

INSTITUT DES ASSURANCES, UNIVERSITE LYON 3

Mémoire  
Master 2 Droit des assurances

---

La notion de passé connu en assurance de  
responsabilité des mandataires sociaux

**Youcef Fatima**

Soutenance le 18/09/2015

Sous la direction du professeur

**LUC MAYAUX**

## REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier le professeur Luc Mayaux de sa bienveillante attention et de ses précieux conseils.

## Sommaire

REMERCIEMENT .....	2
INTRODUCTION .....	4
I- LE CADRE DE L'ASSURANCE .....	12
II-LE PASSÉ INCONNU. SINGULARITÉ LEXICOLOGIQUE .....	15
III- CONNU/INCONNU. INCIDENCES MORPHOLOGIQUES.....	17
IV-CONNAÎTRE ET SAVOIR .....	21
V-LE PASSÉ INCONNU -L'ASPECT TEMPOREL.....	24
VI-UNE CONSTRUCTION IDÉOLOGIQUE .....	28
VI-L'APORIE DU RAPPORT ÉGALITAIRE .....	33
VII-LE PASSE CONNU.....	39
CONCLUSION.....	48
BIBLIOGRAPHIE .....	49

## **INTRODUCTION**

La garantie de responsabilité civile des mandataires sociaux trouve son origine Outre-Manche. En effet, suite à la crise économique de 1929, les assureurs de la Lloyds prennent conscience de la nécessité de protéger le patrimoine des dirigeants. Cette volonté de garantir les dirigeants va connaître une fortune retentissante aux Etats-Unis. Cette garantie est appelée assurance « D&O<sup>1</sup> », abréviation du couple exécutif « *Directors and Officers* », laquelle désigne les fonctions de mandataires sociaux aussi bien que celles de dirigeants exécutifs dans la pratique des affaires anglo-saxonnes. Il faut donc d'emblée considérer que cette structuration dans le domaine des assurances est héritée d'un espace étranger à la conception française et qu'elle s'appuie sur une appréhension particulière de deux notions qu'on peut ainsi décomposer : la première touche à la place du dirigeant, considéré comme une individualité primordiale dans une société fondée sur le risque ; la seconde renvoie incidemment à la conception plus large d'une organisation sociale fondée sur la responsabilité. Cette responsabilité est indissociable d'une représentation philosophique induite par la conjonction de l'économie et d'une certaine philosophie qui se greffe sur des considérations théologiques. En ce sens, on ne peut ignorer que cette situation est inhérente à une certaine définition de l'individu, de ses devoirs et de ses prérogatives, telle que la réflexion d'un Max Weber a pu l'orienter dans son ouvrage le plus célèbre, *L'éthique protestante et la naissance du capitalisme*. Il ne faut donc jamais oublier que le sujet abordé correspond, dans une mesure non négligeable, à une transposition dans un espace qui lui est étranger d'un dispositif dont l'arrière-plan ne peut se réduire aux considérations économiques ou juridiques<sup>2</sup>. Cette réserve

---

1 Directors and officers' liability insurance.

2 Les limites de ce mémoire empêchent de s'étendre sur cette différence fondamentale qui oppose, sur

étant faite, il faut maintenant revenir brièvement sur la genèse de cette garantie.

La crise de 1929 n'a pas été simplement un désastre économique. Elle a été le terreau d'une redéfinition des responsabilités et de la portée des engagements pris, que ce soit sur le plan politique, économique ou juridique. C'est à partir de cette extrême état de crise que, paradoxalement, la Lloyd's de Londres a innové en mettant sur pied la première police d'assurance, laquelle permet de couvrir les conséquences pécuniaires de l'engagement de la responsabilité civile du dirigeant sous l'appellation de *directors and officers' liability insurance*. Cette initiative n'est pas restée sans suite. Les grandes compagnies d'assurance américaines ont emboîté le pas et dès les années soixante-dix, elles ont proposé ce produit sur le territoire hexagonal. Néanmoins, malgré une finalité semblable, les fondements juridiques de cette garantie diffèrent sensiblement. Il serait illusoire de croire que cette transposition se réduise à une sorte de copier-coller et que la réalité formelle sur le plan juridique ne cache pas des différences sensibles, car il ne faut pas oublier que le droit des affaires américain (et au-delà, dans le monde anglo-saxon) a des spécificités qui ne trouvent pas leur équivalent dans le droit français. Il faut donc se garder, sous peine d'une approximation regrettable, de déduire que le contrat Responsabilité Civile des Mandataires Sociaux (RCMS) est une simple copie, une quasi *traduction* du modèle anglo-américain. En effet, la singularité du droit des sociétés, des assurances et de notre fiscalité sont de nature à infléchir, dans un sens en rapport avec la philosophie même du droit français, cette convention. La preuve en est que cette garantie reste encore limitée dans son usage et que tout un travail pédagogique est nécessaire pour sensibiliser la classe dirigeante devant les risques qu'elle encourt.

---

le plan juridique le monde anglo-saxon et le monde « romain », quand le premier privilégie l'individu, la jurisprudence et le cas particulier, alors que le second met en avant les lois et les codes.

Nous l'avons déjà signalé : la France ne développera cette assurance de responsabilité que vers les années soixante-dix. C'est un produit anglo-saxon, modelé pour une économie libérale, et un système affairo-juridique qui relègue la puissance de l'État au second plan, parce qu'il y a une défiance ontologique, dans le modèle américain, devant le moindre interventionnisme de l'État fédéral. Au regard de cela, la tradition jacobine et la prévalence de l'instance administrative, en France, met en évidence que nous ne sommes pas dans le même régime, dans la même configuration<sup>3</sup>. Cette intégration nécessite, on s'en doute, des ajustements pour que le dispositif devienne efficient dans l'espace juridique français et qu'il soit adopté par le tissu économique de notre pays.

Si l'on veut revenir pour un temps sur les fondements qui établissent le contrat d'assurance, il convient de rappeler que celui-ci est une convention passée entre un assureur et un souscripteur. Ce dernier revêt la qualité de partie au contrat au nom de laquelle la police est signée. Il est, en outre, redevable du paiement des primes à son co-contractant. L'assuré est, quant à lui, la personne physique ou morale bénéficiaire de l'assurance. On peut donc dire que l'assuré est la personne sur laquelle pèse le risque, et que ce risque renvoie à deux paramètres distincts : la personne en tant que telle, mais aussi le patrimoine rattaché à la dite personne. La distinction du souscripteur et de l'assuré est importante, puisqu'il s'agit d'une assurance pour compte, reposant sur le mécanisme de la stipulation pour autrui, envisagé à l'article 1121 C.civ., qui définit que la « convention par laquelle l'une des parties, le stipulant, fait promettre à l'autre, le promettant, l'accomplissement d'une prestation

---

3 Même si cela ne touche pas directement le domaine juridique, rappelons que la France réserve, sur le plan politique, une place de choix à la planification, place qui ne disparaîtra dans le milieu des années 80. En clair, et en refusant toute caricature, on peut dire que, dans notre pays, c'est le réflexe collectif qui prime sur l'expression et la revendication individuelle.

au profit d'un tiers, le bénéficiaire »<sup>4</sup>. Remarquons toutefois que la personne du souscripteur, comme individualité, est secondaire puisqu'il souscrit pour le compte de qui il appartiendra, c'es-à-dire les dirigeants présents mais aussi futurs, selon les fluctuations imprévus de l'organisation exécutive de l'entreprise.

La police n'est donc pas souscrite en propre par les dirigeants concernés, lesquels agiraient pour leur propre compte, en fonction de leurs intérêts personnels et des risques encourus par leur seule personne, mais au nom de la société, pour l'ensemble des responsabilités qu'ils encourent, dans le cadre de leur mandat et de l'exercice professionnel. Le contrat est donc conclu par la société pour compte de son dirigeant, s'il est unique, ou pour compte de la collectivité des dirigeants, selon le type de structure en cause. Cet état de fait justifie que les dirigeants ne souscrivent cette assurance en leur nom propre que dans de très rares situations. En pratique, les contrats RCMS stipulent, dans la majorité des cas, qu'ils renferment une assurance pour compte. Néanmoins, à défaut, en absence de clause stipulant l'assurance pour compte, cette caractéristique peut être déduite de la définition même du terme « assuré », donnée par le contrat, qui vise souvent de manière large et non nominative, comme nous le verrons, les dirigeants de la société souscriptrice. Il faut ainsi entendre que la notion d'« assuré » ne désigne pas un individu formellement mais définit une qualité. À titre d'exemple, le contrat «Business » proposé par l'assureur AIG Europe vise en son article 2.1 a) « les dirigeants passés, présents ou futurs du souscripteur ».

Le contrat d'assurance RCMS est un contrat d'assurance qui couvre une dette de responsabilité. Ce contrat est conclu entre un

---

<sup>4</sup>Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *Précis de droit des assurances*, Dalloz n° 194 s. p 171.

souscripteur/assuré (ou un assuré pour compte) et une compagnie d'assurance. L'objet du contrat est d'offrir une protection, sous forme de garantie, aux dirigeants, comme personnes physique, contre les conséquences pécuniaires qu'ils encourent du fait même de leurs activités, lorsque arrivent un dommage ou un sinistre. Leurs responsabilités peuvent en effet être engagées pour les actes de gestion qu'ils effectuent au quotidien. Sans vouloir être exhaustif, signalons que les fautes, omissions, inexactitudes, fausses interprétations des textes légaux ou réglementaires commis dans l'exercice de leur fonction sont susceptibles de déclencher une procédure judiciaire. Jusqu'au milieu des années quatre-vingt-dix, la mise en cause des dirigeants était un épiphénomène. Mais la médiatisation des affaires et le discours de plus en plus prégnant sur la nécessaire moralisation des mœurs économiques et politiques, en clair : la volonté plus ou moins récurrente de transparence, tout cela a changé la donne<sup>5</sup>. Désormais, la mise en cause des dirigeants est fréquente, si bien que les assureurs ont développé des produits RCMS très élaborés. Les conséquences pécuniaires de cette implication judiciaire engendrent des frais conséquents, à commencer par ceux induits par la nécessité de se défendre, avant même d'évoquer les dommages et intérêts qui sont mis à la charge du dirigeant, quelle que soit leur source. De toute manière, cette garantie RCMS ne prenait tout en charge. Il n'était pas question de déresponsabiliser le dirigeant. Souvenons-nous que le risque pénal n'a jamais été assuré, de même que les dommages corporels ou matériels causés aux tiers, ainsi que les amendes et les pénalités.

Cette brève présentation de la RCMS était utile pour contextualiser l'espace juridique qui nous intéresse. C'était aussi une manière de poser

---

5 On rappellera que jusque dans les années 90 la confusion des patrimoines personnel et professionnel (engageant les fonds de la société) a donné lieu à des dérapages qui sont de moins en moins tolérés, ou qui présentent un risque, sur le plan moral, lorsqu'ils sont mis sur la place publique. La construction de la piscine aux frais de l'entreprise devient un abus de bien social.



un cadre au sujet qui est le cœur de ce mémoire. En effet, la question du passé connu (ou inconnu) s'intègre dans les considérations plus larges afférant à la garantie de la responsabilité civile des mandataires sociaux. Celle-ci peut être déclenchée ou invoquée en considération de faits originés dans un temps postérieur à la souscription du contrat, mais aussi en considération de faits dont l'origine, ignorée, se situe, dans l'ordre la temporalité, antérieurement à la dite souscription.

