droit[145] ». Or le droit, par sa fonction même d'organisation des rapports des hommes vivant en société, ne peut se permettre une subsidiarité généralisée.

Le phénomène de la tolérance des sujets devant des actes transgressifs conduit alors à retrouver une question classique, consistant à se demander si les normativités alternatives au droit doivent être annexées par le droit ou bien si elle peuvent conserver leur autonomie[146] et participer du pluralisme ambiant. Il invite aussi à envisager les rapports entre les normativités, étant précisé que le pluralisme n'implique pas une égalité de force normative entre les normes des différents systèmes. La réaction du droit en présence de l'intolérable témoigne de sa prééminence. C'est vrai lorsque les valeurs fondamentales du système juridique sont menacées ; c'est également vrai, sur un tout autre plan, lorsque le système contrôle le jeu avec la norme juridique et qu'il met en œuvre la distinction entre fraude et habileté.

La prééminence du droit s'exprime aussi lorsqu'il impose des normes qui sont contraires à celles que lui suggèrent ou voudraient lui imposer d'autres normativités et notamment des normativités scientifiques, techniques ou encore économiques. C'est cette relation qui a été au cœur d'une réflexion provoquée par un colloque consacré à la falsification et qui s'est intitulé « Le faux, le droit et le juste ». En écho déformant, j'ai choisi de donner pour titre à ma contribution écrite « le faux, le droit et l'assurance[147] ».

Celle-ci ne porte pas sur les manifestations du faux ou de l'absence de vérité dans la relation entre assurés et assureurs. Il m'a semblé que recenser les hypothèses s'escroquerie, de fraude, de déclaration inexacte des risques ou de surévaluation des

[145] J.-M. Roy, « La tolérance », *RRJ* 1995, p. 497.

[146] Sur ce questionnement, Ph. Le Tourneau, « L'engagement d'honneur », *D*. 1979, chron. p. 107. – A. Viandier, « La complaisance », *JCP* G 1980, I, 2987.

[147] « Le faux, le droit et l'assurance », *in* J.-J. Sueur (dir.), *Le faux, le droit et le juste*, dir., Bruylant, 2009, p. 63.

pertes ne présentait pas d'intérêt particulier, sauf à rappeler et confirmer la sévérité du droit du contrat d'assurance avec ceux qui font preuve de mauvaise foi.

Plutôt que de traiter du faux contre le droit, j'ai choisi de réfléchir sur le faux dans le droit. Il m'a en effet paru plus intéressant, au regard de la thématique du colloque, d'interroger la règle de droit elle-même et, sans le formuler alors en ces termes, d'envisager un test de conformité par rapport à d'autres normativités, et en particulier à la normativité de la science de l'assurance. Une partie de ma réflexion avait ainsi le pluralisme normatif pour toile de fond.

L'assurabilité des risques offre une excellente illustration de ce qu'un jeu de normativités peut produire. Cette assurabilité, que l'on peut définir par la possibilité pour un assureur de couvrir le risque en cause, est déterminée à la fois par des principes techniques qui relèvent de la science de l'assurance[148] et par des règles juridiques, celles du droit des assurances. Dans la très grande majorité des hypothèses, la règle de droit et la norme technique convergent, ce qui peut faire songer à la figure de la co-assurance du point de vue de la « garantie normative ».

Toutefois, il arrive que le droit s'oppose aux prescriptions de la science de l'assurance. Autrement dit, du point de vue du système normatif assurantiel, le droit dit parfois le faux. Tel est le cas lorsqu'il interdit de couvrir un risque techniquement assurable (pour des raisons d'ordre public par exemple) ou qu'il impose l'octroi de garanties que la technique assurantielle répugne à délivrer (notamment en présence de risques catastrophiques). J'ai choisi de parler de règles de droit techniquement fausses pour désigner ces situations dans lesquelles la règle de droit n'est pas conforme à la norme technique ou scientifique, non pas en raison des difficultés du langage du droit à faire sienne cette dernière, mais parce que le législateur, le juge ou toute autre instance, par un acte d'autorité, ont choisi de poser une règle de droit différente de celle à laquelle la norme technique ou scientifique aurait dû conduire.

Cette décision politique peut répondre à de nombreuses finalités et préoccupations, bonnes ou mauvaises : justice, égalité, économie, paix sociale, etc. On peut du reste présumer ici que lorsque le droit produit du faux, c'est au nom du juste, à la fois en tant que propre fin et instance de légitimation. Il n'y a là, à dire vrai, rien d'extraordinaire, tant sont fréquentes en droit les techniques par lesquelles le faux devient vrai, vérité du discours : fiction et présomption en sont les exemples les mieux partagés.

[148] L'expression « norme technique » désigne ici la norme issue de la science ou de la technique de l'assurance, et non la norme qui résulte notamment des organismes de normalisation tels que l'AFNOR.

Certes, d'un point de vue strictement positiviste, le droit ne saurait dire le faux. La loi ou le règlement sont des décisions, des actes de volonté, qui peuvent être évalués et critiqués selon des critères variés, comme l'effectivité et l'efficacité, mais certainement pas selon un critère de vérité : le droit n'est ni vrai, ni faux alors que l'on peut présumer que la norme assurantielle est par nécessité vraie[149].

Pour autant, en déplaçant quelque peu le regard, il est possible de déceler ce que j'ai appelé des normes juridiquement fausses, au sens où celles-ci s'insèrent mal dans l'ordre juridique et menacent sa cohérence. L'hypothèse est qu'une règle de droit pourrait être « juridiquement » fausse, non pas en soi, parce qu'elle ne serait pas conforme à la réalité, mais par rapport à une autre règle de droit ou à un corpus de règles de droit, parce qu'elle serait incompatible avec elles, ou encore parce qu'elle serait le fruit d'un processus d'élaboration contestable.

Les arrêts précités du 23 novembre 2004 rendus par une chambre mixte de la Cour de cassation et se prononçant contre la disqualification des contrats d'assurance vie modernes offrent une illustration de cette dernière hypothèse. En raison des enjeux, rappelés par le Premier avocat général R. De Gouttes, s'appuyant notamment sur une note du Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie estimant qu'une requalification des contrats serait porteuse de « risques systémiques pour la place de Paris » et susciterait une « crise de confiance profonde et durable des épargnants vis-à-vis de l'ensemble du régime légal et fiscal mis en place par l'État autour des produits d'épargne et de prévoyance », la haute juridiction n'avait que le choix des motifs, aucunement celui du dispositif.

Son raisonnement a bien moins d'importance que le résultat auquel elle est parvenue ; la solution ne s'est pas construite sur l'échange rationnel d'arguments entre les uns et les autres mais sur un argument d'autorité. Il s'est agi de consolider une qualification fragilisée – ce qui confirme l'idée que la qualification n'est pas seulement un exercice de technique juridique, mais encore un instrument au service d'une politique juridique[150].

Les deux catégories de faux ne soulèvent pas les mêmes difficultés. Il me semble en effet que la règle juridiquement fausse est plus dangereuse pour le système juridique que la règle techniquement fausse. La raison réside dans le fait que la première est subie

[149] Sur l'idée que l'assurance contraint à la vérité : F. Ewald, « Les valeurs de l'assurance », *in* F. Ewald et J.-H. Lorenzi (dir.), *Encyclopédie de l'assurance*, Economica, 1998, notant que le risque est un « principe de véridiction », que « l'assureur est voué à la vérité », pour lui-même mais aussi vis-à-vis de la mutualité qu'il garantit.

[150] Ph. Jestaz, « La qualification en droit civil », *Droits*, 18, 1993, p. 45., spéc. p. 52.

et fragilise le système. Elle pose question en termes de « garantie normative ». Le système juridique est frappé de vulnérabilité, il ne donne plus confiance. Comparativement, la seconde relève d'un choix délibéré et répond à des objectifs supérieurs. Elle est la manifestation de la prééminence du droit. Encore faut-il préciser que cette supériorité du système normatif juridique n'autorise pas l'admission de règles de droit odieuses. Ce n'est pas parce que la règle de droit n'est ni vraie ni fausse qu'elle échappe à tout contrôle.

