

DÉFINITION DU CONTRAT D'ASSURANCE

-I- Nouvelles dispositions

-II- Rapport du 11 novembre 2024

Proposition de nouvelles dispositions

établies par Jérôme Kullmann, Luc Mayaux et Anne Pélissier

Article L.XXX-1

Est un contrat d'assurance le contrat par lequel l'assureur s'engage envers le souscripteur, en contrepartie d'une prime, à couvrir un risque et à fournir une prestation dans le cas où il se réalise.

Article L.XXX-2

Le risque est soit un événement futur dont la survenance est incertaine ou dépend de la durée de la vie humaine, soit un événement passé dont la survenance est ignorée des parties.

DEFINITION DU CONTRAT D'ASSURANCE

Rapport du 11 novembre 2024

établi par Jérôme Kullmann

PLAN

Textes actuels

Observations liminaires

Introduction (1-3)

-I- Les éléments du contrat d'assurance et ceux qui lui sont étrangers (4-15)

-A- Le risque, la prime, la couverture et le règlement (4-13)

- 1) L'événement incertain : en assurance, le risque (5-7)
- 2) La prime : le prix de la couverture (8)
- 3) La couverture : une obligation de l'assureur, et une créance de l'assuré, valorisables (9-10)
- 4) Le règlement (11-13)
 - a) Soit le risque se réalise
 - b) Soit aucun sinistre ne survient pendant la période d'assurance

-B- La fausseté de la traditionnelle approche comptable : la chance de gain ou de perte (14-15)

- 1) L'affectation du contrat d'assurance à la catégorie des contrats aléatoires
- 2) Le gain ou la perte, notions étrangères au contrat d'assurance

-II- L'inadaptation des articles 1108 (en vigueur) et 1964 (projet contrat spéciaux) du Code civil (16-27)

-A- Article 1108 du Code civil

- 1) Contrat commutatif (16)
- 2) Contrat aléatoire (17-19)

-B- Article 1964 (avant-projet) (20)

- 1) Les contrats aléatoires "par essence" (21-25)
 - a) Un voisinage incongru
 - b) Le retour du gain et de la perte, pour chacune des parties
 - c) La chance de gain et la perte dépendant "en totalité" d'un événement incertain
- 2) Le contrat d'assurance "par détermination de la loi" (26-27)
 - a) La lecture du texte
 - b) La compréhension du texte

Résumé

PROPOSITIONS

- 1) Définition du contrat d'assurance (28-30)
- 2) Etudes complémentaires
 - a) Les risques composites (31-32)
 - b) Les différents sens du mot « risque » (33)

Textes actuels

Les textes du Code des assurances

Article L.310-1

Le contrôle de l'Etat s'exerce dans l'intérêt des assurés, souscripteurs et bénéficiaires de contrats d'assurance et de capitalisation. Sont soumises à ce contrôle :

1° les entreprises qui sous forme d'assurance directe contractent des engagements dont l'exécution dépend de la durée de la vie humaine, s'engagent à verser un capital en cas de mariage ou de naissance d'enfants, ou font appel à l'épargne en vue de la capitalisation et contractent à cet effet des engagements déterminés ;

2° les entreprises qui sous forme d'assurance directe couvrent les risques de dommages corporels liés aux accidents et à la maladie ;

3° les entreprises qui sous forme d'assurance directe couvrent d'autres risques y compris ceux liés à une activité d'assistance.

Article L113-5

Lors de la réalisation du risque ou à l'échéance du contrat, l'assureur doit exécuter dans le délai convenu la prestation déterminée par le contrat et ne peut être tenu au-delà.

Il faut évidemment ajouter les très nombreux textes du Code qui visent notamment le risque, la prime, le sinistre, sans omettre ceux qui correspondent à des règles prudentielles en reprenant ces termes.