C'est dans cette perspective que se pose la problématique de la notion de passé connu (ou inconnu). Celle-ci est centrale pour pouvoir déterminer ce qui, en droit et en fait, légitime le déclenchement de la garantie, avec toutes les conséquences découlant de cette couverture. En apparence, le sujet peut sembler simple, tant l'opposition entre le connu et l'inconnu relève, pour le commun, de l'évidence, de deux rapports antithétiques et exclusifs l'un de l'autre. Mais, et cela arrive fréquemment, lorsque le bon sens croit trouver dans l'immédiateté une vérité intangible, la réalité qui se cache derrière cette appellation commune recèle bien des mystères et des difficultés. L'objet de ce mémoire est d'explorer quelques pistes sans avoir, bien sûr, la prétention d'apporter au débat une réponse définitive. Osons dire qu'il en est du droit comme de la littérature : son fondement se trouve en partie dans la langue elle-même. De fait, aussi précis se veut-il, le législateur, comme l'écrivain, n'est pas à l'abri des fourberies du langage et des possibles interprétations que celui-ci offre à qui en fait usage. Nul ne peut tout à fait circonscrire ce qu'il a voulu dire. La question du passé connu (ou inconnu) en est l'illustration<sup>6</sup>.

Cette ambiguïté « lexicale », laquelle nous semble cruciale pour expliquer le caractère flou et presque incertain d'une notion pourtant

---

6 L'hésitation même à qualifier notre sujet : passé connu (ou inconnu) est déjà un indice. Deux expressions possibles ou, pour mieux dire : deux expressions qui se nécessitent, comme les deux éléments du *sym-bolon*. Ce qui est simple se dédouble, ce qui est clair se complique...

juridique<sup>7</sup>, justifie que notre analyse prenne une certaine latitude avec un travail classique de mémoire, tant sur le fond que dans la forme.

Sur le fond d'abord : notre approche, en considérant la notion dans son rapport plus général à la langue, développe en plusieurs chapitres des axes qui ne sont pas proprement juridiques. Il s'agit plutôt de réintroduire la question sémantique du droit dans le cadre plus large d'une compréhension, plus ou moins précise, de cette notion rapportée au domaine de la loi. Pour le dire autrement : l'interrogation centrale de ces différents points pousse à retourner le problème d'une façon assez inhabituelle. Plutôt que de distinguer le juridique comme langue propre, nous abordons le sujet en *rabattant*, celui-ci comme un épiphénomène de l'usage classique de la langue. C'est dans cet ajustement de la langue que nous pensons trouver une approche originale du sujet. C'est par ce biais que nous envisageons de façon moins étriquée la notion de passé connu/inconnu. Il n'est pas certain que nous soyons encore à même de répondre définitivement au problème posé mais cette démarche répond d'abord à un besoin de clarification. Or, il y a des clarifications qui n'ont pas vertu à donner des solutions, mais à redéfinir l'objet même que l'on explore. Cette manière de faire n'est pas sans risque. Elle nous a néanmoins semblé stimulante et à même d'élargir le débat.

Sur la forme : ce mémoire prend des distances avec le sacro-saint dispositif en vigueur dans les études de droit classiques. Ce travail se structure autour d'une multitude de points, selon une progression qui suit moins la problématique stricte du droit que celle des difficultés rencontrées dans la définition même de l'objet soumis à l'étude. Les nombreux chapitres témoignent en fait de l'éclatement inhérent à l'approche de ce qu'est (ou serait) le passé connu/inconnu. Ainsi que nous

---

7 Quoiqu'il faille déjà signaler que cette référence au « passé connu » est essentiellement le fait des professionnels de l'assurance. C'est, assez bizarrement, une sorte d'idiosyncrasie de spécialistes, qui en feraient un usage *pro domo*.

l'avons suggéré dans le paragraphe précédent, la réfraction des questions dans des domaines divers amène à une certaine forme de décomposition du sujet. La construction de ce travail reflète donc cette progression paradoxale qui, pourrait-on dire, creuse la problématique plutôt qu'elle ne la comble.

## I- LE CADRE DE L'ASSURANCE

Pour aborder au mieux le sujet qui est au cœur de notre réflexion : la notion de passé inconnu en assurance, il est indispensable de rappeler le cadre même qui structure le rapport contractuel entre l'assureur et l'assuré. D'une manière quelque peu simplifiée, on pourrait considérer que ce rapport est défini par trois points :

a-sur le plan du contenu rédactionnel, on doit supposer une égalité au niveau de la connaissance des termes, des tenants et des aboutissants du contrat entre les deux parties, l'assureur et l'assuré

b-sur le plan des objectifs économiques, c'est le pari d'une absence potentielle de sinistre, ce par quoi chacun des deux contractants fait des économies : l'assureur n'a pas à indemniser, l'assuré ne perd rien, quand le sinistre induit des coûts que l'assurance ne pourra entièrement couvrir (sans parler, bien sûr, du préjudice moral ou affectif, lequel ne peut guère être quantifiable. L'argent ne fait pas tout : il ne remplace pas les choses...)

c-sur le plan des modalités effectives du contrat, celui-ci est fondé sur une incertitude de la sinistralité. L'assurance, dans son fonctionnement principal, suppose que le sinistre reste hypothétique, sans quoi on ne pourrait plus vraiment considérer qu'il y a égalité dans le rapport contractuel, puisque l'assureur serait *par nature* débiteur de l'assuré. Ajoutons que cette absence d'incertitude induirait que « l'objet » présente *sui generis* une caractéristique qui le soustrait au pari évoqué en b : celui de l'absence de sinistre. On ne peut guère imaginer quelqu'un qui accepterait, dans le principe même de son activité, d'être *ab ovo*, le créancier certain de celui qu'il protège.

Cette triple spécificité du fonctionnement de l'assurance, le législateur

(mais on pourrait aussi dire, d'une certaine façon, le théoricien de ce domaine) l'a synthétisée dans une expression définissant par là même l'objet du contrat, ce qu'on garantit, mais aussi l'espace dans lequel se projettent les termes dudit contrat. Encore faut-il aussitôt modérer la manière dont nous nous avançons sur ce terrain. Parler d'*espace* et de *projection* suppose que l'on se place dans un cadre spatial justement et tourné vers le futur. Or, nous l'avons annoncé dès la première ligne de notre exposé : l'assurance se construit, entre autres, en incluant la notion de passé inconnu. En d'autres termes, il s'agit de temporalité et c'est la rétrospection (du moins on peut le penser comme tel) qui est au cœur de la réflexion menée par celui qui, dans les années 30, Justin Godart a proposé cette définition.

Cette nuance a évidemment son importance. Néanmoins, il faut rappeler que la relation du temps à l'espace est plus complexe qu'on ne le conçoit habituellement. Sans passer par le détour de la science, en particulier tout ce que nous a apporté Einstein grâce à ses lois de la relativité faisant du temps une quatrième dimension, il suffit de rappeler que la porosité entre ces deux pôles se remarque dans l'usage courant de la langue : pour évoquer un événement inscrit dans le temps, nous disons que cet événement *a eu lieu*. Le héros de la *Recherche*, perdu dans ses réveils intempestifs qu'occasionne une chambre qu'il ne connaît pas, ou si mal, ne sait plus, pour un court moment qui il est. Le lieu détermine le temps, et la combinaison des deux précise l'identité. Pour savoir qui je suis, il faut que je sache où et quand je suis. Lieu et temps sont *de facto* indissociables et, dans le cadre de l'assurance, on détermine par principe que tout sinistre est localisé dans une chronologie centrée, à l'instant même de son irruption, dans le passé. Il n'est pas dans le fondement de sa réalité d'être anticipé, comme nous l'avons rappelé dans le c).

Si nous évoquons déjà le passé comme temps du dommage, c'est que l'assurance fonctionne de toute évidence dans la confrontation des

temporalités et que l'antériorité est un élément crucial du jugement contractuel. Nous y reviendrons mais pour l'heure, intéressons-nous au choix lexical de la profession.

## II-LE PASSÉ INCONNU. SINGULARITÉ LEXICOLOGIQUE

« Le passé inconnu ». La première remarque que l'on peut faire est la suivante : la spécificité de la notion, sa technicité, est déconnectée de toute recherche proprement lexicale. Elle n'est pas inscrite dans une production sémantique particulière et reprend la langue commune, certes d'une façon qui peut jeter le trouble, lequel trouble est la justification de la présente réflexion. La banalité des « mots de la tribu », pour reprendre Mallarmé. Nous sommes loin de la logique scientifique qui tend vers l'univocité du signe, qui recherche l'absence d'ambiguïté, afin que tout le monde comprenne bien *de quoi il s'agit*. Nonobstant l'arbitraire fondamental du signe, dont Saussure a défini le double encadrement : à la fois *coupure* de la chose et convention, les hommes ont cherché, dans des espaces intellectuels assez repérables, à compenser ce défaut<sup>8</sup> par des moyens simples, dont on donnera deux exemples. En médecine (et en général dans ce que certains définissent comme les sciences *exactes*), l'univocité est de mise, pour qu'à chaque pathologie il y ait une lecture immédiate. L'idéal est le suivant : un mot = une chose. Dans des domaines comme la philosophie ou la sociologie, on procède d'une autre manière. C'est le recours à l'étymologie ou au néologisme. Le mot est alors chargé d'un poids sémantique repérable, intégré à une pensée homogène qui amène dès lors à penser le langage de l'auteur comme une idiosyncrasie. En philosophie, cela se traduit par exemple par l'impossibilité même de la traduction. Lire Hegel en français, c'est d'abord lire un texte truffé de parenthèses où les mots originels, en allemand, signifient l'échec d'une

---

8 Nous entendons par défaut non pas une anomalie maligne, une contre-*façon*, mais un manque. Il y a dans le mot une sécurité qui fait défaut, qui manque. Ce manque n'est pas en soi une tare. Si d'un point de vue scientifique, certains le déplorent, parce que source d'incompréhension, il est utile de rappeler que cette faille est l'indispensable de tout acte poétique, de travail sur la langue, en dehors de son pur usage. Et l'acte poétique est à l'œuvre en chacun de nous, dans le quotidien même, quand nous usons d'images, classiques ou originales, de figures de style, sans même le savoir, comme monsieur Jourdain faisait de la prose. À cela s'ajoute le fait que la langue, outre sa fonction médiatrice, est aussi le lieu d'une parole qui peut toujours excéder ce que le locuteur a voulu dire. Tout le travail mené par Freud et ses suivants en témoigne.

transposition. La langue est tout à coup fixée par l'esprit de celui qui l'utilise, qui en fait un usage spécifique, comme s'il avait « un dictionnaire tout à (soi) » (Montaigne)<sup>9</sup>. Autre exemple efficace : le choix de Pierre Bourdieu d'associer sa pensée sociologique à travers des repères sémantiques spécifiques comme l'*hystérésis* ou l'*habitus*<sup>10</sup>. La démarche heuristique appelle donc un travail de clarification certes imparfait mais de principe. Or, on peut remarquer que ce n'est pas vraiment le cas pour le sujet qui nous occupe. Ainsi, la réflexion au niveau de la construction du sens est-elle un préalable.