3. - Penser le droit comme normativité des normativités

À ce stade de ma réflexion, je conçois la « garantie normative » comme un dispositif de garantie de la confiance en la norme et de garantie du respect de celle-ci, avec l'idée que la confiance est une préoccupation des destinataires de la norme et le respect un objectif du système lui-même, de ses animateurs ou gouvernants. Derrière cette dualité apparente, il y a, au fond, une unité fondamentale.

En premier lieu, qu'il s'agisse de garantir la confiance en la norme ou le respect de celle-ci, c'est la norme qui est garantie. N'y a-t-il pas un lien en effet entre confiance et obéissance et plus largement entre confiance et respect ? Garantir l'un et l'autre, n'est-ce pas *in fine* garantir la norme elle-même ? La garantie normative est donc garantie de la norme.

En second lieu, en étant garantie de la norme, la garantie normative est aussi garantie du système normatif. C'est très clair lorsqu'elle gère les risques de violation, de transgression, d'indifférence ou d'ignorance de la norme : garantir la norme, c'est assurer la survie du système qui finirait par s'écrouler et ne plus être reconnu en tant que système normatif si les normes qu'il adoptait n'étaient jamais obéies. La légitimité serait perdue, dans la mesure où l'efficacité est devenue un facteur de celle-ci[151].

Ce n'est pas moins vrai lorsque la garantie vise à couvrir les risques normatifs auxquels sont exposés les destinataires (normativité, validité, applicabilité, prévisibilité, stabilité). Sans doute peut-on considérer que la garantie normative est alors au service direct du sujet. On peut toutefois avancer que si le système normatif ne délivrait pas une garantie suffisante, il finirait par s'effondrer, faute de toute confiance en lui, de la même manière qu'un assureur qui ne remplirait pas ses engagements serait conduit à la faillite. En d'autres termes, la garantie normative garantit la norme et, au-delà, le système normatif lui-même.

On ne peut s'empêcher alors de voir dans ce besoin de garantie qui anime les destinataires de la norme et le système normatif lui-même, un facteur puissant de

[151] M. Fatin-Rouge Stéfanini, L. Gay et A. Vidal-Naquet, *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, *op. cit*.

densification normative, ne serait-ce que parce que la réponse du système normatif est souvent la production de normes nouvelles.

Cette assertion, selon laquelle la « garantie normative » des normes profite au système, s'applique *a priori* à tout système normatif, parce que chaque système, pour des raisons de survie, a besoin de voir ses propres normes garanties. Cependant, il est bien possible que cette préoccupation soit exacerbée en droit, pour de nombreuses raisons parce que le droit est normativité des normativités, parce qu'il est assureur, coassureur et réassureur, et que sans lui, rien ne peut plus tenir. Ce que je veux dire par là, c'est que le droit est davantage soucieux de la garantie de ses propres normes, que c'est son seul moyen de résister aux normativités concurrentes et de conserver une position de prééminence. Seule la garantie des normes juridiques permet de réassurer les autres systèmes juridiques ; seule cette garantie permet de pouvoir imposer un contrôle de validité et sauvegarder le cœur du système juridique, à savoir les valeurs et les droits fondamentaux ; seule cette garantie fait que des normativités alternatives cherchent à transmuer leurs propres normes en normes juridiques dotées alors d'une garantie plus forte.

CONCLUSION

Normer l'assurance, normer par l'assurance, assurer la normativité. Au terme de ce bilan prospectif, il me semble qu'une ligne directrice véritable se dessine, qui fait se rencontrer mon affection pour le droit des assurances, ses techniques, ses contrats, ses clauses, ses enjeux économiques et sociaux, et mon intérêt pour les questions théoriques relatives à la normativité.

Le projet est donc viable. Il reste à le réaliser.

Les étapes à venir ont été esquissées : penser la garantie normative, résoudre l'énigme du droit de rachat, passer le contrat d'assurance au crible du Code civil, interroger le droit de la bancassurfinance, continuer de commenter les arrêts et les lois.

L'esprit est défini : ajouter, chaque fois que cela est justifié, à l'analyse du technicien un regard de théoricien, à moins que ce ne soit l'inverse.

Quant aux étapes plus lointaines, elles sont encore à imaginer. On se plait toutefois à croire qu'elles seront tout aussi passionnantes.

RÉPERTOIRE DES TRAVAUX DE RECHERCHE

I - OUVRAGES ET CHAPITRES D'OUVRAGES

A - OUVRAGES SCIENTIFIQUES

2006

Contribution à l'étude du système responsabilité : les potentialités du droit des assurances, Defrénois, 2006, coll. Doctorat et notariat, vol. 19, préf. M.-L. Demeester

1998

Le quasi-usufruit, aspects civils et fiscaux, 1er prix Patrilog, De Verneuil, 1998 (avec S. Feauveau, V. Prado et Mu. Vivant)

B - CHAPITRES D'OUVRAGES

2017

Articles L. 132-1 et s., R. 131-1 et s., A. 131-1 et s. *in* B. Beignier et J.-M. Do Carmo Silva, *Code des assurances commenté*, édition 2017, Lexisnexis

Le contrôle des clients de l'entreprise par les fichiers : le cas des assurés, *in* F. Eddazi et S. Mauclair (dir.), *Le fichier*, LDGJ, coll. Les grands colloques, 2017, pp. 265-278

2016

Assurance et agriculture durable, *in* M.-L. Demeester et V. Mercier (dir.), *Agriculture durable. Contributions juridiques, scientifiques et économiques pour l'élaboration d'un cadre normatif*, PUAM, 2016, pp. 565-586

2013

Assurance et catastrophes sanitaires, *in* D. Virrot-Barrial (dir.), *Les catastrophes sanitaires, Les études hospitalières*, CDSA, 2013, pp. 207-218

Codification et densification(s) normative(s), *in* C. Thibierge *et alii*, *La densification normative, Découverte d'un processus*, Mare et Martin, 2013, pp. 271-285

La tolérance et le droit civil ou l'ombre portée de la transgression, *in* J.-J. Sueur et P. Richard (dir.), *La transgression*, Bruylant, 2013, pp. 75-99

2012

L'assureur et les données de santé : quelles obligations ?, *in* A. Leca (dir.), *Le secret médical*, Les études hospitalières, CDSA, 2012, pp. 127-140

2010

Discriminations et sélection des risques, *in* A. Leca et D. Viriot-Barrial (dir.), *Santé et discriminations*, Les études hospitalières, CDSA, 2010, pp. 177-191

2009

Le statut juridique de la nomenclature Dintilhac, *in* A. Leca, G Léonetti et G. Rebecq (dir.), *L'expertise médicale et l'indemnisation des préjudices corporels*, Les études hospitalières, CDSA, 2009, pp. 165-189

Le médecin conseil de l'assureur entre paradoxe et incertitudes, *in* A. Leca, G Léonetti et G. Rebecq (dir.), *L'expertise médicale et l'indemnisation des préjudices corporels*, Les études hospitalières, CDSA, 2009, pp. 95-122

Le faux, le droit et l'assurance, *in* J.-J. Sueur (dir.), *Le faux, le droit et le juste*, Bruylant, 2009, pp. 63-95

La force normative de l'article 1964 du Code civil, *in* C. Thibierge *et alii*, *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, pp. 557-573

2007

Rép. civ. Dalloz - V°- Avocats « modes d'exercice de la profession », n^{os} 116-241 (Groupements d'avocats), 2007 (les n^{os} 1-115 sont l'œuvre du Professeur D. Berra)

2002

La suppression de l'obligation de mise en cause de l'assuré lors de l'exercice de l'action directe, dir. M.-L. Demeester (dir.), *Droit des assurances : Questions d'actualité*, éd. Editoo.com, Les Recherches Pothier, 2002, pp. 51-70

Remarques sur l'assurance pour compte de qui il appartiendra, *in* dir. M.-L. Demeester (dir.), *Droit des assurances : Questions d'actualité*, éd. Editoo.com, Les Recherches Pothier, 2002, pp. 71-89

Note sous Cass. 1ère civ., 27 févr. 2001, *in* dir. M.-L. Demeester (dir.), *Droit des assurances : Questions d'actualité*, préc., pp. 171-188 (droit de rachat du souscripteur d'un contrat d'assurance vie)