Observations liminaires

1. En 1925, Godart, l'un des pères de la loi du 13 juillet 1930, explique qu'il faut éviter d'y définir le contrat d'assurance¹ :

La commission chargée de préparer l'avant-projet de loi « a évité les notions abstraites et les définitions et c'est un progrès réel par rapport aux projets antérieurs qui contenaient surtout une définition purement juridique de l'assurance qu'on s'accorde de nos jours à trouver insuffisante. Fixer la notion de l'assurance doit rester la tâche de la doctrine bien qu'il soit possible de définir assez largement l'assurance pour y faire rentrer tous les éléments dont elles se composent : éléments économique, juridique et technique ».

En 1938, Picard et Besson, dans le premier tome de leur Traité du contrat d'assurance terrestre, émettent le même constat dans leur « Introduction - La notion d'assurance » :

« La loi française, à l'instar de la plupart des lois étrangères, ne donne pas de définition de l'assurance comme le déclare l'exposé des motifs de la loi du 13 juillet 1930. Définir n'est pas le rôle du législateur, mais de la doctrine. On peut du moins l'admettre au regard d'une institution qui est toujours en voie de développement et qui est, en elle-même, fort complexe. D'ailleurs, les définitions données par certaines lois étrangères ont été, en général, l'objet des plus vifs critiques ».

On ne s'attardera pas sur la mention du contrat d'assurance dans la liste établie en 1804 par l'article 1964 du Code civil, abrogé, consacré aux contrats aléatoires, eux-mêmes alors également traités, mais en des termes différents, par l'ancien article 1104, puis par l'article 1108.

2. En 2024, le contrat d'assurance n'est toujours pas défini par la loi, ni dans le Code des assurances, ni dans le Code civil qui ne le cite même plus depuis l'abrogation de son article 1964 par l'ordonnance du 10 février 2016. On en revient donc à Godart ainsi qu'à Picard et Besson : il incombe à la doctrine de dire en quoi consiste un contrat d'assurance, et, faut-il le préciser, à la Cour de cassation² de décider si telle ou telle opération contractuelle qui lui est présentée relève de cette notion.

A cet égard, toujours en 2024, celle-ci a déclaré qu'une « cour d'appel a énoncé, à bon droit, que le contrat d'assurance est un contrat dans lequel la couverture d'un risque par l'assureur a pour contrepartie le paiement d'une prime par l'assuré »³ : un risque, c'est-à-dire un événement empreint d'incertitude, sa couverture octroyée par l'assureur et en contrepartie ; une prime payée par l'assuré. L'affirmation est nette et ne contient aucune référence à la notion légale de contrat « aléatoire », ni à l'idée d'une chance de gain ou de perte, ni au concept fumeux d'avantage regardé comme l'équivalent d'un autre.

3. Dans ces conditions, pourquoi le projet, conduit par l'AIDA-France, de réforme du Code des assurances s'aventurerait-il à établir une définition du contrat d'assurance ? La raison en est simple : publié en juillet 2022⁴, un « avant-projet de réforme des contrats spéciaux », loin de faire preuve de la prudence du législateur de 1930, propose une double définition du contrat

¹ Rapport Godart, JO Doc. parl. ch., 2^e séance, 7 avr. 1925, ann. n° 1544, p. 638

² Et à la CJUE

³ Cass. 3^e civ., 6 juin 2024, n°23-10.906, F-D

⁴ https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/textes/art_pix/avant_projet_brut_juillet2022.pdf

très spécial qu'est le contrat d'assurance⁵. Or, en revenant au vieux concept de contrat aléatoire, par opposition au contrat commutatif, la voie ainsi choisie correspond à une fausse route.

-I- Les éléments du contrat d'assurance et ceux qui lui sont étrangers

4. Risque, prime, couverture et règlement sont les éléments qui caractérisent le contrat d'assurance. On pourrait ajouter la mutualisation, mais celle-ci concerne plus l'opération d'assurance.

En revanche, aléa, contrat aléatoire, gain ou perte, visés par le Code civil (ancien, en vigueur ou en avant-projet) sont des notions étrangères au contrat d'assurance.