Mais ce choix n'a pas été fait pour l'objet qui nous concerne. Il s'agit donc de partir d'une *matière commune*, à laquelle doit s'appliquer un questionnement pouvant éclairer ce parti pris.

---

9 Ce problème est tellement prégnant qu'un *Vocabulaire européen des philosophies. Dictionnaire des intraduisibles.*, sous la direction de Barbara Cassin, a été édité en 2007 pour que chacun puisse s'y retrouver. Nouveau paradoxe, disons-le au passage : la spécification devient aussi problématique que l'usage commun de la langue.

10 Quoique pour ce second cas, le plus célèbre, il fasse un détour par le vocabulaire de Norbert Elias.



### III- CONNU/INCONNU. INCIDENCES MORPHOLOGIQUES

On peut d'abord considérer, en reprenant les principes structuralistes élémentaires<sup>11</sup>, que le terme choisi s'intègre dans un système combinatoire, puisque les deux termes requis pour cette notion se définissent clairement par opposition. Si l'on prend le mot *passé*, son sémantisme se conçoit dans une double différenciation d'avec le présent et le futur. La flèche du temps, la répartition chronologie des faits induisent que le premier n'existe pas sans les deux autres, c'est sans leur exclusion. Pour l'adjectif *inconnu*, la distinction est tout aussi claire. Le préfixe privatif *in* est la marque d'une construction binaire classique : *connu/inconnu*, tellement classique d'ailleurs que nul ne peut penser l'un sans l'autre. C'est là un des effets subtils de la langue. Le signifié (pour reprendre le vocabulaire de Saussure) s'élabore avec des signifiants, lesquels sont toujours choisis selon un principe présence/absence qui fait que le sens existe par ce qui est dit tout autant que par ce qui n'est pas dit<sup>12</sup>.

Il faut néanmoins remarquer que la distribution binaire de l'adjectif recèle un certain déséquilibre structurel, de type morphologique, si l'on veut bien considérer les questions de dérivation. *Connu* est, en effet, soumis à une double identification grammaticale. Il est d'abord le participe passé du verbe connaître. Il s'intègre dans une catégorisation verbale, laquelle peut être définie comme *active*. En simplifiant nous dirons que le verbe porte l'action et donne des informations sur le sujet. Il est prédicatif, pour reprendre la nomenclature aristotélicienne. Un exemple simple : *J'ai connu Paul*. Le syntagme verbal donne des informations sur le

---

11 Tels qu'on les trouve en linguistique chez des auteurs comme Saussure, Benvéniste ou Jakobson, mais qui opère aussi dans d'autres domaines, à commencer par l'ethnologie pensée par un Lévi-Strauss.

12 Un exemple simple. Quand Chimène dit à Rodrigue, dans *Le Cid*, « va, je ne te hais point », on comprend qu'elle l'aime. Pour simplifier : haïr + négation = amour. Il y a toujours un texte sous le texte, des *mots sous les mots*, pour reprendre le titre du livre que Jean Starobinski a consacré aux anagrammes de Saussure.

sujet. Mais, dans le cas du *passé inconnu*, il faut souligner que nous ne sommes plus dans le cadre verbal mais dans une utilisation, assez répandue, de la forme verbale initiale sous une forme adjectivale. Cette variation catégorique n'est pas sans conséquence puisqu'il s'agit d'un passage de l'actif au passif : ce n'est plus une action mais un état. Cela induit, d'un point de vue sémantique, que l'objet évoqué obéisse à une certaine stabilité factuelle. Nous ne sommes plus dans *ce qui se passe* mais dans *ce qui est*, ou pour le dire en jouant sur les mots dans *ce qui est passé*<sup>13</sup>.

Or, cette distinction ne fonctionne pour le deuxième terme de notre paire. *Inconnu* n'est qu'une forme adjectivale pour laquelle il n'existe pas de correspondant verbal. Il n'existe pas de verbe « inconnaitre ». Rien n'interdisait pourtant que, dans le mode de développement de la langue, il n'apparaisse, d'un point morphologique. L'histoire en a décidé autrement. La question n'est pas de le regretter, mais de constater que, dès lors, connaître n'a pas de contraire, sinon dans une fonction négative (« ne pas connaître ») qui ne recouvre pas exactement la même sémantique : peut-on mettre un signe égal entre « ne pas connaître » et « ignorer » ? Ce seul exemple, choisi évidemment à dessein, met l'accent sur l'ambiguïté qui existe, par principe, dans la constitution du langage. Les équivalents, ce qu'on n'appelle les synonymes, sont des approximations. Les dictionnaires de synonymes fonctionnent pour autant qu'on neutralise a minima le contexte dans lequel les mots sont en usage.

Si *inconnu* n'est pas, dans son articulation morphologique, le strict pendant de *connu*, c'est évident parce qu'il a été composé à partir de lui. Inconnu arrive, dans la hiérarchie des significations assignées, en second. Simple problème chronologique. Avançons l'idée suivante. Le *connu* est d'abord ce qui pose les limites, plus ou moins étendues, plus ou moins

---

13 C'est ce qui explique, en partie, l'opposition entre le participe présent et le participe passé, selon une distribution aspectuelle distinguant l'accompli et l'inaccompli.

extensibles, d'un savoir positif, c'est-à-dire d'un savoir fondé sur l'accumulation, le dénombrable, le repérable, le quantifiable, voire le factuel. *Le connu est*. À l'inverse, l'inconnu se définit par soustraction. Il est tout ce que n'est pas le connu. Il est un espace sans mesure, sans profondeur. Pour prendre une comparaison plus frappante, le connu est un lieu quand l'inconnu est un espace. Si l'on ramène cette considération à l'expression *passé inconnu*, on pourrait dire que la singularité de la notion, dans sa forme même, répond à l'indistinction qui en justifie l'emploi. Il est simplement troublant d'en trouver l'usage dans un cadre juridique.

Mais ce n'est pas la seule curiosité de la formule. Il n'aura pas échappé au lecteur que le paragraphe précédent prenait, au niveau de la morphologie (et donc du lexique), des libertés qui, disons-le, tenaient plus d'un souci de style que d'une réorientation de l'analyse. Si nous parlions de la forme adjectivale, nous n'en avons pas moins employé une forme nominale inédite : le connu/l'inconnu. Abus de langage et facilité. Néanmoins, l'affaire nous arrête. Le passage au nom de l'adjectif ouvre sur une nouvelle définition. Le *connu*, comme l'*inconnu*, ouvre sur un cadre élargi. Il n'est plus la détermination circonstancielle d'une chose, sa spécification circonscrite *hic et nunc*, mais la naturalisation foncière d'une réalité. On comprendra aisément la différence entre : *je regardais ce chemin inconnu* et *l'inconnu était devant moi*. La gradation est sensible et si dans la première phrase, on peut imaginer que bientôt le chemin me sera connu, il est fort probable que l'inconnu de la seconde phrase me reste en partie incommensurable.

Dès lors, on peut s'interroger sur le choix fait par le législateur. Pourquoi « le passé inconnu » et non pas « l'inconnu » ? C'est-à-dire une formule plus large, car, dans ce cadre précis, l'inconnu a-t-il d'autres moyens que de se trouver dans le passé ? Cette formulation n'est éventuellement pas un usage restrictif, mais elle signale de manière indubitable que la problématique du risque ou du sinistre existe selon un

principe chronologique tenu comme élément axiologique. Le lieu existe en temps et en lieu. Il n'y a jamais de quoi sans qu'il y ait un quand. Peut-être même est-ce qui prime.

Nous reviendrons ultérieurement sur cette problématique de la temporalité mais nous n'en avons pas totalement fini avec notre questionnement sur « l'inconnu » et si, jusqu'alors, nous ne nous sommes intéressée qu'à la composante lexicale interne de la paire connu/inconnu, il faut aussi réfléchir à sa composante externe. Qu'est-ce à dire ? Une chose simple : selon le principe structuraliste retenu, tout énoncé opère par choix exclusif (comprenons : par exclusion). Dans la distribution des éléments du discours, ce qui apparaît résulte aussi de ce qui est occulté. Dire, c'est privilégier des constituants au détriment d'autres. Pour prendre un exemple récent, la polémique autour de la dénomination « Les Républicains » était de cette nature<sup>14</sup>. Ceux qui la revendiquaient supposaient-ils qu'il y ait des Non-Républicains, ou même que les autres partis soient constitués par un agrégat de Non-Républicains. De même pourquoi *Les Républicains* et pas *Les Démocrates* ? Cette dernière alternative souligne que l'organisation lexicale n'est pas réductible à des paires morphologiques (connu/inconnu) mais qu'elle comprend aussi des oppositions autres, qui ne sont d'ailleurs pas forcément compréhensibles si l'on ne maîtrise pas un tant soit peu le cadre où elles opèrent<sup>15</sup>.

---

14 Cet exemple est choisi non pour son caractère polémique (polémique à laquelle nous ne prenons pas part) mais parce qu'il est récent et efficace pour notre démonstration.

15 Pour prendre un autre exemple, dans le domaine politique, il suffit de penser aux valeurs (et donc aux oppositions) divergentes associées à un adjectif comme « libéral ».

## IV-CONNAÎTRE ET SAVOIR

Pour l'heure, considérons *connu* pour rappeler rapidement les formes morphologiques qui lui sont associées aussitôt : connaître, le verbe, la connaissance, le substantif. Ce dernier mot n'est pas sans intérêt, parce que si l'on constitue un champ lexical à partir de lui, il est inéluctable que le substantif *savoir* viendra très vite. Connaissance/savoir. Et l'on pourrait écrire aussi connaître/savoir, et par conséquent connu/su. Proximité évidente, mais qui ne recouvre pas les mêmes acceptions. Et c'est sur ce point qu'il faut s'interroger.

L'usage des verbes savoir et connaître pose certes problème, tant ils sont interchangeables, laissant un flou entre les deux notions. De même, et peut-être de manière plus lourdement significative, pour les deux substantifs : le savoir, notamment sous les effets d'un pédagogisme outrancier, s'est métamorphosé en savoirs. Le pluriel a pu alors coller idéalement avec les connaissances. Mais c'est passer par pertes et profits une distinction qui n'est pas mince. Le savoir subsume les connaissances, parce qu'il procède d'une conception logique et articulée permettant l'appréhension et la compréhension du monde. Il englobe à la fois une pratique et une réflexion touchant l'objet soumis à l'étude. Pour prendre la mesure de cette dimension heuristique qui lui est attaché, il suffit de rappeler cette erreur étymologique que l'on trouve dans les textes français, jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle (Le *Dictionnaire* de l'Académie rectifie l'erreur en 1740). Savoir, issu de *sapere*, s'écrit alors *sçavoir*, par contamination de *scire*, lequel verbe est la racine du mot science. Cette confusion marque toute la distance qui sépare le savoir des connaissances. Le *su* n'est pas le *connu*. À l'articulation complexe, abstraite et englobante du premier répond la dimension plus simple, concrète, et limitée du second. Le *su* induit apprentissage, expérimentation et vérification quand le second laisse la place aux tâtonnements et à

l'intuition. On en sait sur le monde et les mondes, avec une dimension instrumentale sous-jacente, quand on connaît les hommes, pourrait-on dire.