C - OUVRAGES DE VULGARISATION

2017

DSCG épreuve 1, Gestion juridique, fiscale et sociale, Rev. Fiduciaire-Nathan, dir. N. Hector, 4ème éd. actualisée, 2017, chapitres 5 à 7, pp. 89 à 213

2015

Droit des assurances, Ellipses, Fiches, 2015

2013

DSCG épreuve 1, Gestion juridique, fiscale et sociale, Rev. Fiduciaire-Nathan, dir. N. Hector, 3ème éd. actualisée, 2013, pp. 1-194 (chapitres 1 à 7)

2011

Droit des sociétés, Nathan, dir. N. Hector, 1ère éd. 2011 (pp. 142-159)

2010

Comment réussir son droit, Foucher, 2010 (avec V. Bouchard)

DSCG épreuve 1, Gestion juridique, fiscale et sociale, Rev. Fiduciaire-Nathan, dir. N. Hector, 2nde éd. actualisée, 2010, pp. 1-175 (chapitres 1 à 7)

2008

DSCG épreuve 1, Gestion juridique, fiscale et sociale, Rev. Fiduciaire-Nathan, dir. N. Hector, 1ère éd. 2008, pp. 1-168 (chapitres 1 à 7)

2002

Le commerçant individuel et son entreprise, dir. Ph. Conte et J. Monéger, Juris-Classeur, coll. Juris-compact, 2002 (3 fiches)

II - ARTICLES, COMMENTAIRES ET NOTES DE JURISPRUDENCE

A - ARTICLES DANS DES REVUES AVEC COMITÉ DE LECTURE

Dalloz (recueil)

Note sous Cass. soc., 18 mai 2011, *D*. 2011, pp. 1955-1959 (perte de chance et prévoyance collective)

Note sous CJUE, 1er mars 2011, *D.* 2011, pp. 1592-1595 (discrimination et assurance)

Note sous Cass. 2ème civ., 2 juin 2005, *D*. 2005, jurispr. p. 2928 (révocation du bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie)

JCP (semaine juridique)

Note sous Cass. 1ère civ., 19 mars 2015, n° 13-28.776, *JCP* G 2015. 616, p. 1040 (absence de novation en cas de co-souscription différée d'un contrat d'assurance vie)

Note sous Cass. 2ème civ., 3 oct. 2013, n° 12-24.957, *JCP* G 2014, 128 (obligation d'information de l'assureur vie sur le régime fiscal du contrat et perte de chance)

Prendre le droit souple au sérieux ? A propos de l'étude annuelle du Conseil d'Etat pour 2013, *JCP* G 2013, n° 43, pp. 1961-1968 (*coécrit avec E. Nicolas*)

Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac des préjudices, *JCP* G 2010, 612, pp. 1147-1153

Regard critique sur la jurisprudence protectrice des assurés contre le vol, *JCP* G 2005, I, 151

Note sous Cass. 1ère civ., 8 mars 2005, *JCP* G 2005, II, 10146 et *JCP* N 2006, 1008 (récompenses et assurance vie)

Revue Générale de Droit des Assurances (RGDA)

Note sous Cass. 1ère civ., 25 mai 2016, n° 15-14.737, *RGDA* 2016, pp. 432-437 (qualification du capital reçu par un époux commun en biens)

Note sous Cass. com., 18 janvier 2011, *RGDA* 2011, pp. 825-835 (indemnités de fin de carrière)

Assurance vie et démembrement de propriété, *RGDA* 2005, pp. 21-48

Revue de jurisprudence commerciale (RJ com)

Le contrat d'assurance vie, enveloppe patrimoniale de gestion des biens, Actes du Colloque L'instrumentalisation du patrimoine, *RJ com*. 2015, n° 2, pp. 197-212.

Revue Lamy de Droit des Affaires (RLDA)

Contrat d'assurance vie : à propos de la validité du paiement des primes sous forme de titres, *RLDA* 2016, n° 121, pp. 25-27

Revue des sociétés

La société civile immobilière et ses associés vulnérables, *Rev. soc.* 2017, p. 395 (*co-écrit avec S. Lacroix-De Sousa*)

Revue Trimestrielle de Droit Immobilier (RTDI)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 11 juin 2015, n° 14-17.971, *RTDI* 2015-4, p. 41 (déclaration des risques)

Obs. sous Cass. 3ème civ., 16 sept. 2015, n° 14-20.276, *RTDI* 2015-4, p. 42 (subrogation personnelle – obligation au paiement de l'assureur subrogé)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 10 sept., 2015, n° 14-22.003, *RTDI* 2015-4, p. 42 (subrogation personnelle – exception de subrogation en raison de la renonciation à recours du subrogeant)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 26 mars 2015, n° 14-13.332, *RTDI* 2015-3, p. 43 (validité de l'assurance en valeur à neuf)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 16 avr. 2015, n° 14-13.294 et 14.14.829, *RTDI* 2015-3, p. 42 (propriété et caractère direct des dommages en assurance catastrophes naturelles)

Obs. sous Cass. 3ème civ., 17 févr.2015, n° 14-13.703, *RTDI* 2015-2, p. 39 (opposabilité des franchises au tiers lésé)

Obs. sous Cass. 3ème civ., 23 oct. 2014, n° 12-29.914, *RTDI* 2015-1, p. 44 (obligation de l'assureur de financer des travaux efficaces après une catastrophe naturelle)

Obs. sous Cass. 3ème civ., 3 juill. 2014, n° 13-21.734 et Cass. 3ème civ., 3 juill. 2014, n° 13-18.760, *RTDI* 2014-4, p. 43 (la protection de l'assuré par le formalisme)

Obs. sous Cass. 3ème civ., 7 mai 2014, n° 13-16.400, *RTDI* 2014-3, p. 39 (action de l'acquéreur contre l'assureur du vendeur, même pour les dommages nés antérieurement à la vente).

Obs. sous Cass. 1ère civ., 22 janv. 2014, n° 13-10.616, *RTDI* 2014-2, p. 25 (responsabilité du notaire en cas d'insuffisance de l'assurance souscrite par le locataire)

Obs. sous Cass. 1ère civ., 11 déc. 2013, n° 12-23.068, *RTDI* 2014-2,p. 26 (catastrophes naturelles et insuffisance des travaux de reprise d'un sinistre antérieur)

Obs. sous Cass 3ème civ., 18 sept. 2013, n° 12-17.440, *RTDI* 2014-1, p. 30 (assurance du syndicat des copropriétaires et séisme affectant les parties privatives)

Obs. sous Cass. com., 18 juin 2013, n° 12-18.4949, *RTDI* 2013-4, p. 45 (droit du créancier muni d'une sûreté réelle sur l'indemnité d'assurance)

Obs. sous Cass. 3ème civ., 17 avr. 2013, n° 12-14.409, *RTDI* 2013-3, p. 42 (règle proportionnelle de primes)

Obs. sous Cass. 3ème civ., 16 janv. 2013, n° 11-26.780, *RTDI* 2013-2, pp. 38-39 (action de l'assureur DO en répétition contre le maître de l'ouvrage qui a cédé la chose assurée)

Obs. sous Cass. 3ème civ., 24 oct. 2012, n° 11-20.439, *RTDI* 2013-1, pp. 46-47 (attestation d'assurance de responsabilité)

Actuassurance puis Bulletin juridique des assurances (BJDA)

De la difficulté pour le curatélaire de modifier la clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie par voie testamentaire (à propos de Cass. 2ème civ., 8 juin 2017, n° 15-12.544, PB), *BJDA* juill.-août 2017, n° 52, analyses

Le droit d'arbitrer entre les unités de compte d'un contrat d'assurance vie faisant l'objet d'un nantissement (à propos de Cass. com., 17 mai 2017, n° 15-19.303), *BJDA* juill.-août 2017, n° 52, analyses

Obs. sous Cass. 2ème civ., 8 juin 2017, n° 12-17.137, act. jurispr. (possibilité du rachat après acceptation par le bénéficiaire intervenue avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 décembre 2007)

De commentaire en digressions : Le contrat de capitalisation n'est pas un contrat d'assurance vie et réciproquement (à propos de Cass. 2ème civ., 23 mars 2017), *BJDA* mai-juin 2017, n° 51, analyses