-A- Le risque, la prime, la couverture et le règlement

1) L'événement incertain : en assurance, le risque

5. Pour qu'existe un contrat d'assurance, il faut bien envisager un événement en principe empreint d'incertitude, susceptible de se réaliser dans le futur⁶. L'incertitude se situe soit dans la survenance de l'événement, soit dans la date de celle-ci, soit aussi, pour certaines législations, dans la personne qui sera bénéficiaire de la prestation d'assurance ou encore dans l'ampleur des conséquences de l'événement.

En France, la doctrine retient l'éventualité de la survenance de l'évènement et l'ignorance de la date de celui-ci -ce qui est le cas de toute assurance dont l'exécution est liée à la durée de la vie humaine⁷.

L'événement peut être précis -un incendie dans telle partie d'un bâtiment, telle maladie provoquant telle catégorie d'invalidité, telle perte ou prise de valeur d'un bien, etc., ou relativement large -tout décès quel qu'en soit la cause, toute disparition d'un bien-, et il peut même être inconnu des parties⁸ mais compris dans l'événement placé au cœur du contrat d'assurance.

6. Il a été parfois soutenu que la qualification de contrat d'assurance suppose nécessairement que l'événement soit redouté de la personne qui y est exposée. Autrement dit, celle-ci devrait en craindre la survenance. L'idée est probablement exacte dans de nombreuses prises d'assurance, mais elle ne peut être transformée en exigence législative, sauf à soutenir que l'assurance en cas de vie n'est pas une assurance. Au demeurant, et ce dernier cas en témoigne, il faudrait, pour chaque contrat, sonder les cœurs et les reins de l'assuré afin de déterminer s'il a peur d'être en vie à une certaine époque, et pour quelle raison, etc. Les mêmes questions devraient être posées au propriétaire d'un inconfortable vieux bâtiment situé au fin fond d'une désagréable campagne, dans lequel il ne met jamais les pieds : redoute-t-il vraiment sa destruction ? Une

⁵ Voir not. J.Kullmann, Contrat d'assurance : très rapide regard sur le projet de réforme des contrats spéciaux, RGDA novembre 2022, p.1 ; L.Mayaux, Faut-il définir le contrat d'assurance ?, RGDA juillet-août 2024 p.1 ; J.Kullmann, Faut-il définir le contrat d'assurance ? On peut le craindre..., RGDA septembre 2024 p.1

⁶ On fait ici abstraction de la notion de risque putatif, c'est-à-dire déjà survenu avant la conclusion du contrat d'assurance, alors que les parties l'ignorent à cet instant. L'assurabilité est largement admise aujourd'hui.

⁷ On se gardera de confondre les hypothèses dans lesquelles le décès, tout particulièrement, provoque l'exécution de la prestation -ce qui est le cas de l'assurance en cas de décès- et celles dans lesquelles il fait expirer le contrat...

⁸ Les « garanties silencieuses », ou *silent covers*, n'étant pas rares. On songe évidemment au phénomène des risques immergés, émergents et finalement émergés.

réponse négative lui interdirait de souscrire un contrat qualifiable d'assurance, ce qui est évidemment hors de propos.

7. Pourquoi faut-il se livrer à de telles réflexions ? La réponse relève de la linguistique, en son domaine sémantique : comme l'a fait la Cour de cassation dans son arrêt du 6 juin 2024, comme nous le faisons tous par habitude, ce n'est pas l'expression « événement incertain » qui est utilisée, mais le mot « risque ». Or, le risque est, dans le langage courant, représentatif d'un éventuel danger... et le danger est un événement normalement redouté. Le raisonnement est juridiquement dépourvu de toute pertinence.

Le bon sens conduit à admettre une fois pour toutes que l'événement incertain prend le nom de *risque* dans le cadre de l'assurance, ainsi que dans le Code des assurances et son projet de réforme.