De fait, le connu s'impose naturellement sur le su. Le passé su ? On sent comme une gêne intellectuelle. Qui plus est, l'adjectif n'a pas d'inverse morphologie. Insu n'existe pas. Ou plutôt si, mais dans une forme idiomatique, figée, à *l'insu de* / à *(son) insu*, avec une connotation tellement négative que le néologisme ne pouvait guère convenir. Certes. Néanmoins, cette restriction technique ne suffit pas pour suspendre l'interrogation. Pourquoi ? D'abord parce que *l'in-su* est une contradiction dans les termes puisque on ne peut supposer manquante et en même temps présente une analyse globale et cohérente d'un phénomène quelconque. Surtout : le passé su induirait qu'au-delà des formes aléatoires que prennent les faits il est possible de dégager des principes historiques reproductibles, transposables. C'est le grand mythe de la *magistra historia*, par quoi le passé éclaire le présent et le futur, devient un modèle grâce auquel l'homme a les moyens de calquer les structures pour mieux être dans le présent. On comprend aisément qu'une telle posture donne à lire le présent et surtout le futur comme une forme de certitude. À ce titre, et pour maintenir l'aléa inhérent à la relation contractuelle entre l'assureur et l'assuré, le verbe savoir et sa déclinaison ne convenait pas. Parce que si la connaissance, conçue comme moyen en partie empirique d'évoluer dans le monde (pour évoluer soi-même), laisse la porte ouverte à une égalité entre les contractants, le savoir, lui, recèle *de facto* un indice d'inégalité qu'il ne sied pas de laisser paraître. Le passé inconnu est circonscrit à une expérience unique qui est au cœur du contrat, et définit la relation comme de bonne foi, puisque la connaissance est toujours relative et colle en quelque sorte à un objet particulier. Le passé *non su* n'exclut pas qu'il y avait moyen de le savoir, de le connaître (pour faire un abus de langage). Or, la formule doit justement annuler ou,

pour le moins, neutraliser cette implicite. Il s'agit de donner le change et pour ce faire la connaissance est un paramètre moins chargé idéologiquement que le savoir. Sur le plan même de la sociologie, et pour reprendre une axiologie bourdieusienne, l'héritage est moins lourd pour la première que pour le second. Et surtout, le savoir, comme machine d'investigation plus sophistiquée, est très vite identifié au pouvoir et à la partie la plus établie, la plus *forte* de la relation contractuelle.

C'est donc à dessein que l'*inconnu* prend le pas sur le *non-su*. Reste que nous aurons à revenir sur cette apparente égalité des parties devant la connaissance, parce que justement, et paradoxalement même, une part de l'évaluation du risque relève non d'une pratique savante<sup>16</sup>, mais d'une logique projective, où la détermination des risques potentiels peut être un moyen pour l'assureur de prendre ses précautions et de décliner une demande de contrat.

Nous y reviendrons. Pour l'heure, il faut examiner à un niveau supérieur la notion qui n'est pas, rappelons-le, réductible à un mot mais prend son sens par la conjonction de deux éléments.

---

16 Ce n'est pas, en effet, parce qu'on affuble tel ou tel domaine du nom de science qu'il en est un. Les sciences économiques en sont la plus belle preuve. Les formalisations les plus subtiles, notamment pour justifier le fonctionnement idéal du modèle libéral pur, ou les conjectures grossières de formules mathématiques obscures n'empêchent pas que la réalité ne se soumet guère à ce genre d'élucubrations. On en veut pour preuve le fait que les experts économiques, fort de leurs théories, finissent toujours, comme point de Godwin, par nous parler de la psychologie des marchés et de la crise de confiance des investisseurs.

## V-LE PASSÉ INCONNU -L'ASPECT TEMPOREL

Cette considération temporelle est marquée par l'expression elle-même : le passé inconnu, et c'est pourquoi, de même que nous avons confronté les deux formes adjectivales, dans une approche structurale, il est utile d'aborder celle-ci dans sa globalité, et plus particulièrement du côté de sa composante nominale. Plus que sur l'inconnu ici (quoique...), la réflexion porte sur la place particulière du passé, ou, pour être plus exact : sur la combinatoire qui la rend efficiente.

Si l'on veut appliquer cette détermination par position à notre sujet, c'est-à-dire replier les deux séries d'opposition en les combinant, on aboutit au tableau suivant :

PASSÉ INCONNU	PASSÉ CONNU
PRÉSENT INCONNU	PRÉSENT CONNU
FUTUR INCONNU	FUTUR CONNU

Il s'agit d'une projection de principe, une application sans plus de commentaires des possibilités de la langue. On pourrait dire que cet exercice est purement théorique, quasiment abstrait. Mais ce n'est qu'une apparence. Dans cette structure tri-binômiale, il est clair que certaines propositions posent problème : elles semblent ou indéterminées, ou inopérantes. Commençons par le futur : peut-il être connu ? Apparemment pas. Son propre est justement de ne pas exister, d'être une perspective<sup>17</sup>, une prospective, un potentiel du monde. Certains contesteront cette approche : les intuitifs en invoquant les songes prémonitoires et l'art divinatoire ; les autres en arguant que l'homme s'est approprié des moyens intellectuels d'appréhender les temps à venir. Pour les songes, répondons qu'il relève de la croyance et de la littérature. Pour

---

17 Mais on sait, depuis Brunelleschi, que toute perspective est fautive et que la construction mathématique de l'espace pictural depuis la Renaissance est un leurre, ce que Panofsky définissait avec justesse comme une « forme symbolique ». Autre moyen de dire qu'elle était idéologique.



les recours intellectuels, nul ne contestera que l'homme est capable de prévoir la prochaine éclipse du soleil et le coefficient des marées. Quant à ce qui le concerne directement, en matière d'économie et de politique notamment, la faillite perpétuelle des experts pousse vers le scepticisme.

Le présent. Vaste problème. Comment le déterminer ? Connu ou inconnu. Les deux adjectifs pourtant exclusifs l'un de l'autre ne conviennent pas. Le présent est le vécu, ou si l'on veut être plus précis : c'est le *entraîn-d'être-vécu*. Il n'est évidemment pas inconnu puisqu'il nous intègre dans sa réalité évanescence. Il est fuyant. À la fois existant et en même temps insaisissable. Il ne peut pas être connu qu'il ne soit déjà passé. Le penser, c'est déjà le figer comme la femme de Loth se retournant vers ce qu'elle abandonne. C'est un travail en cours, d'une certaine manière. Il n'est pas le connaissable mais ce qui prépare à connaître. Les deux adjectifs sont inopérants. Le présent n'est qu'une modalité de l'opération même de la pensée<sup>18</sup>.

Reste le passé, ce qui, dans le fond, nous intéresse le plus. Et l'on pourrait, dans un premier élan, se satisfaire d'une troisième solution, décalée des deux premières. Si le futur n'est qu'inconnu, le présent ni connu ni inconnu, envisageons que le passé soit, selon les situations, et connu et inconnu. On pourrait effectivement se satisfaire d'une telle potentialité, en supposant que le passé existe, indépendamment de la connaissance que j'en ai. Dès lors que j'ai les moyens de l'appréhender, il m'est connu comme somme des éléments qui le constituent, aussi partiels soient-ils, permettant d'établir un continuum, ou pour le moins un ensemble suffisamment homogène pour être compréhensible, voire analysable. On pourrait même dire que le propre du passé est d'être

---

18 Ce qui se transforme dans une pensée comme celle de saint Augustin en une considération singulière : il n'y a que du présent de présent, du présent de passé et du présent de futur. Tout autant qu'il n'est pas, il est la condition de la mesure de toute chose. Plus qu'une réalité, il est la puissance effective de la réalité pensée comme telle.

connu, dans le sens où le passé est indiciel, quasi archéologique<sup>19</sup>. Il existe pour autant qu'on en a des traces. C'est à partir de cette observation que l'on peut revenir sur la notion même de *passé inconnu*. Il semble, dans le fond, indispensable que le passé n'existe que dans la mesure où on en a une certaine connaissance. Il est l'accompli<sup>20</sup>, et par la même occasion, le circonscrit. En tant que réalité factuelle, la véridicité du passé suppose que celui-ci existe, c'est-à-dire soit soumis à la logique de la preuve. Pour dire les choses autrement : ce que j'ignore peut-il être marqué du sceau de l'antériorité ? Existe-t-il vraiment ? Il ne s'agit pas de prendre là une posture idéaliste, à la Berkeley, pour affirmer que, hors de ma propre conscience, rien n'a de réalité, mais de prendre la mesure de cette étrangeté : puis-je poser comme fait ma propre ignorance ?

Objection possible : X, que je connais depuis peu, a bien un passé qui m'est inconnu. Dès lors, l'affaire est résolue et la question du passé inconnu tombe d'elle-même. Mais c'est, de cette manière, s'arranger du contexte. X, que je connais depuis peu, a effectivement un passé et ce passé, comme tel, je sais qu'il m'est inconnu (en totalité ou en partie, peu importe), parce que je sais que tout homme existe dans la durée et que je puis, de par ma propre expérience, savoir ce qu'il en est. En d'autres termes, l'*inconnissance* du passé de X n'est pas une question circonstancielle, une hypothèse sur laquelle je parie : elle est une donnée quasi ontologique de la relation. Elle ne peut pas faire l'objet d'un contrat.

Si nous revenons à l'usage du passé inconnu en matière d'assurance, nous comprenons mieux l'ambiguïté de la formule puisque cette définition détermine la logique même du contrat. Ce qui prévaut dans l'ordre

---

19 Ce n'est pas un hasard si la transformation des modes d'historicité, vers les XVII-XVIIIe siècle, quand le passé n'était plus une simple *historia magistra* mais s'articulait avec un présent réévalué, coïncide avec le développement de l'archéologie et de toute une interrogation sur les ruines. On lira avec intérêt le livre de François Hartog, *Les régimes d'historicité*.

20 La valeur aspectuelle des temps verbaux en atteste.

courant du monde, soit : la valeur inopérante du passé inconnu dans la construction de la pensée, devient caduque. Deux tableaux sont alors envisageables. Le premier, pour l'ordre du commun, simplifie au maximum le tableau initial

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxx	Passé connu
Indétermination du	présent
Futur connu	xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxx

Le second recompose les termes effectifs dans le cadre de l'assurance :

Passé inconnu	Passé connu
Indétermination du	présent
Futur inconnu	xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxx

Cette simple variation n'est pas sans conséquence. Sans même entrer encore dans l'analyse du paradoxe de la formule, elle permet de rendre compte du travail de l'idéologie à travers le travail sémantique.