Obs. sous Cass. 2ème civ., 27 avr. 2017, n° 16-13.571, *BJDA* mai-juin 2017, n° 51, act. jurispr. (prescription de l'action en nullité pour insanité d'esprit exercée par un héritier)

L'assurance épargne retraite et la communauté des époux (à propos de Cass. 1ère civ., 1er févr. 2017, n° 16-11599, PB), *BJDA* mars-avr. 2017, n° 50, analyses

Obs. sous Cass. 1ère civ., 8 mars 2017, n° 16-10.384, *BJDA* mars-avr. 2017, n° 50, act. jurispr. (débiteur du rapport à succession)

Obs. sous Cass. crim., 5 janv. 2017, n° 16-80.275, *www.actuassurance.com*, janv.-févr. 2017, n° 49, act. jurispr. (saisie en vue de la confiscation pénale du contrat d'assurance vie)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 8 déc. 2016, n° 15-26.488, *www.actuassurance.com*, janv.-févr. 2017, n° 49, act. jurispr. (l'arrivée du terme prive d'effet la faculté de renonciation)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 8 déc. 2016, n° 15-26.086, *www.actuassurance.com*, janv.-févr. 2017, n° 49, act. jurispr. (Obligation d'information et conditions générales)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 12 janv. 2017, n° 15-27.908, *www.actuassurance.com*, janv.-févr. 2017, n° 49, act. jurispr. (modification unilatérale des supports d'un contrat d'assurance vie et contrôle de l'abus de droit)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 17 nov. 2016, n° 15-20.298, *www.actuassurance.com*, nov.-déc. 2016, n° 48, act. jurispr. (abus de droit de renoncer au contrat d'assurance vie)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 20 oct. 2016, 3 arrêts (n° 15-25.810, n° 15-25.811, n° 15-25.812), *www.actuassurance.com*, nov.-déc. 2016, n° 48, act. jurispr. (obligation d'information et abus du droit de renoncer

Obs. sous Cass. 3ème civ., 15 sept. 2016, n° 15-21.630, *www.actuassurance.com*, nov.-déc. 2016, n° 48, act. jurispr. (l'action de l'acquéreur en paiement de l'indemnité d'assurance due au titre d'un sinistre déclaré avant la vente)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 19 mai 2016, n° 15-13.606, *www.actuassurance.com*, avr.-mai 2016, n° 46, analyses (obligation d'information et apports de titres sur un fonds dédié)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 19 mai 2016, n° 15-12.767, *www.actuassurance.com*, avr.-mai 2016, n° 46, act. jurispr. (faculté de renonciation et abus de droit)

Obs. sous Cass. 1ère civ., 16 mars 2016, n° 15-14.940, *www.actuassurance.com*, avr.-mai 2016, n° 46, act. jurispr. (recel successoral)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 24 mars 2016, n° 15-16.693, *www.actuassurance.com*, avr.-mai 2016, n° 46, act. jurispr. (formalisme de la lettre de renonciation)

Obs. sous Cass. 1ère civ., 11 mai 2016, n° 15-10.447, *www.actuassurance.com*, avr.-mai 2016, n° 46, act. jurispr. (renonciation par un époux co-souscripteur)

Obs. sous Cass. 1ère civ., 6 avr. 2016, n° 14-29.611, *www.actuassurance.com*, avr.-mai 2016, n° 46, act. jurispr. (absence d'effraction en assurance vol)

Assurance vie : le légataire est-il un héritier bénéficiaire ? (À propos de Cass. 1ère civ., 10 févr. 2016, n°os14-27.057 et 14-28.272, *www.actuassurance.com*, févr.-mars 2016, n° 45, analyses

Obs. sous Cass. 1ère civ., 27 janv. 2016, n° 14-29.034, *www.actuassurance.com*, févr.-mars 2016, n° 45, act. jurispr. (refus de prise en compte des revenus du conjoint pour apprécier le caractère manifestement exagéré des primes)

Obs. sous Cass. 1ère civ., 17 févr. 2016, n° 14-29.349, *www.actuassurance.com*, févr.-mars 2016, n° 45, act. jurispr. (responsabilité de l'assureur et compétence du souscripteur)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 4 févr. 2016, n° 15-13.850, *www.actuassurance.com*, févr.-mars 2016, n° 45, act. jurispr. (déclaration spontanée mais inexactes des risques)

Obs. sous Cass. com., 15 déc. 2015, n° 13-19.536, *www.actuassurance.com*, janv. 2016, n° 44, act. jurispr. (responsabilité de l'assureur, prêt in fine et nantissement du contrat d'assurance vie)

Obs. sous Cass. 1ère civ., 16 déc. 2015, n° 14.29-285, *www.actuassurance.com*, janv. 2016, n° 44, act. jurispr. (assurance vie et donation)

Le sort de la clause bénéficiaire acceptée à la suite du décès du bénéficiaire : la caducité (à propos de Cass. 2ème civ., 10 sept. 2015, n° 14-20.017), *www.actuassurance.com*, nov.-déc. 2015, n° 43, analyses

Obs. sous Cass. com., 29 sept. 2015, n° 14-14.533 et 14-14.953, *www.actuassurance.com*, nov.-déc. 2015, n° 43, act. jurispr. (subrogation personnelle)

Obs. sous Cass. crim., 30 sept. 2015, n° 15-81.744, n° 15-81.745 et n° 15-81.746 (3 arrêts), *www.actuassurance.com*, nov.-déc. 2015, n° 43, act. jur. (confiscation pénale de contrats d'assurance vie et d'un contrat de capitalisation)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 22 oct. 2015, n° 14-25.533, *www.actuassurance.com,* nov.-déc. 2015, n° 43, act. jur. (encadré informatif en assurance vie)

Obs. sous Cass. com., 9 juill. 2015, n° 15-40.017, *www.actuassurance.com*, sept.-oct. 2015, n° 42, analyses (conformité à la Constitution de l'article L. 263-0 A du Livre des procédures fiscales)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 16 avr. 2015, n° 14-16.676, *www.actuassurance.com*, mai-juin 2015, n° 41, act. jurispr. (primes manifestement exagérées : une présomption d'utilité de la souscription ?)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 21 mai 2015, n° 14-18.742, *www.actuassurance.com*, mai-juin 2015, n° 41, act. jurispr. (l'ambiguïté de l'encadré informatif en assurance vie)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 26 mars 2015, n° 14-11.206), *www.actuassurance.com*, mai-juin 2015, n° 41, analyses (opposabilité de la révocation du bénéficiaire du contrat d'assurance vie)

Obs. sous Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-18.359 et Cass. 2ème civ., 5 févr. 2015, n° 13-28.468, *www.actuassurance.com*, mars-avr. 2015, n° 40, act. jurispr. (obligation d'information et de conseil en assurance vie)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 5 févr. 2015, n° 13-28.549, *www.actuassurance.com*, mars-avr. 2015, n° 40, act. jurispr. (formalisme de la renonciation – exigence de signature du souscripteur)

Obs. sous Cass. crim., 2 déc. 2014, n° 14-80.933), *www.actuassurance.com*, janv.-févr. 2015, n° 39, act. jurispr. (date d'effet de la nullité du contrat d'assurance en cas de fausse déclaration intentionnelle)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 20 nov. 2014, n° 13-25.979, *www.actuassurance.com*, janv.-févr. 2015, n° 39, act. jurispr. (résiliation et faculté de renonciation)

Obs. sous Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-21.993, *www.actuassurance.com*, janv.-févr. 2015, n° 39, act. jurispr. (pas de responsabilité de la banque en l'absence de préjudice du client)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 11 déc. 2014, n° 13-26.416, *www.actuassurance.com,* janv.-févr. 2015, n° 39, act. jurispr. (point de départ de la prescription du recours subrogatoire)