2) La prime : le prix de la couverture

8. Il n'y a pas d'assurance gratuite. La garantie d'assurance octroyée par l'assureur a un prix, dont le nom est la prime⁹. La prime a pour contrepartie immédiate cet engagement de couverture du risque -alors même que l'assureur n'a pas payé un centime à l'assuré, puisqu'à l'instant de la conclusion du contrat d'assurance, il n'y a pas, en général, de sinistre. Pour fixer les idées, une entreprise industrielle de grande taille peut avoir à payer une prime dont le montant se chiffre en dizaines de millions d'euros... à nouveau, juste en contrepartie d'un engagement juridique, la couverture de ses risques par un assureur. On conçoit facilement qu'une telle dette de prime ne soit pas consentie et exécutée par l'assuré sans qu'à son actif, prenne naissance, simultanément, une réelle contrepartie : la créance de couverture.

3) La couverture : une obligation de l'assureur, et une créance de l'assuré, valorisables

9. L'assureur s'engage ainsi à exécuter une certaine prestation, le plus souvent le versement d'une somme d'argent, si (ou quand) le risque se réalise. Ce que ne comprennent pas certaines personnes est qu'à l'instant de la conclusion du contrat d'assurance, naît ainsi à la fois une obligation chez l'assureur¹⁰ et par définition, chez l'assuré, une créance qui en est le miroir.

En réalité, du côté de l'assureur, ce n'est pas que l'obligation de couverture qui prend naissance avec la seule conclusion du contrat : il sait bien que la prime qu'il perçoit lui appartient, certes, mais qu'il ne peut en faire ce qu'il veut. Il est tenu d'en mettre en réserve une partie¹¹, déterminée par les nombreuses règles dites prudentielles, car il doit être, à tout moment, en mesure d'exécuter ses obligations de règlement quand les risques se réalisent.

10. Quant à l'assuré, son risque est devenu couvert : il dispose d'une véritable créance contre l'assureur, à laquelle il est possible de conférer une valeur monétaire de façon plus ou moins directe. Les exemples sont innombrables, du plus trivial au plus sophistiqué. La prise en location d'un bien donnera lieu à un loyer plus élevé si le bailleur a pris lui-même une assurance complète à son propos, et plus faible si c'est le locataire qui doit la souscrire. Le prix de cession d'une entreprise ayant une activité dangereuse subira une décote si l'audit de ses contrats d'assurance de responsabilité révèle un engagement de couverture truffé d'exclusions et doté

⁹ Ou la cotisation, en fonction de la nature de l'entreprise d'assurance

¹⁰ Avec une prise d'effet aménagée soit par le contrat, soit par la loi

¹¹ En France, ces provisions représentent quelques milliers de milliards d'euros

d'un faible plafond et d'une franchise élevée. Et tout professionnel soumis à obligation d'assurance pourra trouver une certaine valeur d'usage, même difficilement quantifiable, à la garantie qui lui permet d'exercer son activité licitement¹². En outre, une assurance, tout particulièrement sur la vie, peut servir de sûreté à un créancier de l'assuré.

Il faut à nouveau souligner avec force que ces observations s'imposent alors même qu'aucun sinistre n'est en cause.

4) Le règlement

11. Le risque est défini par le contrat d'assurance, la prime a été fixée et doit être payée, l'assureur a l'obligation de couvrir le risque et l'assuré est créancier de cette obligation.

Durant la vie du contrat d'assurance, ou plus exactement pendant que la couverture est en vigueur (la période de garantie), de deux choses l'une : le risque s'est réalisé ou non.

a) Soit le risque se réalise

12. L'assureur voit naître une obligation particulière, celle de règlement du sinistre -obligation dont l'exécution consiste le plus souvent en un paiement de somme d'argent¹³. Cette obligation de règlement ne prend pas la place et ne fait pas disparaître l'obligation de couverture qui se poursuit jusqu'à son expiration prévue par le contrat, ou par la loi. En principe, à chaque risque, sa couverture, et à chaque sinistre, son obligation de règlement¹⁴.

b) Soit aucun sinistre ne survient pendant la période d'assurance

13. Le passif de l'assureur n'a connu que l'obligation de couverture, et aucune obligation de règlement, tandis qu'en miroir, l'actif de l'assuré n'a compris que sa créance de couverture.