## VI-UNE CONSTRUCTION IDÉOLOGIQUE

La langue n'est jamais neutre et c'est un leurre que de prétendre qu'elle n'est pas un instrument de pouvoir et de représentation<sup>21</sup>. Le singularisme du passé inconnu en matière d'assurance, lequel doit être compris comme un en-soi et on a envie de l'écrire ainsi *passé-inconnu*, le nom et l'adjectif s'agrégeant pour former une notion en propre, ce singularisme montre que l'utilisation de la langue, jusque dans ses mots les plus simples, ouvre vers un horizon inattendu et une redéfinition même des termes, et donc des actions, qui lui sont associés. Puisqu'elle dévie du sens commun, l'expression que nous étudions, dans le choix qui en a été fait, recèle une vérité particulière au service de ceux qui la promeuvent. L'affaire n'est pas nouvelle. C'est même le propre des sociétés où la spécialisation devient le moteur de l'efficacité que de produire des normes non seulement techniques ou procédurales mais aussi linguistiques, lesquelles normes ont un double but inégalement revendiqué : le premier est d'asseoir la compétence de qui en use par un effet d'autorité ; le second est de placer ceux qui ne maîtrisent pas le code, les *profanes*, dans une situation de faiblesse, réelle ou intériorisée. Le *passé-inconnu*, dans le décalage même d'une acception inconcevable pour le commun, ouvre sur d'autres perspectives incluant peut-être moins une clarification qu'une opacité du sens par quoi l'ambiguïté devient un élément d'évaluation du rapport entre les deux contractants, au bénéfice de l'un, évidemment.

Si le *passé-inconnu* ne va pas de soi, pose un problème de logique, il faut donc en conclure qu'il est construit selon le schéma d'une figure de style, un trope, pour parler comme Fontanier. Or, cet aspect n'est pas indifférent à la nature même de ce qui est en jeu. La rhétorique, puisque

---

21 Ce constat est au cœur de la socio-linguistique mais aussi de l'anthropologie et de la philosophie. Une abondante littérature en atteste. Si l'on veut l'aborder avec sérieux mais d'une manière un peu rapide, on lira, par exemple, *LQR* d'Éric Hazan ou *La « gouvernance »* d'Alain Déneault. Pour des ouvrages plus conséquents, on trouvera matière dans *Ce que parler veut dire* de Pierre Bourdieu ou dans le *LTI* de Viktor Klemperer.

c'est d'elle qu'il s'agit, est indissociable d'une réflexion très ancienne sur le langage. Platon s'y intéresse et Aristote en fait un des axes de sa construction philosophique. C'est même le titre d'un de ces ouvrages les plus célèbres. Il faut s'y arrêter un instant pour mieux en cerner l'objet. Il s'agit pour le philosophe grec de s'interroger sur le langage, sur son usage et de «discerner dans chaque cas ce qui est potentiellement persuasif». Voilà qui ne manque pas d'interpeller. Il n'est pas question de la seule ornementation du langage mais d'examiner les éléments constitutifs d'un discours à des fins de persuasion. En clair : la téléologie rhétorique renvoie à une transformation du locuteur<sup>22</sup>, par le discours<sup>23</sup>. De ce point de vue, la rhétorique est une poétique, c'est-à-dire une introduction au « mécanisme des jonctions dans une infinité potentielle »<sup>24</sup>.

Cette potentialité du code n'est jamais neutre. L'ornementation, nous venons le rappeler, n'est pas un leurre ou un habillage mais du sens. L'analyse architecturale et esthétique l'a compris depuis fort longtemps et les penseurs des arts, depuis Winckelmann au moins, au-delà des questions de goût, s'intéressent aux formes comme langage, voire langues<sup>25</sup>. C'est à ce titre qu'il faut, en quelque sorte, replier la rhétorique sur l'idéologie et suivre l'analyse très claire de Clifford Geertz et dont s'inspire Paul Ricœur dans *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Que dit le premier ?

« Sans idée de la manière dont la métaphore, l'analogie, l'ironie, l'ambiguïté, le jeu de mots, le paradoxe, l'hyperbole, le rythme et tous les autres éléments de ce que nous appelons improprement le « style » fonctionnent [...] dans la projection des attitudes personnelles sous leur forme publique, nous ne pouvons analyser l'importance des

---

22 On ne s'étonnera donc pas qu'outre l'étude des tropes eux-mêmes il soit question de psychologie. Pas de langage sans travail d'impression sur l'autre.

23 Ce qui n'étonne qu'à moitié, puisque, selon l'étymologie latine, le discours est *dis-cursus*, une course qui prend un détour, qui ne suit pas la ligne droite. Le langage est le monde des chemins de traverses et des contournements, des chemins tortueux et des déviations. On en trouve la trace dans des mots comme circonlocutions ou périphrases, évidemment. On le voit plus discrètement dans la métaphore, quand le grec indique ainsi le déplacement.

24 Julia Kristeva, *Semeiotekè. Recherches pour une sémanalyse*, Seuil, 1969, p.119

25 On pense à tout le travail mené au début du XXe siècle par un Élie Faure, par exemple.

assertions idéologiques »<sup>26</sup>.

Le propos de Geertz pose clairement le problème d'une logique articulant langage et représentation orientée du monde par celui qui en use. C'est pourquoi Paul Ricœur peut ainsi commenter sa référence au penseur américain :

Une corrélation remarquable s'établit à ce niveau fondamental entre synthèse symbolique et systèmes sémiotiques, certains relevant franchement d'une rhétorique des tropes. Prise à ce niveau de profondeur l'analyse du phénomène idéologique s'inscrit dans l'orbite d'une « sémiotique de la culture ».<sup>27</sup>

On ne peut donc pas prendre l'expression *passé-inconnu* pour une simple formule aléatoire mais comme un choix relevant d'une formalisation intellectuelle dont les implications ne sont peut-être pas (c'est même sûr) si claires.

Si l'on s'en tient à notre premier commentaire sur le caractère paradoxal de cette notion, de la fiction antithétique qu'elle projette, puisque le passé ne peut exister que comme consistance, comme matière, il faut ainsi proposer que nous trouvons devant un oxymore, c'est-à-dire dans ce que la rhétorique classe dans la catégorie des alliances de mots. Et cette alliance est plus précisément celle de deux termes que la logique exclut. L'exemple canonique, si l'on reprend par exemple le *Ad Parnassum* de Dupriez, est le vers cornélien que l'on trouve dans *Le Cid* (V,3) : « cette obscure clarté qui tombe des étoiles ». Ce détour par la littérature, avec un cas très *parlant*, n'est pas fortuit. Il indique nettement que l'oxymore est une figure du saisissement, composée pour frapper. C'est un procédé particulièrement efficace dans le domaine oratoire (on pense évidemment aux sermons et aux oraisons de Bossuet). Pour le dire autrement : l'oxymore n'est pas là pour la discrétion. Son utilité, sa justification vont même dans le sens inverse. Et l'on peut alors s'interroger sur ce recours à

---

26 Clifford Geertz, *The Interpretation of Cultures*, 1973, p.209, cité par Paul Ricœur, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, 2005, Seuil-Essais, p. 100.

27 Paul Ricœur, op. cit., p. 100.

une formule quelque peu *intempestive*, alors que la domaine, l'assurance, tient plutôt à la discrétion.

On peut, de fait, s'interroger sur cet usage et ne pas se contenter d'une classification stricte, en tenant compte du fait que tout travail rhétorique et l'analyse qui en découle ne prennent sens que dans un cadre spécifique qui est, pour simplifier, celui du texte. Si la détermination d'une figure, ou de tout autre fait de style, renvoie assurément à une nomenclature et à une appréciation générale<sup>28</sup>, le sens s'élabore en contexte. La contextualisation est l'essence même d'une herméneutique qui ne tourne pas à la réification des moyens et donc à la nullité des fins. Dans cette perspective, proposons d'appréhender cet oxymore non comme figure de rupture, avec une valeur impressive, mais comme une figure d'atténuation, quoique cette expression ne recouvre pas vraiment ce que nous voulons développer ici, parce qu'on pense immédiatement à des formes comme l'euphémisme ou la litote. Or, ce n'est pas exactement de quoi il retourne. Précisons donc notre pensée.

La reprise du passé inconnu a été conçue pour pallier au critère jugé abusif « réclamation de la victime ». C'est en somme un progrès du côté de l'assuré, et l'on peut avancer que l'inclusion, dans le cadre d'un contrat, d'une indemnisation possible de l'inconnu est capable d'apaiser l'esprit de celui qui souscrit une assurance. La formule est à ce titre bien choisie tant elle semble donner des gages à l'assuré. Mais c'est aussi un leurre, parce qu'il semble poser un déséquilibre entre l'assureur et l'assuré, en défaveur du premier, ce qui induirait une logique qui laisse quelque peu sceptique, à savoir : le privilège de l'individu (ou de l'entreprise) face à la structure. Cette réalité n'est guère envisageable en l'espèce. Certes, on invoquera la victoire de tel ou tel, solitaire, face à un

---

28 Nomenclature et appréciation (au sens de « donner un prix », une évaluation) permettent, par exemple, de donner une définition de la métaphore. Mais, pour citer à nouveau Paul Ricœur, seul le texte donne la puissance de la « métaphore vive ».

mastodonte industriel : c'est le syndrome Erin Brokovich qui, comme toute épopée exemplaire, vaut d'abord par sa valeur d'exception. Si l'on ne veut pas tomber dans cet angélisme, force est de reconnaître que cette notion, aussi engageante soit-elle, détourne peut-être, par son impression vive, d'un objet dissimulé qui forme l'essentiel.

En posant un possible passé inconnu, on annule *de facto* le passé comme espace circonscrit sur lequel je puis poser un « régime d'historicité », pour reprendre l'expression de François Hartog. Le passé n'est plus une antériorité stricte, une césure radicale d'avec le présent. Il devient, en apparence, une réalité potentielle du présent, lequel présent se transforme en un perpétuel mouvement. En d'autres termes, le *passé inconnu*, comme notion, a une incidence sur le présent, en ce qu'il le soumet à une incessante incertitude. C'est la réactualisation non seulement du temps mais aussi de l'écrit. Le présent du texte contractuel n'est jamais clos. Il est comme frappé par le futur, sous la forme d'une échéance hypothétique pendant laquelle court la validité du texte.

C'est à ce titre qu'apparaît une ambiguïté : la singularité du passé inconnu prend en fait son sens dans le cadre spécifique d'un texte posant le futur à la fois circonscrit (le temps du contrat) et espéré comme nul dans l'effectivité du discours qui le sous-tend, puisque l'attente des deux parties est justement que rien ne se passe. Dès lors, même si elle fait loi, la prise en compte du passé inconnu joue d'abord comme un effet d'annonce, un postulat dont la réalité est insondable. C'est une sorte de pari, par quoi l'assuré peut s'estimer gagnant. Et cela d'autant plus qu'on suppose le passé inconnu comme un ordre dont les deux parties sont, d'égale façon, éloignée.