Obs. sous Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-22.763, www.actuassurance.com, nov.-déc. 2014, n° 38, act. jurispr. (obligation de conseil du conseiller en gestion de patrimoine)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 11 sept. 2014, n° 13-19.497, *www.actuassurance.com*, nov.-déc. 2014, n° 38, act. jurispr. (modification unilatérale des supports et clause d'arbitrage à cours connu)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 4 juin 2014, n° 13-12.770, *www.actuassurance.com*, sept.-oct. 2014, n° 37, act. jurispr. (obligation d'information adaptée à la complexité de l'opération)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 3 juill. 2014, n° 13-22.418, *www.actuassurance.com*, sept.-oct. 2014, n° 37, act. jurispr. (interprétation *in favorem*)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 3 juill. 2014, n° 13-20.330, *www.actuassurance.com*, sept.-oct. 2014, n° 37, act. jurispr. (responsabilité de l'agent général en matière d'assurance vie (contrat handicap)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 12 juin 2014, n° 13-20.358, *www.actuassurance.com*, sept.-oct. 2014, n° 37, act. jurispr. (inefficacité de la renonciation après rachat total)

Obs. sous Cass. 1ère civ., 14 mai 2014, n° 13-10.180, *www.actuassurance.com*, mai-juin 2014, n° 36, act. jurispr. (quelques rappels d'ordre processuel en matière d'assurance vie)

Obs. sous Cass., 2ème civ., 22 mai 2014, n° 13-19.237, 13-19.236, 13-19.231 , 13-19.239, 13-19.235, 13-19.233, 13-19.238, *www.actuassurance.com*, mai-juin 2014, n° 36, act. jurispr. (formalisme de l'information sur la faculté de renonciation en assurance vie : la rigueur est toujours de mise)

Obs. sous Cass. 1ère civ., 30 avr. 2014, n° 13-10.790, *www.actuassurance.com*, mai-juin 2014, n° 36, act. jurispr. (à propos de l'action en répétition de l'indu exercée par un assureur de responsabilité non tenu à garantie)

Variations autour du droit de l'assurance vie : petit florilège inspiré par un arrêt du 19 mars 2014, *www.actuassurance.com*, mars-avril 2014, n° 35, analyses

L'assureur est responsable à l'égard des tiers des manquements à ses obligations contractuelles, sans pouvoir leur opposer la prescription biennale (à propos de Cass. 2ème civ., 6 févr. 2014, n° 13-10540 et 13-10745), *www.actuassurance.com*, mars-avril 2014, n° 35, analyses

Obs. sous Cass. 1ère civ., 19 mars 2014, n° 13-12.578, *www.actuassurance.com*, mars-avril 2014, n° 35, act. jurispr. (sort de l'indemnité d'assurance perçue pendant l'indivision post-communautaire)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 6 févr. 2014, n° 13-10.406, *www.actuassurance.com*, mars-avril 2014, n° 35, act. jurispr. (renonciation à la faculté de renonciation)

Obs. sous Cass. 1ère civ., 19 mars 2014, n° 13-10.76, *www.actuassurance.com*, mars-avril 2014, n° 35, act. jurispr. (absence de responsabilité de l'avocat en l'absence de chance de succès d'un pourvoi portant sur la faculté de renonciation)

A propos de l'intérêt d'assurance de l'acquéreur d'un bien lorsque la vente est résolue postérieurement au sinistre (à propos de Cass. com., 3 déc., 2013, n° 12-26.113 et 12-28.718), *www.actuassurance.com*, janv-févr. 2014, n° 34, analyses

Obs. sous Cass. 2ème civ., 16 janv. 2014, n° 13-10.134, *www.actuassurance.com,* janv.-févr. 2014, n° 34, act. jurispr. (prescription de l'action en nullité pour dol d'un accord de règlement)

Obs. sous Cass. 1ère civ., 18 déc. 2013, n° 12-25.662, *www.actuassurance.com,* janv.-févr. 2014, n° 34, act. jurispr. (sort matrimonial des prestations de l'assureur du prêt)

Obs. sous Cass. com., 10 déc. 2013, n° 12-22.424, *www.actuassurance.com,* janv.-févr. 2014, n° 34, act. jurispr. (primes manifestement exagérées : une décision judiciaire n'est pas requise)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 12 sept. 2013, n° 12-20.737, *www.actuassurance.com,* nov-déc. 2013, n° 33, act. jurispr. (conditions d'efficacité de la résiliation unilatérale du contrat par l'assureur)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 3 oct. 2013, n° 12-19.320, *www.actuassurance.com,* nov-déc. 2013, n° 33, act. jurispr. (couverture de la responsabilité du fait des choses par le contrat MRH)

Obs. sous Cass. 1ère civ., 11 sept. 2013, n° 12-18.864, *www.actuassurance.com,* nov-déc. 2013, n° 33, act. jurispr. (obligation d'information de la banque, prestataire de services d'investissent, envers l'adhérent du contrat d'assurance emprunteur)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 13 juin 2013, n° 12-20.518, *www.actuassurance.com,* sept-oct. 2013, n° 32, act. jurispr. (représentation en matière d'assurance vie)

Obs. sous Cass. 1ère civ., 12 juin 2013, n° 12-15.688, *www.actuassurance.com,* sept-oct. 2013, n° 32, act. jurispr. (non-rétroactivité de la loi du 5 mars 2007)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 29 mai 2013, n° 12-11.785, *www.actuassurance.com,* sept-oct. 2013, n° 32, act. jurispr. (absence de caractère manifestement exagéré de primes financées par des bons au porteur)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 15 mai 2013, n° 11-25.364, *www.actuassurance.com,* sept-oct. 2013, n° 32, act. jurispr. (prise en compte de la valeur du contrat au jour de la dissolution de la communauté)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 18 avr. 2013, n° 12-20.269, *www.actuassurance.com,* mai-juin 2013, n° 31, act. jurispr. (l'erreur prétendue liée à un avantage fiscal perdu)

Obs. sous Cass. 3ème civ., 17 avr. 2013, n° 11-25.340, *www.actuassurance.com,* mai-juin 2013, n° 31, act. jurispr. (étendue de l'action directe en cas d'extension de garantie)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 18 avr. 2013, n° 12-19.474, *www.actuassurance.com,* mai-juin 2013, n° 31, act. jurispr. (mise en œuvre de la faculté légale de résiliation : exigence du recommandé)

Obs. sous Cass. 1ère civ., 27 févr. 2013, n° 11-17.025, *www.actuassurance.com*, mars-avr. 2013, n° 30, act. jurispr. (recours subrogatoire de l'assureur d'un majeur en tutelle contre l'Etat)

Obs. sous Cass. com., 5 févr. 2013, n° 11-24.587, *www.actuassurance.com*, mars-avr. 2013, n° 30, act. jurispr (nantissement d'un contrat d'assurance vie et procédures collectives)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 28 févr. 2013, n° 12-14.385, *www.actuassurance.com*, mars-avr. 2013, n° 30, act. jurispr (formalisme de la renonciation au contrat d'assurance vie)

Obs. sous Cass. 1ère civ., 20 mars 2013, n° 11-27.221, *www.actuassurance.com*, mars-avr. 2013, n° 30, act. jurispr (assurance vie et dispositions testamentaires ambiguës)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 7 févr. 2013, n° 11-25.782, *www.actuassurance.com*, mars-avr. 2013, n° 30, act. jurispr (abus de fonctions du préposé de l'assureur)

Le préjudice d'angoisse entre avènement et retour en arrière (à propos de Cass. crim., 23 oct. 2012, n° 11-83.770), *www.actuassurance.com,* nov-déc. 2012, n° 28, analyses

Obs. sous Cass. 2ème civ., 13 sept. 2012, n° 11-24.220, *www.actuassurance.com*, nov.-déc. 2012, n° 28, act. jurispr. (point de départ de la prescription de l'action en restitution des primes après renonciation)

Obs. sous Cass. 3ème civ., 24 oct. 2012, n° 11-16.012, *www.actuassurance.com*, nov.-déc. 2012, n° 28, act. jurispr. (responsabilité de l'assureur qui délivre une attestation ne mentionnant pas la suspension de la garantie)

Obs. sous Cass. 1ère civ., 31 oct. 2012, n° 11-21-588, *www.actuassurance.com*, nov.-déc. 2012, n° 28, act. jurispr.