-B- La fausseté de la traditionnelle approche comptable : la chance de gain ou de perte

1) L'affectation du contrat d'assurance à la catégorie des contrats aléatoires

14. Une approche longtemps admise, en France du moins, a été purement comptable, et a pris appui sur un dogme : le contrat d'assurance serait un contrat aléatoire au sens des anciens articles 1104¹⁵ et 1964¹⁶ du Code civil, qui mentionnaient les notions de gain et de perte pour le premier, et d'avantage et de perte pour le second. Concrètement, cela signifiait que lors de la conclusion du contrat, on ignorait qui allait réaliser un gain et qui allait subir une perte, ce qui ne pouvait se mesurer qu'à l'occasion d'un sinistre ou à l'expiration de la garantie¹⁷. Sans entrer dans le

¹² L'étudiant qui occupe gratuitement un studio appartenant à un membre de sa famille pourra lui aussi trouver, mais plus facilement, une certaine valeur d'usage à cette possibilité de se loger et de suivre son cursus universitaire, afin d'obtenir un diplôme et un emploi qui valoriseront eux aussi cette occupation, etc.

¹³ A caractère indemnitaire ou à caractère forfaitaire. La loi autorise aussi les prestations en nature.

¹⁴ Sauf cas particuliers, prévus par la loi ou par le contrat (sinistre dit total, décès, etc.), ou sauf épuisement de la garantie, globalisation, etc.

¹⁵ « Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire ».

¹⁶ « Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain ».

¹⁷ Dont la durée peut être différente de celle du contrat

détail de cette théorie, il y avait gain pour l'assureur, et perte pour l'assuré en l'absence de sinistre, et en présence de celui-ci, gain pour l'assuré et perte pour l'assureur.

2) Le gain ou la perte, notions étrangères au contrat d'assurance

15. Toute référence à un gain ou à une perte, de l'une ou de l'autre partie, doit être bannie, sauf si l'on estime qu'avec la conclusion du contrat d'assurance, l'assureur ne prend aucun engagement envers l'assuré. Or, il a été démontré que l'obligation de couverture, qui dispose d'une valeur et correspond à une créance immédiate de l'assuré, est bel et bien la contrepartie de la prime.

L'analyse actuelle du contrat d'assurance montre que les notions de gain ou de perte, auxquelles est attachée l'impossible idée d'assurance « à fonds perdus », sont étrangères à la qualification du contrat d'assurance -et à notre connaissance, en 2024, aucune législation ne fait référence à un avantage (ou un gain) ni à une perte. On trouvera en pièce jointe au présent rapport quelques exemples de définitions du contrat d'assurance dans d'autres pays¹⁸ (ou d'absence de définition).

Le contrat d'assurance n'est donc pas un contrat aléatoire au sens des anciens articles 1104¹⁹ et 1964²⁰ du Code civil. Cela implique, à son propos, le bannissement de l'emploi des mots « aléa » et « aléatoire » en raison de leur ambiguïté²¹

Avec l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1104 a été modifié en 2016, pour devenir l'article 1108, et l'article 1964 a été abrogé, mais il serait réécrit et viserait le contrat d'assurance selon le projet de réforme des contrats spéciaux.

-II- L'inadaptation des articles 1108 (en vigueur) et 1964 (projet contrat spéciaux) du Code civil

-A- Article 1108 du Code civil

1) Contrat commutatif

« Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit ».

16. Pour paraphraser maladroitement cette disposition, on peut écrire que lors de la conclusion du contrat d'assurance,

¹⁸ PEICL, Afrique du Sud, Allemagne, Argentine, Australie, Belgique, Canada, Chine (PRC), Code CIMA (pas de définition), Espagne, Finlande, Grèce, Israël, Italie, Japon, Luxembourg, Maroc, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suisse, Taiwan, USA : Californie, Connecticut et New York (*document ppt « Dt Comparé Contrat d'assurance », J.Kullmann mai 2024*)

¹⁹ « Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire ».