Par un effet de subterfuge rhétorique, on induit une équidistance des deux contractants face à la possibilité de sinistre. Or, est-il possible de considérer que, face à ce passé inconnu, il en soit effectivement ainsi ?



## VI-L'APORIE DU RAPPORT ÉGALITAIRE

Nous l'avons dit : le *passé-inconnu*<sup>29</sup>, bien qu'il ait été proposé pour donner une facture rassurante au rapport contractuel n'est pas une notion qui rompt totalement avec le déséquilibre pratique que l'on repère dans les rapports entre assureur et assuré. Il serait très abusif d'y voir une fausse bonne nouvelle mais la simplicité apparente de l'énoncé<sup>30</sup> ne doit pas leurrer celui qui s'y confronte.

Pour donner un nouvel axe à notre réflexion, il faut désormais intégrer l'expression dans le cadre plus large qui est celui du contrat dans lequel il apparaît. Le but, ici, n'est pas de discuter, sur le plan du droit strict, les implications de l'expression, mais d'envisager modestement cette réalité sous l'angle textologique. Il est en effet possible de considérer le contrat comme un texte, un « entre-deux » unissant les contractants, l'assureur et l'assuré.

Ce n'est bien sûr pas un texte littéraire. Il n'a pas vocation de « raconter des histoires ». Son domaine n'est pas l'imaginaire ; il n'est pas une échappatoire au réel ou, à l'inverse, sa transposition critique. Néanmoins, il est intéressant de vouloir, dans des limites raisonnées, de lui appliquer un certain nombre de concepts tirés des études littéraires, et notamment lorsqu'il s'agit de l'esthétique de la réception, ainsi que l'a défini l'École de Constance, et Jauss<sup>31</sup> en particulier, lorsqu'il s'agit aussi

---

29 Nous réutilisons ici les italiques et le trait d'union pour bien rappeler qu'il s'agit d'une notion, d'un en-soi conceptuel qui n'aurait pas de valeur effective dans un autre domaine. C'est une manière un peu simpliste de marquer la spécialisation d'un terme composé de termes communs. Nous n'en avons pour l'heure pas de plus efficace.

30 Jusque dans le choix des mots. Nous l'avons écrit d'emblée : pas de jargon, des mots simples, connus de tous. Soit. Mais ce que tend à montrer notre réflexion, c'est justement que la banalité des mots n'est rien *hors contexte*. La spécialisation du lexique peut sembler rébarbative au profane. Reste qu'il est plus profitable à sur le long terme qu'un mot ait une définition, et une seule, plutôt qu'une multitude d'acceptions, pire encore : qu'il soit *vague*.

31 René Jauss, *Pour une esthétique de la réception*, 1978 ; Umberto Eco, *Interprétation et*

de s'occuper de l'interprétation et de ses limites, comme nous y invite Umberto Eco.

Rappelons tout d'abord qu'un texte littéraire est une production, fruit de l'esprit et du travail d'un auteur<sup>32</sup>, lu par un lecteur. En clair, selon le schéma classique de la communication de Shannon, et transposé à l'écrit, c'est un message produit par un destinataire à l'intention d'un destinataire. Cette simplicité unidirectionnelle est évidemment un leurre. Si l'on s'en tenait au strict cadre de la communication, on sait que l'analyse de Shannon est elle-même améliorée et donc démentie par l'introduction du feedback, tel que le définit Weaver, c'est-à-dire un principe de rétroaction qui induit que le « déroulement » du message prend en compte, au fur et à mesure qu'il se déploie, la réaction du récepteur. Il y a donc une modulation étalée dans le temps qui réoriente, dans une certaine mesure, le message.

C'est *mutatis mutandis*, et sans restreindre ces recherches à ce seul aspect, ce que transpose Jauss quand il envisage le texte littéraire. Celui-ci anticipe la réaction du lecteur, intègre dans sa composition un *horizon d'attente*. En clair, cela signifie que l'écrivain ne s'en tient pas à sa seule inspiration pour créer une œuvre originale mais qu'il intègre un certain nombre d'éléments dont il sait qu'ils servent à orienter le lecteur, à le familiariser avec l'intrigue et l'univers proposés, des points de repère, en quelque sorte, *qui font sens*, qui construisent le sens. Cette manière de composer le texte suppose que l'on connaisse le lecteur, selon une typologie plus ou moins empirique, ainsi que les modes de lecture, connaissances grâce auxquelles on peut prévoir le mode d'appréhension du texte, les moyens de parvenir à la *croissance* en ce qu'on lit, à ce que le lecteur voulait lire, alors même qu'il ne s'agit que de fiction. Pour illustrer

---

*surinterprétation*, 1992.

32 Nous laissons de côté les débats multiples sur la réalité de l'auteur. Peu nous importe qu'il soit magnifié (Heinich ou Sallenave), minoré (Bourdieu) ou nié (Barthes). L'essentiel est qu'il soit un élément relationnel.

rapidement cette question de l'horizon d'attente, prenons deux exemples efficaces. Le premier est celui du roman policier, avec son meurtre, ses coupables prévisibles, ses indices distillés lentement, ses rebondissements et son dénouement. Un bon policier répond à un programme, en somme. C'est plus encore vrai pour notre second exemple : la collection Harlequin. La lectrice (peu de lecteurs, il faut le dire) vient y trouver une histoire formatée, avec une intrigue, des personnages, une psychologie (?), un imaginaire dont l'hyper-lisibilité n'est pas un obstacle, un risque d'ennui, mais, au contraire, la source d'un plaisir certain et d'une facilité de lecture qui amoindrit la vigilance. On lit moins bien quand on sait, ou quand on croit savoir.

Le contrat d'assurances n'est pas, nous l'avons dit, un texte littéraire. Non pas seulement parce que son objet diffère, mais parce que sa construction n'obéit pas à une semblable dichotomie auteur/lecteur. C'est, en effet, l'assuré (qu'on assimilera par facilité au lecteur) qui donne préalablement la matière, c'est-à-dire l'élément spécifique sur lequel repose le contrat. C'est à la lumière de ces informations que l'assureur (en l'espèce, l'auteur) écrit son texte. Puis, dans un troisième temps, l'assuré valide, sous réserve de rectifications, le texte. La composition de celui-ci obéit donc à la logique interprétative d'une matière dont l'auteur n'est pas, dans une certaine mesure, responsable.

De plus, si l'on veut bien assimiler le contrat à un texte compris comme une histoire, cette histoire présente la singularité d'avoir un idéal déroutant qui est celui de la virtualité, puisque l'attente « morale » des deux parties est que justement le contrat n'engendre rien d'autre que lui-même, en clair : l'absence de sinistre. Alors que le texte romanesque induit une chronologie, un début et une fin différentes (l'histoire, c'est d'abord de l'action, une suite d'actions, si l'on veut un peu aller vite),

avec une logique résolutive <sup>33</sup>. La distinction du présent, du passé et du futur y est nette et c'est un des cadres majeurs de l'*horizon d'attente*. Dans le texte d'assurance, il n'en est rien. Le futur est un idéal de non-sinistre et le passé éternellement un problème, puisque posé comme inconnu.

Mais ce cadre-là cache peut-être une modélisation, incluant une forme de dysimétrie entre l'auteur (l'assureur) et le lecteur (l'assuré). Nous avons déjà rappelé combien la formule pouvait sécuriser celui qu'elle garantissait : être protégé de ce qu'on ne sait pas, ou plutôt : être protégé de ce que nul ne sait. Ce « nul » en question induit une égalité théorique entre les deux parties. Mais peut-on considérer que cette égalité *in abstracto* le soit *de facto* ? En d'autres termes, au-delà des pratiques rédactionnelles imposées par la loi, la connaissance technique et la prévisibilité des faits sont telles équitablement réparties ?

Si nous revenons sur le texte littéraire, nous pouvons tout à fait comprendre la justesse des propositions d'un Jauss sur l'*horizon d'attente*, mais celles-ci ne fonctionnent évidemment pas comme des contraintes absolues, sans quoi, à l'extrême, on pourrait craindre que l'on se retrouve à l'infini avec le même texte. Cela signifie que l'*horizon d'attente* se pose moins comme une forme figée et un dessein programmatique contraint que comme un mode opératoire introduisant des repères, des bornes plus ou moins identifiables dans un espace qui garde, en fait, une part d'impondérables (ce qu'on nommera l'originalité de l'œuvre). Nous pouvons poser, en reprenant le parallèle initial avec le texte d'assurance, que le *passé inconnu* est une de ces bornes. Un point de repère, donc. Mais dont le sens n'est sans doute pas le même pour les deux parties.

Pour l'assuré, elle est une formule générale applicable à son cas

---

33 Dont les formes simplifiées se trouvent dans le schéma actanciel de Greimas ou dans l'analyse structurale des contes élaborée par Vladimir Propp.

particulier. La lecture qu'il peut en faire ressort d'une appréciation commune de l'expression et l'inconnu est pour lui d'une pureté absolue. La preuve en est qu'en cas de dissimulation, on lui imputera un comportement de mauvaise foi. Il n'a donc pas d'autre alternative que celle du tout ou rien. Qui plus est, ce passé inconnu garde pour lui une dimension abstraite. Entendons par là que cette notion renvoie à la fois à une réalité potentielle et à une irréalité de fait, puisqu'il est dans l'ignorance.

Or, cette question de l'ignorance n'est pas fortuite. Si l'on reprend ce que nous écrivions sur la distinction entre savoir et connaître, la problématique sémantique refait surface. *Ignorer* est certes un antonyme de savoir (mais pas de connaître), mais ce verbe recouvre deux acceptions dont les nuances sont importantes. On peut ignorer, faute de savoir ; mais on peut ignorer, en feignant de ne pas savoir. Concernant le passé inconnu, du point de vue de l'assuré, il est certain que son ignorance renvoie au premier cas. Il n'est pas sûr qu'il en soit de même pour l'assureur.

En effet, du point de l'assureur, la notion de passé inconnu s'intègre dans une pratique rédactionnelle inscrite dans un répertoire de cas, dans une évaluation potentielle, par le biais de statistiques. En clair : si pour chaque « texte », le passé inconnu est posé comme un principe, une quasi abstraction, la connaissance de tous les textes qui lui sont comparables, en l'espèce : la somme des affaires dont l'assureur a eu la charge ou a eu loisir d'étudier, modifient substantiellement l'approche de la notion. L'*horizon d'attente* n'est plus exactement le même.

Faisons un parallèle dans le domaine médical. Le mot *fièvre* est connu de tous et, en profane, nous le considérons selon des normes chiffrés : une évaluation plus ou moins éloigné du 37° de la normale. Un état fiévreux est une réalité que nous pouvons connaître, évaluer, sans pour autant en tirer toutes les conséquences. Pourquoi ? Parce que nous l'associons,

comme terme générique, à une estimation symptomatique *sans plus de précision, ni de certitudes*, y compris devant un cas concret. Le médecin, lui, intègre ce mot dans un réseau d'autres symptômes, dans un historique du sujet, dans une généalogie pratique, ce qui transforme non pas le sens du mot (tel qu'on peut le trouver dans le dictionnaire) mais l'appréciation circonstancielle induite par la situation particulière. Pour le dire autrement, le mot est un support, une valeur nominale que le cadre spécifique dans lequel il est employé modifie peu ou prou. Ce qui fera que, pour ce même mot (définissant un symptôme), ce même médecin haussera les épaules ou vous enverra de toute urgence à l'hôpital.