L'assurance emprunteurs au prisme du droit des régimes matrimoniaux (à propos de Cass. 1ère civ., 12 avr. 2012, n° 11-14.653), *www.actuassurance.com,* mai-juin 2012, n° 26, analyses

Obs. sous Cass. 2ème civ., 28 juin 2012, n° 11-20.572, *www.actuassurance.com*, sept.-oct. 2012, n° 27, act. jurispr. (abus de fonctions de l'agent général)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 14 juin 2012, n° 11-11.344, *www.actuassurance.com*, sept.-oct. 2012, n° 27, act. jurispr. (remise en vigueur du contrat après transfert de la chose assurée)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 24 mai 2012, n° 11-11.132, *www.actuassurance.com*, sept.-oct. 2012, n° 27, act. jurispr. (agent général et déclaration inexacte des risques)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 8 mars 2012, n° 11-15.472, *www.actuassurance.com*, mai-juin. 2012, n° 26, act. jurispr. (absence de formalisme de la déclaration de sinistre)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 29 mars 2012, n° 11-13.628, *www.actuassurance.com*, mai-juin. 2012, n° 26, act. jurispr. (indemnisation de la perte d'usage)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 29 mars 2012, n° 11-13.991, *www.actuassurance.com*, mai-juin. 2012, n° 26, act. jurispr. (point de départ du délai de prescription de l'action en restitution des primes après renonciation)

Articles L. 113-8 et L. 113-9 : la mauvaise stratégie de l'assureur ! (à propos de l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 9 février 2012, n° 11-13.245), *www.actuassurance.com,* mars-avr. 2012, n° 25, analyses

Obs. sous Cass. 2ème civ., 8 mars 2012, n° 11-10.857, *www.actuassurance.com*, mars-avr. 2012, n° 25, act. jurispr. (nullité d'une assurance emprunteur pour fausse déclaration du risque)

Obs. sous Cass. 1re civ., 23 févr. 2012, n° 10-23.696, *www.actuassurance.com*, mars-avr. 2012, n° 25, act. jurispr. (obligation d'information du souscripteur d'une assurance de groupe emprunteur)

Obs. sous Cass. 1ère civ., 23 févr. 2012, n° 10-17.721, *www.actuassurance.com*, mars-avr. 2012, n° 25, act. jurispr. (transaction en assurance incendie)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 24 nov. 2011, n° 10-27.119, *www.actuassurance.com*, janv.-févr. 2012, n° 24, act. jurispr. (nullité pour fausse déclaration)

Obs. sous Cass. 1ère civ., 17 nov. 2011, n° 10-23.093, *www.actuassurance.com*, janv.-févr. 2012, n° 24, act. jurispr. (interprétation des clauses ambiguës)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 24 nov. 2011, n° 10-23.913, 10-25.536, *www.actuassurance.com*, janv.-févr. 2012, n° 24, act. jurispr. (droit de rachat et acceptation du bénéficiaire)

Obs. sous Cass.. 2ème civ., 13 janv. 2012, n° 11-11.350, *www.actuassurance.com*, janv.-févr. 2012, n° 24, act. jurispr. (faute de l'assureur à l'occasion de l'exercice du droit de rachat)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 6 oct. 2011, n° 10-20.193, *www.actuassurance.com*, nov.-déc. 2011, n° 23, act. jurispr. (subrogation légale)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 6 oct. 2011, n° 10-10.001, *www.actuassurance.com*, nov.-déc. 2011, n° 23, act. jurispr. (clause d'exclusion formelle et limitée)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 6 oct. 2011, n° 10-24.637, *www.actuassurance.com*, nov.-déc. 2011, n° 23, act. jurispr. (preuve de la date de consolidation de l'assuré)

Obs. sous Cass. 2ème civ., 7 juillet 2011, n° 10-20.373, *www.actuassurance.com,* sept.-oct. 2011, n° 22, act. jurispr. (principe de réparation intégrale, libre affectation de l'indemnité)

La prescription de l'action du souscripteur renonçant en restitution des sommes versées (à propos de Cass. 2ème civ., 7 juillet 2011, n° 10-20.857), *www.actuassurance.com,* sept.-oct. 2011, n° 22, analyses

A propos du bénéficiaire à titre gratuit d'un contrat d'assurance-décès (à propos de Cass. 2ème civ., 1er juin 2011, n° 10-30.430), *www.actuassurance.com,* sept.-oct. 2011, n° 22, analyses

La faculté de renonciation encore et toujours (à propos de Cass. 2ème civ., 1er juin 2011, n° 10-20.896), *www.actuassurance.com,* sept.-oct. 2011, n° 22, analyses

Newsletter Aurep

Retour de la raison en assurance vie : le double recul de l'ultra-protection des investisseurs avertis, *Newsletter Aurep*, n° 236, 29 août 2016

Assurance vie : le légataire est-il un héritier bénéficiaire ? (À propos de Cass. 1ère civ., 10 févr. 2016, n°os14-27.057 et 14-28.272, *newsletter AUREP*, n° 228, 30 mai 2016

B - ARTICLES DANS DES REVUES SANS COMITÉ DE LECTURE

2015

Assurance et gestion de patrimoine : deux ans de jurisprudences berruyères et orléanaises (janvier 2013 – juin 2015), *Revue juridique Pothier* 2015-1, pp. 94-106

2014

Regards croisés sur l'action de groupe – propos introductifs, *Revue juridique Pothier* 2014-1, pp. 213-216

La force obligatoire du contrat à l'épreuve de la tacite reconduction, *Revue juridique Pothier* 2014-1, pp. 232-238

2013

Note sous Cass. 1ère civ.,10 oct. 2012, n° 11-17.891 (testament et assurance vie), *Revue du Mouvement du jeune notariat*, 2/3013, pp. 12-13 (avec Me L. Villet)

III - COMMUNICATIONS

A - COMMUNICATIONS AVEC ACTES DANS UN CONGRÈS INTERNATIONAL

2012

Assurance et catastrophes sanitaires, XIIème colloque international du centre de droit de la santé, Les catastrophes sanitaires, modèle controversé et repensé de la gestion du risque, Aix Marseille Université, 15 et 16 nov. 2012

2011

Le droit civil et la tolérance ou l'ombre portée de la transgression, Colloque international du Centre d'études et de recherches sur les contentieux, « La transgression », Université du Sud-Toulon-Var, 24 nov. 2011

L'assureur et les données de santé : quelles obligations ?, XIème colloque international du droit de la santé, « Le secret médical », Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 25 nov. 2011

2010

Discriminations et sélection des risques, Xème Colloque international du droit de la santé, « Santé et discriminations », Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 27 nov. 2009

2009

Le médecin-conseil de l'assureur entre incertitudes et paradoxes, VIIIème Colloque international du droit de la santé, « L'expertise médicale et l'indemnisation », Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 28 nov. 2008

Assurance, droit des assurances et falsification, Colloque international du Centre d'études et de recherches sur les contentieux, « Le faux, le droit et le juste », Journées Neptune, Toulon, 13 et 14 nov. 2008

B - COMMUNICATIONS AVEC ACTES DANS UN CONGRÈS NATIONAL

2015

Les fichiers de contrôle externe à l'entreprise: le cas des assurés, Colloque « Le fichier », Orléans, les 26 et 27 nov. 2015

2014

L'assurance vie, enveloppe patrimoniale de gestion des biens. Paradoxes et perspectives, Colloque « L'instrumentalisation du patrimoine », Orléans, 16 sept. 2014

C - COMMUNICATIONS ORALES SANS ACTES DANS UN CONGRÈS INTERNATIONAL OU NATIONAL

2017

L'assurance au comportement : regard d'un juriste, ERELIM, Conférence-Débat, Regard éthique sur l'utilisation des objets connectés en santé, Auditorium de la Bibliothèque Francophone Multimedia de Limoges, 28 sept. 2017

La SCI et ses associés vulnérables, Journées de l'ingénierie patrimoniale, Pavillon Dauphine, 25 janv. 2017

2014

Propos introductifs à la conférence « La gestation pour autrui : les réponses du droit », site de Bourges de l'UFR Droit, Economie et Gestion d'Orléans, 27 nov. 2014

Propos introductifs à la conférence « Regards croisés sur l'action de groupe », site de Bourges de l'UFR Droit, Economie et Gestion d'Orléans, 6 février 2014

2013

La force obligatoire à l'épreuve de la tacite reconduction, conférence « La force obligatoire : mythe ou réalité ? », site de Bourges de l'UFR Droit, Economie et Gestion d'Orléans, 11 décembre 2013