²⁰ « Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain ».

²¹ Voir L.Mayaux, Faut-il définir le contrat d'assurance ?, RGDA juillet-août 2024 p.1 : « Il faut bannir l'aléa (qui est ambigu, car il peut être événementiel ou patrimonial) et le remplacer par le risque ou l'incertitude d'un événement ».

- l'assureur s'engage à procurer à l'assuré la couverture qui est regardée comme l'équivalent de la prime qu'il reçoit
- et l'assuré s'engage à procurer à l'assureur la prime qui est regardée comme l'équivalent de la couverture qu'il reçoit.

Au demeurant, il est utile de rappeler que ces engagements sont juridiquement indépendants de la survenance de l'événement incertain.

Le contrat d'assurance est sans aucun doute commutatif au sens de l'article 1108.

2) Contrat aléatoire

« Il est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain ».

17. Observée dans la cadre d'un contrat d'assurance, cette disposition suscite quelques interrogations :

- « Avantages et Pertes » : le texte n'indique pas **pour qui** résultera un avantage ou une perte. Il n'est pas dit que c'est pour chacune des parties²², en l'occurrence le souscripteur et l'assureur. Ce peut alors être pour l'assureur et le souscripteur, ou pour l'assureur ou l'assuré, ou pour l'assureur ou le bénéficiaire, ou même pour le souscripteur et le bénéficiaire **-toutes les combinaisons seraient envisageables...**

- « Avantages » : on ne sait ce que cette notion recouvre précisément, mais on peut renvoyer ici à l'ancienne idée de « gain », mais **celui-ci n'intervient pas dans le cadre du contrat d'assurance**, sauf obsession comptable ;

- « Pertes » : s'agit-il encore d'une notion comptable ? On sait qu'elle est inutilisable car **il n'y a pas d'assurance à fonds perdus.**

18. Ces données sont trop vagues ou inappropriées pour conduire à une qualification du contrat d'assurance au regard de la catégorie des contrats aléatoires. Tout au plus peut-on observer que selon l'interprétation qui serait donnée du texte, l'événement incertain pourrait être considéré comme résidant dans la personne du bénéficiaire de la prestation d'assurance, c'est-à-dire le créancier de l'obligation de règlement.

19. On ne peut ici déduire de ces développements qu'une certitude : le contrat d'assurance est un contrat commutatif au sens de l'article 1108 du Code civil.

Et il faut constater qu'il ne saurait être aléatoire, ne serait-ce, encore et toujours, qu'en raison de l'absence de la notion de perte exigée par ce texte.

²² Contrairement aux anciens articles 1104 (pour chacune des parties) et 1964 (pour toutes les parties ou l'une d'entre elles)

-B- Article 1964 (avant-projet)

20. L'avant-projet prévoit un nouvel article 1964 consacré aux contrats aléatoires, qui viserait, comme l'ancien, quelques contrats spéciaux :

“Sont aléatoires par essence les contrats dans lesquels chacune des parties court une chance de gain en même temps qu'un risque de perte, dépendant en leur totalité d'un évènement incertain.

Tels sont:

Le jeu et le pari;

La rente viagère, quand elle est constituée à titre onéreux;

La tontine.

Le contrat d'assurance est **aléatoire soit par essence, soit par détermination de la loi**”.

1) Les contrats aléatoires “par essence”

21. On croit comprendre que l'essence se situe dans la définition exprimée par le premier alinéa : dès que dans le contrat considéré, “chacune des parties court une chance de gain en même temps qu'un risque de perte, dépendant en leur totalité d'un évènement incertain”, il est aléatoire par essence.

a) Un voisinage incongru

22. Il est curieux de fourrer dans une même catégorie légale d'une part, le jeu, le pari, la rente viagère à titre onéreux et la tontine, et d'autre part, le contrat d'assurance.