Si nous revenons à notre sujet, nous pouvons soulever un problème identique. D'un côté, une expression « fermée » sur le seul cas possible et envisagé par l'assuré. D'un autre côté, une expression « ouverte », éclairée par l'accumulation des dossiers, des cas antérieurs, des travaux menés pour tirés des lignes de force, donnant ainsi une meilleure appréciation quant à la portée de ce *passé inconnu*. Si celui-ci demeure effectivement inconnu comme passé, l'incidence potentiel de ce passé sur le futur (c'est-à-dire sur le contenu de ce *texte* particulier qu'est le contrat) peut être, elle, soumise à une évaluation.

Cette problématique illustre en fait l'inégalité des individus devant la langue. Il n'y a pas que la loi qui soit inégalitaire, même si elle se pose en principe égalitaire. Le sémantisme des mots, leur compréhension, l'extension possible (ou non) de leurs acceptions, les effets troubles de leur contextualisation surtout, sont autant d'opportunités pour complexifier et obscurcir ce qui avait été conçu pour simplifier et éclairer ceux qui en font usage.

Tel est le cas pour le passé inconnu.

## VII-LE PASSE CONNU

L'exclusion du passé connu s'explique par la nature même du contrat d'assurance. L'article 1964 du *Code civil* souligne sa nature aléatoire. En effet, le contrat d'assurance « *est une convention dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un évènement incertain* ». Cette qualité intrinsèque détermine l'exclusion du passé connu. L'« évènement », nous dit-on, doit être incertain. Encore faudrait-il s'accorder sur la définition à donner au syntagme « évènement incertain ». Cette question soulève le problème de l'objet de la connaissance. Nous avons déjà analysé la tension linguistique qui fédère les binômes connaître/méconnaître ou savoir/ignorer. Il convient maintenant de s'arrêter sur l'objet ou les objets de la connaissance.

L'article L124-5, alinéa 4 du *Code des assurances* dispose que lorsque la garantie est déclenchée par la réclamation, comme pour les contrats RCMS, l'assureur « *ne couvre pas l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres s'il établit que l'assuré avait connaissance du fait dommageable à la date de souscription de la garantie* ». Dans l'esprit du législateur, l'« évènement » subsume alors « le fait dommageable ». L'objet de la connaissance se fonde sur un élément matériel et moral. En d'autres termes, le factuel doit s'apprécier subjectivement. Il est l'objet d'une appréhension, d'une compréhension et d'une appréciation qui ne relèvent pas de seuls critères objectifs. Contrairement à ce qu'écrivait Gaston Bachelard, les faits ne parlent pas d'eux-mêmes. Ils ne sont pas des « sujets », mais des « objets ». Ils procèdent d'une contextualisation subjective dépendant de la place même de ce qui les « observe ». Pour prendre une comparaison éclairante, on pourrait dire que tout fait s'inscrit

dans un tableau et que ce tableau n'existe, comme en peinture, que par l'œil qui les prend en charge<sup>34</sup>. Dès lors, l'expression « fait dommageable » est ambiguë. Elle suppose non seulement une connaissance du fait –ce qui est en soit peu problématique– mais requiert une appréciation du fait. Le terme « appréciation » signe en soi cette ambiguïté. Par le biais de l'étymologie, il faut en revenir à ce qui est induit : *precium*, *le prix*. Ce qu'on apprécie, c'est d'abord ce à quoi on donne un prix. Et en l'espèce, il s'agit d'un coût<sup>35</sup>. Or, cette appréciation s'inscrit dans la dynamique du « risque à déclarer à l'assureur ». De la simple expression « fait dommageable », un glissement s'opère vers l'appréciation de « caractère dommageable ». L'assuré doit alors garder en mémoire et déclarer, non seulement les faits passés dommageables mais aussi anticiper leurs conséquences futures. L'introduction de la subjectivité dans l'ordre du factuel conduit à une concurrence des temporalités où la déclaration du passé conduit nécessairement à analyser le futur. De façon symptomatique, c'est le même processus qui fonctionne dans le domaine politique lorsque Machiavel, dans *Le Prince*, transforme l'analyse du pouvoir en exercice des finalités. Rien d'étonnant d'ailleurs à ce que le florentin ait revu l'ordre politique dans une cité qui est un des piliers de la transformation sociale et économique aboutissant à notre modernité, laquelle se définit essentiellement par son rapport nouveau et complexe avec le risque.

Source de tension, la notion de passé connu a fait l'objet le 17 décembre 2003 d'une convention entre assureurs membres de la FFSA. Cet accord porte sur ce qu'il faut entendre par « passé connu » pour les contrats

---

34 Nous avons plus haut évoqué l'analyse que Panofsky fait de la perspective comme forme symbolique. L'art visuel, dans sa volonté de re-présentation, est transposable dans le domaine intellectuel. L'évaluation suppose toujours une place le plus souvent passé sous silence : celle du spectateur. Or, dans le cas qui nous occupe, il faut souligner que le spectateur est aussi acteur, puisqu'il s'agit d'un des contractants, de l'assuré.

35 On en dirait tout autant s'il s'agit d'estimer quelque chose. Ce que j'estime, c'est d'abord ce à quoi j'accorde un prix, une valeur. Le mot « estimation » est là pour nous le rappeler.



RCMS.

« Parmi les problèmes posés pour l'application de la garantie dans le temps des contrats RC, on trouve notamment des litiges survenant entre assureurs successifs d'un risque à propos de la distinction du passé connu et du passé inconnu.

Ces litiges, dans l'hypothèse où ne se pose aucun autre problème de garantie que celui de la police d'assurance applicable, relèvent de la Commission Consultative et d'Arbitrage<sup>36</sup>.»

La Commission d'Arbitrage dégage un certain nombre de critères facilitant la distinction entre passé connu et passé inconnu.

« L'ensemble de ces critères constitue le référentiel qui devrait permettre d'ores et déjà de prévenir les litiges entre assureurs relatifs à la détermination du passé connu puisque les gestionnaires de dossiers sinistres connaissent désormais les critères de distinction approuvés par la Profession.

On s'accorde à considérer que, sauf cas exceptionnels, les contrats d'assurance autres que ceux basés sur le fait générateur doivent reprendre le passé inconnu. Mais, pour préserver simultanément le caractère aléatoire et la nécessité de bonne foi au moment de la souscription du contrat, l'assureur qui reprend le passé exclut « les réclamations consécutives à des faits susceptibles d'entraîner les garanties du contrat connus de l'assuré avant la prise d'effet du contrat<sup>37</sup> ».

Cette clause, dont la présence dans un contrat d'assurance ne peut être sérieusement discutée, donne lieu à des débats entre assureurs lorsqu'il s'agit de qualifier « le fait susceptible d'entraîner un dommage ». Si le fait dommageable est synonyme de sinistre, qu'en est-il du fait susceptible d'en entraîner un ? L'adjectif ouvre sur un flottement interprétatif puisque la « susceptibilité » ne relève pas d'un enregistrement factuel, ou du risque putatif, mais d'une potentialité dont la réalité ne peut être que future, sans qu'il soit qu'elle se réalise. En d'autres termes, on entre dans un domaine qui excède même celui des probabilités, puisque celles-ci

---

<sup>36</sup> Voir la circulaire n° 7/1991 du 27 mars 1991 et note du 17 décembre 1992 relative à la convention d'arbitrage du 15 décembre 1992

<sup>37</sup> Ibid

peuvent obéir à des principes mathématiques, à des modélisations actuarielles. Peut-on dire que la « susceptibilité » soit autre chose qu'une loi du soupçon ? En ce sens, le choix de l'adjectif ressemble à un moyen pour l'assureur de se dédouaner de ses responsabilités ou des charges qui pourraient lui incomber dans le cadre d'un contrat dont il serait une des parties prenantes.

Si l'on veut maintenant revenir aux conditions établies par la convention, que faut-il en retenir d'essentiel ?

Celle-ci obéit à un double objectif. Elle cherche d'abord à fonder un accord raisonnable et satisfaisant entre les assureurs concernés quant à la prise en charge du sinistre. C'est l'hypothèse où le sinistre doit être pris en charge soit par l'assureur du contrat en cours, soit par l'assureur du contrat antérieur et qui est toujours redevable de la garantie subséquente. Elle vise ensuite à proposer un référentiel cohérent afin que les arbitres du litige puissent établir, de la manière la plus efficace et précise, une jurisprudence.

Le principe général de distinction entre passé connu et passé inconnu est le suivant :

« l'assureur base réclamation ne peut se prévaloir de l'exclusion du passé connu que s'il apporte la preuve que l'assuré avait connaissance, avant la prise d'effet du contrat, de faits de nature à supprimer ce caractère aléatoire de réclamation de la victime ou de ses ayants droit<sup>38</sup>. »

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

---

<sup>38</sup> Circulaire n° 7/1991 du 27 mars 1991 et note du 17 décembre 1992 relative à la convention d'arbitrage du 15 décembre 1992

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

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

Le passé serait connu s'il y avait connaissance avant la souscription de la garantie :

- D'une plainte ordinale
- D'une enquête pénale
- D'une enquête administrative
- D'une opération visant à retirer du marché des produits défectueux.
- D'une sanction administrative ou pénale

Les cas envisagés sont simples. Il est difficile d'ignorer une plainte ou encore une enquête administrative. On pourrait objecter que dans les sociétés multinationales, il est parfois peu aisé de centraliser toutes ces informations mais il est du devoir du souscripteur de se renseigner sur l'état de leurs sociétés avant de souscrire. La bonne foi de l'assuré ou sa mauvaise foi se vérifient rapidement.

Néanmoins, on peut s'interroger sur leur nature de « fait dommageable ». En effet, en quoi une enquête administrative serait un fait dommageable en soi ? Les autorités administratives ont pour mission de contrôler l'activité des entreprises. C'est dans leurs prérogatives. Ainsi, un contrôle de l'ACPR ne signifie pas nécessairement une sanction

administrative. Un contentieux avec l'administration ne se solde pas toujours par une condamnation. Il faut donc croire que le fait « enquête » est un élément déclencheur qui porte en lui le caractère dommageable.

À ces passés connus s'ajoutent deux catégories plus ambiguës :

- Un dommage « caractérisé »
- Un fait « particulier » en relation avec un dommage

Ces deux catégories catalysent tout le contentieux sur la notion de « passé connu ». Mais, encore une fois, il faut souligner le caractère indéterminé des appellations choisies. Le manque de spécificité lexicale, la « banalité » et le flou des adjectifs choisis (ni formels, ni limités) ouvrent à toutes les interprétations possibles. Le caractère dommageable et l'appréciation du lien causal s'analysent subjectivement. C'est sans doute en raison de cette difficulté que la Convention ne propose pas d'exemples canoniques qui permettraient à chacun de pouvoir mesurer les contours de ces « dommages » et de ces « faits ». La réserve que l'on peut faire à ce sujet n'est pas sans conséquence car, en filigrane, c'est la notion même d'aléa, qui est au fondement du contrat d'assurance, que ces expressions cherchent à définir et donc à circonscrire.