Propos introductifs à la conférence « Les droits fondamentaux aux frontières de la vie », site de Bourges de l'UFR Droit, Economie et Gestion d'Orléans, 4 avril 2013

L'assurance de l'employeur, conférence « Les facettes de la responsabilité de l'employeur », site de Bourges de l'UFR Droit, Economie et Gestion d'Orléans, 21 mars 2013

2012

Introduction à la conférence : « Le temps de travail : regards croisés », site de Bourges de l'UFR Droit, Economie et Gestion d'Orléans, 15 mars 2012

2011

Le refus de soins et l'indemnisation des victimes, conférence : « Le refus de soins », site de Bourges de l'UFR Droit, Economie et Gestion d'Orléans, 1er déc. 2011

Introduction à la conférence : « Les victimes de mouvements sectaires : quelles protections ? », site de Bourges de l'UFR Droit, Economie et Gestion d'Orléans, 16 nov. 2011

La QPC et le droit civil (propriété, contrat, responsabilité, famille), conférence : « La question prioritaire de constitutionnalité », site de Bourges de l'UFR Droit, Economie et Gestion d'Orléans, 11 avr. 2011

Introduction à la conférence : « Homosexualité, homoparentalité, droit à une vie familiale ? », site de Bourges de l'UFR Droit, Economie et Gestion d'Orléans, 15 mars 2011

2009

La mesure de la force normative, (avec P. Serrand), « La force normative. Naissance d'un concept », Présentation au Collège de France, 23 oct. 2009

2006

Les primes manifestement excessives en assurance vie, conférence organisée par le Master Droit et Gestion du Patrimoine privé, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Orléans, 23 mars 2006

IV - ORGANISATION SCIENTIFIQUE ET MATÉRIELLE DE CONFÉRENCES

A - CYCLE DE CONFÉRENCES À BOURGES (site délocalisé de l'UFR DEG d'Orléans)

- 27 novembre 2014 ; La gestation pour autrui : les réponses du droit (intervenants : Mme C. Laurent-Boutot, Maître de conférences à l'Université d'Orléans, Mme J.-M. Vermeulin, Procureur général près la Cour d'appel de Bourges, Me S. Rouaud, Avocate au barreau de Bourges, Mme S. Mauclair, Maître de conférences à l'Université d'Orléans et M. Robineau)

- 6 février 2014 : *Regards croisés sur l'action de groupe* (intervenants : Me D. Bouillagué, Avocate au Barreau de Bourges, Mme M-D. Perrin, Conseiller référendaire près la Cour de cassation, Professeur associée à l'Université d'Orléans, Mme O. Sabard, Professeur à l'Université d'Orléans et M. Robineau)

- 11 décembre 2013 : *La force obligatoire du contrat : mythe ou réalité ?* (intervenants : Me L. Choquet, Huissier de Justice à St Amand-Montrond, M. E. Nicolas, Maître de conférences à l'Université Picardie-Jules Verne, M. C. Sintez, Maître de conférences à l'Université d'Orléans et M. Robineau

- 4 avril 2013 : *Les droits fondamentaux aux frontières de la vie* (intervenants : Mme C. Laurent-Boutot, Maître de conférences à l'Université d'Orléans, M. E. Nicolas, Maître de conférences à l'Université Picardie-Jules Verne, Me S. Rouaud, Avocate au barreau de Bourges et M. Robineau)

- 21 mars 2013 : *Les facettes de la responsabilité de l'employeur* (intervenants : Mme C. Laurent-Boutot, Maître de conférences à l'Université d'Orléans, M. J. Mouly, Professeur à l'Université de Limoges, Me A. Tanton, Avocat au barreau de Bourges et M. Robineau)

- 7 février 2013 : *La procédure pénale à l'aune des droits fondamentaux* (intervenants : M. E. Bangoura, Bâtonnier du barreau de Bourges, M. E. De Montgolfier, Procureur Général, M. J. Leroy, Professeur à l'Université d'Orléans, Mme C. Laurent-Boutot, Maître de conférences à l'Université d'Orléans)

- 15 mars 2012 : *Le temps de travail : regards croisés* (intervenants : Me M.-P. Bigot, avocate au Barreau de Bourges, Mme C. Laurent-Boutot, Maître de conférences à l'Université d'Orléans, M. C. Sintez, Maître de conférences à l'Université d'Orléans et M. Robineau)

- 1er décembre 2011 : *Le refus de soins* (intervenants : Mme A. Cheynet de Beaupré, Professeur à l'Université d'Orléans, Mme C. Laurent-Boutot, Maître de conférences à l'Université d'Orléans, M. S. Pellé, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour et M. Robineau)

- 16 novembre 2011 : *Les victimes de dérives sectaires : quelles protections ?* (intervenants : M. Ph. Mercier, Bâtonnier du Barreau de Bourges, Me D. Picotin, Avocat au Barreau de Bordeaux, Mme D. Tharaud, Maître de conférences à l'Université de Limoges et M. Robineau)

- 20 avril 2011 : *La procédure pénale en questions* (intervenants : Mme C. Laurent-Boutot, Maître de conférences à l'Université d'Orléans, M. J. Leroy, Professeur à l'Université d'Orléans, M. S. Pellé, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, M. A. Zakrajsek, vice Procureur au tribunal de Bourges, Me D. Debord-Guy, avocate au Barreau de Bourges)

- 11 avril 2011 : *La question prioritaire de constitutionnalité* (intervenants : M. X. Godin, Professeur à l'Université d'Orléans, Mme C. Guérin-Bargues, Professeur à l'Université d'Orléans, Mme C. Hagenau-Moizard, Professeur à l'Université d'Orléans et M. Robineau)

- 15 mars 2011 : *Homosexualité, homoparentalité, droit à une vie familiale ?* (intervenants : Mme C. Laurent-Boutot, Maître de conférences à l'Université d'Orléans, Mme D. Tharaud, Maître de conférences à l'Université de Limoges, Me S. Rouaud, avocate au Barreau de Bourges et M. Robineau)

B - CYCLE DE CONFÉRENCES À ORLÉANS (M2 Droit et gestion du patrimoine privé)

- 2016 : Investir dans l'immobilier en 2016, par Me M. De Decker, notaire, M. C. Duterque, CGP chez MTD finance et M. F. Tixier, conseiller éditorial et communication chez EXFINE et rédacteur en chef délégué sur le site "pierrepapier.fr"

- 2015 : La gestion de patrimoine du majeur protégé, par M. C. Blot, Directeur régional de l'Unofi, M. A. Boutruche, consultant et ancien notaire et M. B. Lançon, Mandataire judiciaire. Avec la participation de Mme C. Leygonie-Foucault, consultante.

- 2014 : L'investissement en période de pression fiscale : quelles stratégies ? par M. L. Girard, CGPI et M. M. Santoro, Gestion sous mandat, BPVF. Avec la participation de Mme C. Leygonie-Foucault, consultante.

- 2013 : Transmettre son entreprise, par Th. Chancerel, Directeur agence banque privée CIC, A. Boutruche, consultant et ancien notaire, A. Villedieu, Expert- comptable, P. Bertin, CGPI et K. Kébaïli, chef d'entreprise

- 2012 : La crise, les retraites et la gestion de patrimoine, par M. le Député O. Carré, commission des finances et MM. Dupas-Liébault et Le Boulaire, groupe Allianz

V - ENCADREMENT DE TRAVAUX DE RECHERCHE

A - Direction de mémoires collectifs (Master 2 Droit et gestion du patrimoine privé)

2016-2017 :

Assurance vie et fiducie

Donner et conserver

2015-2016 :

L'actionnariat individuel et la gestion de patrimoine

Structures sociétaires et transmission familiale

2014-2015 :

Régimes matrimoniaux et assurance vie : opposition ou complémentarité ?