Une très nette différence est pourtant perceptible d'emblée, même pour un non-juriste. Dans le premier groupe, chaque partie a un intérêt opposé à celui de l'autre : de façon excessivement brutale, on pourrait dire qu'elle cherche à tuer le partenaire. En revanche, il est évident que ni l'assureur ni l'assuré n'ont un tel état d'esprit²³.

b) Le retour du gain et de la perte, pour chacune des parties

23. Il a été montré que la naissance de l'obligation de couverture en contrepartie de la prime se situe à la conclusion du contrat d'assurance, que le contrat d'assurance est donc commutatif, et que la chance de gain et le risque de perte lui sont étrangères.

Si l'avant-projet d'article 1964 était consacré, il faudrait avoir l'audace d'affirmer que “par essence, le contrat d'assurance est commutatif et aléatoire”.

24. Bien plus, l'avant-projet précise que la chance de gain ou de perte doit être courue “par chacune des parties”. Dans le contrat d'assurance, il s'agirait donc du souscripteur et de l'assureur. Le contrat d'assurance ne serait donc pas aléatoire en présence d'une assurance pour compte, l'assuré n'étant alors pas partie au contrat. Et il en irait de même de la plus simple des assurances décès, le bénéficiaire n'étant pas, lui non plus, partie au contrat d'assurance²⁴.

²³ Il n'est pas nécessaire de développer outre mesure un tel truisme : on renverra simplement aux règles qui gouvernent l'intérêt d'assurance, le principe indemnitaire, la faute intentionnelle, et même le suicide, etc.

²⁴ A titre aussi incident que superflu, on rappellera tout d'abord, que le raisonnement est absurde dans le cadre des assurances à caractère indemnitaire : l'indemnité d'assurance ne peut être supérieure au montant dommage subi

c) La chance de gain et la perte dépendant “en totalité” d’un évènement incertain

25. Cette condition de la qualification en « contrat aléatoire par essence » est bien difficile à comprendre.

Soit une banale assurance contre l’incendie d’un appartement, intégrée à une non moins banale assurance multirisques habitation. L’incendie est l’évènement incertain ; s’il survient, l’assureur aura connu une perte en payant l’indemnité ; et l’assuré aura bénéficié d’un gain, l’indemnité étant supérieure à la prime payée. Toutefois, il est fréquent que la survenance de l’incendie ait été favorisée par le comportement de l’assuré lui-même ou d’un tiers, sans omettre que l’ampleur du sinistre a pu être accrue par l’absence de minimisation de son étendue. Le gain prétendument réalisé par l’assuré, et la perte tout aussi prétendument subie par l’assureur ont alors dépendu à la fois de l’incendie et d’un autre facteur : où se trouve la dépendance « en totalité » ?

Le contrat d’assurance n’est pas un contrat aléatoire « par essence ».

2) Le contrat d’assurance “par détermination de la loi”

a) La lecture du texte

26. Il faut soigneusement lire le texte

Le contrat d’assurance est aléatoire soit par essence, soit par détermination de la loi”.

Il n’est pas dit qu’il y a des “contrats d’assurance par détermination de la loi”.

Il est écrit qu’il y a **deux sortes de contrats aléatoires** :

- soit aléatoires par essence;
- soit aléatoires par détermination de la loi.

b) La compréhension du texte

Le contrat d’assurance est aléatoire soit par essence, soit par détermination de la loi”.