Derrière ces interrogations sur la nature même des faits tels qu'on voudrait les définir (ou non), se pose un problème sans doute plus conséquent encore qui touche les assurés. De qui le passé est-il connu ? Pour qui doit-il être connu ?

L'assurance RCMS couvre les dirigeants qu'ils soient les anciens dirigeants, les dirigeants actuels, ou les dirigeants futurs. Le contrat d'assurance vise d'ailleurs comme « assurés » non pas des personnes spécifiquement dénommées, mais les fonctions exercées au sein de la société. La fonction comme critère de désignation de la qualité d'assuré

permet d'offrir aux sociétés souscriptrices une souplesse de gestion, puisqu'une couverture automatique se met en place à chaque changement de dirigeant. De plus, l'assurance est amenée à jouer non seulement pour les personnes exerçant leurs fonctions au sein des entités incluses dans le périmètre des garanties, mais également pour celles exerçant dans des filiales ou participations qui seront acquises ou créées au cours de la période d'assurance. Ce fonctionnement pratique répond à un contexte économique privilégiant la rapidité et la réactivité en matière commerciale. Mais il ne nous éclaire pas sur l'identité de la personne qui détient le passé connu.

Or, l'identité de la personne ayant connaissance du passé connu (que l'on pourrait définir comme le « sachant ») n'est pas aisée à déterminer. La connaissance s'apprécie au moment de la souscription, c'est-à-dire au moment de la conclusion de contrat. Si le souscripteur et l'assuré sont une même personne, la détermination du « sachant » ne pose pas de difficulté. L'assuré souscripteur est censé connaître son passé connu. C'est le moins que l'on puisse attendre de lui, même si on a émis des réserves à ce sujet. En revanche, lorsque le schéma se complexifie, comme dans les groupes de sociétés, les sociétés mères-filles, les fusions-absorptions, les holdings, il est légitime de s'interroger sur l'identité de la personne qui remplit la déclaration de risques. Est-il raisonnable de l'identifier à celle qui est en charge du « passé connu » ? Le professeur Luc Mayaux nous éclaire sur ce sujet :

« Un premier élément de réponse peut être trouvé dans un arrêt<sup>39</sup>, d'où il résulte que, pour que le passé soit inconnu, il doit être ignoré de l'assuré pour compte. Nous avons approuvé cette solution au motif qu'il ne faudrait pas qu'une personne, sachant qu'elle a subi un sinistre, manœuvre auprès d'une autre (même ignorant de celui-ci) pour obtenir à son profit la souscription d'une garantie d'assurance<sup>40</sup>. Il ne faudrait pas

---

39 RGDA 2010, Cass. Civ., 15 avr. 2010 n° 08-20377, note de Luc Mayaux, p.667

40 L. Mayaux, *Traité de droit des assurances*, t. III, *Le contrat d'assurance*, sous la dir. de J. Bigot,

que l'assurance permette pareille fraude (argument moral) et, en l'absence d'aléa, elle n'est pas faite pour cela (argument technique). Tout cela repose sur un principe de cohérence, selon lequel ce qui n'est pas assurable quand l'assuré est le souscripteur lui-même ne peut l'être quand il est un tiers.<sup>41</sup> »

Le passé connu doit l'être non seulement du souscripteur mais aussi de l'assuré pour compte. Dans l'espèce que commente le professeur Mayaux, celui-ci envisage le cas où une personne connaissant un fait dommageable passe par le truchement d'une autre pour contracter un contrat d'assurance. Dans ce schéma l'aléa est complètement faussé. De la notion de passé connu, on glisse sensiblement sur le terrain de la fraude. Le professeur Mayaux affine son exemple et précise que cette analyse ne déploie son sens que si l'appréciation de la connaissance du sinistre par le souscripteur et l'assuré pour compte intervient de façon concomitante. En effet, il convient d'appliquer le même régime de temporalité pour que l'on puisse déterminer qui savait quoi dans un moment *m* précis. « Tout ce raisonnement ne tient que lorsque les connaissances du sinistre par le souscripteur et par le tiers sont appréciées à la même époque, celle de la souscription, ce qui suppose que le tiers assuré ait acquis sa qualité à cette date<sup>42</sup>. »

Cette évidence est mise à mal lorsque le tiers acquiert la qualité d'assuré en cours de contrat. Faut-il examiner la notion de passé connu uniquement à l'aune du moment de la souscription ou faire un réexamen à chaque prise de fonction d'un dirigeant ? La première alternative qui consiste à figer la notion de passé connu au seul moment de la souscription apparaît en pratique trop restrictif. Une jurisprudence récente, commentée par le professeur Mayaux, présente ce cas de figure.

« Tel était le cas en l'espèce où les dirigeants indéliçats n'étaient

---

2<sup>e</sup> éd., 2014, LGDJ, n° 1561

<sup>41</sup> RGDA Octobre 2014, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 sept. 2014, no 13-172367, note de Luc Mayaux, p.520

<sup>42</sup> Ibid

couverts par le contrat souscrit par la société mère que du jour où celle-ci avait acquis sa filiale. À cette date, le contrat avait déjà été conclu et, lors de sa conclusion, toutes les personnes intéressées à lui (assureur, souscripteur, dirigeants de la société mère et des filiales de l'époque) ignoraient le sinistre. En outre, l'intégration ultérieure des dirigeants indélicats n'avait donné lieu à aucun avenant d'extension, car aucun contrat modificatif n'était nécessaire. Elle était intervenue automatiquement, par l'effet d'une clause du contrat initial. Les principes régissant le risque putatif qui veulent que la connaissance du passé s'apprécie à la souscription du contrat auraient donc conduit à ce que le passé soit repris (la question de l'absence d'aléa étant renvoyée à l'existence d'une éventuelle faute intentionnelle). Pourtant, les juges du fond, approuvés par la deuxième chambre civile, se placent au jour où la garantie a pris effet pour les dirigeants de la filiale. C'est à cette date qu'il faudrait, pour la Cour, apprécier si le contrat garantissait un risque que « les assurés savaient déjà réalisé avant sa souscription », selon une formule classiquement utilisée en matière de risque putatif et reprise ici<sup>43</sup>. »

La connaissance du sinistre par l'assuré pour compte supprime tout aléa, qu'il soit objectif ou subjectif. L'assuré pour compte sait que la réalisation du risque fausse l'équilibre du contrat d'assurance en cours. C'est alors la date de prise de fonction du dirigeant qu'il faut apprécier pour déterminer si passé connu ou non il y a.

« À cet égard, (...) c'est moins la prise d'effet de la garantie qui importe (comme le dit maladroitement la Cour) que la prise de la qualité d'assuré pour compte par le dirigeant. C'est la date du rattachement au contrat qui est, en effet, essentielle. Ce rattachement intervient par l'effet d'une clause antérieure (d'assurance pour le compte de qui il appartiendra) pour le tiers qu'est le dirigeant ou, tout simplement, par la conclusion du contrat pour le souscripteur quand il est en même temps l'assuré. Chacune de ces modalités constitue la souscription de la garantie au sens de l'article L. 124-5, al. 4, *in fine* du Code des assurances. Comment pourrait-il en aller autrement dès lors que, s'agissant d'un aléa subjectif, c'est évidemment la prise de qualité du sujet qui est essentielle et non la prise d'effet de la garantie (qui, pour sa part, borne la période de garantie : v. la première phrase du même alinéa) ? Après réflexion, et même si la solution peut surprendre dès lors que le contrat était déjà conclu à la date où la connaissance du sinistre a été appréciée, il y avait bien passé connu et l'on doit approuver l'arrêt<sup>44</sup>. »

---

<sup>43</sup> Ibidem

<sup>44</sup> Ibidem

## CONCLUSION

La notion de passé connu/inconnu nous a amenés à la fois sur les terrains juridique, politique, économique et social. Cette apparente hétérogénéité ne doit pas surprendre. Elle montre une fois encore que l'assurance est au carrefour de ce qui fonde et organise une société libérale, fondée sur l'échange, la garantie et le risque.

Pourtant, malgré la place centrale, souvent méconnue, de l'assurance dans la structure sociale, et en dépit du fait que la codification en ce domaine est très importante et très nourrie, ce mémoire aura mis l'accent sur le caractère indécis et ambigu d'une notion-pivot dans l'organisation de ce droit spécial. D'une certaine manière, c'est avec étonnement que l'examen de cette problématique ouvre sur plus de questions que de réponses. Peut-être est-ce d'ailleurs la raison qui explique la relative pauvreté en volume de la littérature sur ce sujet...

Et comme pour rebondir sur la dite littérature, dans son sens le plus classique, il faut peut-être avancer une explication. Le passé connu/inconnu est sans doute irréductible à son seul versant juridique. Cette question puise en partie sa raison d'être dans des domaines qui excèdent le droit. Parce qu'elle utilise des termes communs, et qu'elle renvoie à la problématique multi-séculaire de la connaissance, elle s'étend bien au-delà des limites d'un règlement contractuel dans le cadre des assurances.

Le passé connu/inconnu est peut-être moins une problématique de textes réglementaires et de jurisprudence qu'une question prenant tout son sens dans le domaine fort complexe d'une véritable philosophie du droit, laquelle est, on le sait depuis Hegel, une extension de la philosophie tout court. Mais ainsi considéré, ce point de droit ouvre sur une investigation qui excède, et de fort loin, le cadre étroit de ce mémoire et les compétences de celle qui l'a écrit.



## BIBLIOGRAPHIE

### Manuels, ouvrages généraux

Lamy assurances 2015

Traité des assurances, sous la direction de J. Bigot, 2<sup>ème</sup> Edition, tome 3, Lextenso Editions, Paris, 2014.

Gerard Cornu, Vocabulaire Juridique, Edition Quadrige, Paris, 2011.

Luc Mayaux, Les grandes questions du droit des assurances, LGDJ, 2011.

Yvonne Lambert-Faivre, L. Leveneur, *Précis de droit des assurances*, Dalloz n° 194 s. p 171.

### Articles

Luc Mayaux, « Aléa et assurance des dirigeants : faute intentionnelle ou passé connu ? » RGDA Octobre 2014, p.520.

Luc Mayaux, « La notion de passé connu à la lumière d'un arrêt récent », Atout Risk Manager, la revue de l'AMRAE, n° 3, Janvier 2015, p.48.

Jérôme Kullmann, « Assurances de responsabilité des dirigeants : réalités et fantasmes », FFSA, Revue Risques, n° 68, 2006.

Pierre-Grégoire Marly, « A propos de la garantie des amendes civiles dans l'assurance de responsabilité des dirigeants » LEDA, 15 Juillet 2012.