La gestion de patrimoine à l'heure européenne

2013-2014 :

L'usufruit temporaire

La donation avant cession

2012-2013 :

La protection du conjoint survivant et l'assurance vie

Le mandat et la gestion de patrimoine

2011-2012 :

Les niches fiscales

L'interprofessionnalité et la gestion de patrimoine

Gestion de patrimoine et développement durable

2010-2011 :

Le statut juridique du gestionnaire de patrimoine

La protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel

2009-2010 :

Sécurité juridique et gestion de patrimoine

Stratégie patrimoniale et œuvres d'art

2008-2009 :

La propriété collective et la gestion du patrimoine immobilier

Politique de l'habitat et gestion de patrimoine

2007-2008 :

La gestion patrimoniale du sportif de haut niveau

L'organisation patrimoniale de la double vie

B - DIRECTION D'UNE CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

Encadrement d'une chronique de jurisprudence en droit patrimonial, publiée au sein de la Revue Juridique Pothier (RJP : http://www.univ-orleans.fr/crjp/revue-juridique-pothier). Cette chronique est rédigée par les étudiants du Master Droit et gestion du patrimoine privé d'Orléans depuis 2013. Les étudiants commentent, sous ma responsabilité, des arrêts rendus par les Cours d'appel d'Orléans et de Bourges, en les mettant en perspective avec la jurisprudence de la Cour de cassation. La revue est suspendue depuis 2016

C - DIRECTION ET SUIVI DES STAGES (M2) ET PROJETS TUTEURÉS (LP)

Dans le cadre de la direction des diplômes « Licence professionnelle : Gestion des risques adaptée aux entreprises agricoles et agroalimentaires », j'ai encadré les projets tuteurés et les rapports de stage des étudiants (2009-2011).

J'encadre également depuis de longues années les rapports de stage des étudiants du master 2 Droit et gestion du patrimoine privé, rapports pour lesquels il est exigé des étudiants une véritable réflexion scientifique. Il s'agit, après une rapide présentation du stage, d'un mini-mémoire sur une question technique, qui implique un sérieux travail de recherche. Mon investissement s'est décuplé depuis que j'assume la direction de cette formation.

CURRICULUM VITAE

Matthieu Robineau
Les alouettes
96, rue de la solaie
45550 St Denis de l'hôtel

06.31.26.76.36
matthieu.robineau@univ-orleans.fr

TITRES ET FONCTIONS

Maître de conférences

- à l'Université d'Orléans (depuis le 1er septembre 2009)
- à l'Université du Sud-Toulon-Var (1er févr. 2006- 30 août 2009)

Attaché temporaire d'enseignement et de recherche (ATER) à l'Université d'Orléans 2002-2004

Allocataire-moniteur à l'Université d'Orléans (1999-2002)

Responsabilités administratives et électives

- *au sein de l'Université d'Orléans*
  - membre élu du Conseil scientifique (puis Commission Recherche du Conseil Académique de l'Université d'Orléans (2012-2016)

- *au sein de l'U.F.R. Droit Économie Gestion*
  - membre élu du Comité d'experts disciplinaires (section 01)
  - directeur du site de Bourges de l'U.F.R. Droit, économie et gestion d'Orléans (2009-2012)
  - membre invité du conseil de gestion de l'U.F.R. Droit, économie et gestion d'Orléans (2009-2012)

- *au sein de l'école de droit d'Orléans*
  - président du groupe de travail sur les maquettes de master

- *au sein du Centre de Recherche juridique Pothier (EA 1212)*
  - membre élu du bureau

DIPLÔMES

- 2004 : Doctorat en droit privé de l'Université d'Orléans

  Contribution à l'étude du système responsabilité : les potentialités du droit des assurances, soutenue le 26 novembre 2004, Mention très honorable avec félicitations du jury, autorisation de publication et proposition aux prix de thèse. Thèse publiée aux éditions Defrénois, coll. Doctorat et notariat

  Jury composé des professeurs P. Jourdain (Président), Université Panthéon-Sorbonne, Paris I ; Ph. Brun (Rapporteur), Université de Savoie ; L. Mayaux (Rapporteur), Université Jean Moulin, Lyon 3 ; M.-L. Demeester (Directrice de thèse), Université Paul Cézanne, Aix-Marseille 3 ; V. Nicolas, Université du Sud-Toulon-Var ; C. Thibierge, Université d'Orléans.

- 1999 : D.E.A. Droit économique, mention bien

  Mémoire : L'assurance pour compte de qui il appartiendra)

- 1998 : D.E.S.S. Droit et gestion du patrimoine privé, mention bien

  Mémoire collectif : Le quasi-usufruit, aspects civils et fiscaux, 1er prix Patrilog, publié aux De Verneuil, 1998

  Rapport de stage : Les contrats multisupports

- 1997 : Maîtrise de droit privé, option immobilier notariat, mention bien

  Certificat de droit des assurances

- 1996 : Licence de droit privé, mention assez bien

- 1995 : D.E.U.G de droit, mention passable

- 1998 : Baccalauréat, série C, mention très bien, félicitations du jury

ACTIVITÉS PÉDAGOGIQUES

<u>Directions de diplômes</u>

- M2 Droit et gestion du patrimoine privé, Université d'Orléans, depuis 2011

- Licence professionnelle Gestion des risques adaptée aux entreprises agricoles et agroalimentaires (2009-2011)

Principaux enseignements (en 2017)

- Régime général de l'obligation (L2, 24h)
- Droit des biens (L3, 30h)
- Droit des assurances (M1, 30h)
- Droit de l'assurance vie (M2, 20h)
- Droit du patrimoine (M2, 10h)

ACTIVITÉS DE RECHERCHES

Laboratoires

- membre du Centre de recherche juridique Pothier (CRJP) – EA 1212 (Orléans)
- membre associé du Centre d'études et de recherches sur les contentieux (CERC) – EA 3164 (Toulon)

Publications (V. répertoire des travaux de recherche, *supra*)

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 9

SECTION 1. - NORMER L'ASSURANCE 15

§ 1. - Normer la pratique des assureurs 15

A. - Organiser l'examen médical 15

B. - Préserver le secret médical 17

C. - Protéger les données personnelles 19

§ 2. - Normer le contrat d'assurance 21

A. - Confronter le contrat d'assurance aux droits fondamentaux 21

B. - Confronter le contrat d'assurance au Code civil 23

1. - Réfléchir à partir de l'article 1964 du Code civil 23

2. - Réfléchir au lendemain de la réforme du droit des contrats 25

SECTION 2. - NORMER PAR L'ASSURANCE 27

§ 1. - Normer avec le soutien du droit 28

A. - Responsabiliser 28

B. - Lutter 32

C. - Exploiter durablement 33

§ 2. - Normer avec le soutien de la technologie 35

A. - Contrôler les assurés 35

B. - Diffuser l'assurance au comportement à l'heure des objets connectés 38

SECTION 3. - ASSURER LA NORMATIVITÉ 43

§ 1. - Gérer les risques normatifs 44

A. - Penser la « garantie normative » comme un dispositif assurantiel de gestion des risques normatifs 45

1. - Identifier les risques normatifs 47

2. - Couvrir les risques normatifs 50

B. - Mettre en œuvre la « garantie normative » par une politique normative 51

1. - Choisir 51

a. - Choisir le droit souple 52

b. - Choisir entre la loi et la jurisprudence 54

i. - Commenter 55

ii. - Envisager la force normative de l'interprétation jurisprudentielle d'un texte 58

2. - Associer 60

3. - Densifier 61

a. - Codifier 61

b. - Multiplier 62

4. - Instrumentaliser 63

a. - Détenir 65

b. - Transmettre 68

§ 2. - Penser le pluralisme normatif 70

A. - Penser le pluralisme juridique 71

1. - Lire les relations entre droit des obligations, droit fiscal et droit des assurances 71

2. - Résoudre l'énigme du droit de rachat 73

B. - Penser la place du droit au sein du pluralisme normatif 74

1. - Envisager le droit comme un réassureur des risques normatifs 75

a. - Réassurer les risques normatifs des destinataires de la norme 75

b. - Réassurer les risques normatifs du système normatif 76

2. - Envisager la prééminence du droit 78

a. - L'hypothèse de la prééminence du droit 79

b. - Faire le constat de la bienveillance du droit 80

c. - Faire le constat de la force du droit 82

3. - Penser le droit comme normativité des normativités 86

CONCLUSION 89

RÉPERTOIRE DES TRAVAUX DE RECHERCHE 91

CURRICULUM VITAE 115