27. Il faudrait donc imaginer :

- que le contrat considéré n’est pas aléatoire par essence, car n’est pas satisfait le critère selon lequel “chacune des parties court une chance de gain en même temps qu’un risque de perte, dépendant en leur totalité d’un évènement incertain”;
- qu’en conséquence, le contrat ne peut être que commutatif ;

par l’assuré le jour du sinistre²⁴. On mesure ici l’ineptie du raisonnement : Où est le gain ? Sans omettre que l’assuré sera certainement heureux d’apprendre, par la grâce de l’article 1964, qu’il a ainsi réalisé un gain, après avoir vu ses biens disparaître, et sa famille périr dans les flammes. Ensuite, quand une assurance de personnes a un caractère forfaitaire, c’est la nature même de l’opération qui interdit d’évoquer un gain ou une perte pour l’assureur et pour l’assuré. En effet, les sommes sont fixées par le contrat sans égard à un dommage. Dès lors, soit on revient à l’interdiction de l’assurance sur la vie humaine (ordonnance de 1681), soit on soit en admet la validité (avis du Conseil d’Etat de 1818). Quant au mode de calcul des ces sommes (en euros, en unités de compte, en euros et en unités de compte, en euro puis en unités de compte, etc.), il est dépourvu d’incidence sur la réalité : l’évènement incertain se situe encore et toujours dans la durée de la vie humaine (même si de nombreuses assurances sur la vie font aussi intervenir d’autres circonstances : décès par suite de tel type d’accident, vie à tel anniversaire de l’assuré, etc.).

- mais qu'une loi vienne déclarer que ce contrat objectivement commutatif, est néanmoins un "contrat aléatoire" : il s'agira ainsi d'un contrat d'assurance par détermination de la loi.

Autrement dit, si l'on suit l'avant-projet d'article 1964, on est en présence d'un contrat qui n'est pas un contrat d'assurance par essence *car il n'est pas un contrat aléatoire* (pas de chance de gain ou de perte, etc.). Toutefois, il est cité par la loi comme étant un contrat aléatoire, et il devient alors un contrat d'assurance. Ce sont alors **tous** les contrats désignés par la loi comme aléatoires qui sont qualifiés de contrats d'assurance par détermination de la loi, même s'ils n'ont rien à voir avec l'opération d'assurance... Encore faudra-t-il trouver des lois qui affirment que tel ou tel contrat est aléatoire, alors qu'il est en réalité commutatif et non aléatoire.

On avouera ne pas comprendre le raisonnement qui conduit à une telle proposition.

En résumé,

- 1) Au regard des dispositions du Code civil, anciennes, actuelles et projetées, le contrat d'assurance n'est pas un contrat aléatoire. S'il fallait le qualifier, il est évident qu'il relèverait de la catégorie des contrats commutatifs. Mieux vaut donc ne pas évoquer, à son propos, l'aléa et le caractère aléatoire, ainsi que les notions de chance de gain ou de perte. Les articles 1108, en vigueur, et 1964, prévu par l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux, du Code civil sont inapplicables au contrat d'assurance.
- 2) Le cœur du contrat d'assurance se situant dans un événement incertain dans sa survenance ou dans sa date de survenance, cette incertitude correspond au risque, vocable utilisé tant dans l'actuel Code des assurances que dans le présent projet de réforme.
- 3) Les éléments qui doivent figurer dans la définition du contrat d'assurance, pour autant que celle-ci soit nécessaire, sont le risque, la prime et la prestation d'assurance.

PROPOSITIONS

établies par Jérôme Kullmann, Luc Mayaux et Anne Pélissier

1) Définition du contrat d'assurance

28. Cette définition doit figurer dans le Code des assurances (1er article ?). Et l'avant-projet d'article 1964 du Code civil ne doit pas mentionner le contrat d'assurance.
29. Il faut en réalité une double proposition : la première concerne directement la définition du contrat d'assurance, et la seconde précise ce qu'est un risque en matière de droit des assurances, en incluant l'assurabilité du risque putatif.

30. Proposition

Article L.XXX-1

Est un contrat d'assurance le contrat par lequel l'assureur s'engage envers le souscripteur, en contrepartie d'une prime, à couvrir un risque et à fournir une prestation dans le cas où il se réalise.

Article L.XXX-2

Le risque est soit un événement futur dont la survenance est incertaine ou dépend de la durée de la vie humaine, soit un événement passé dont la survenance est ignorée des parties.

2) Etudes complémentaires

a) Les risques composites

31. Le risque est dit composite lorsqu'il est constitué de plusieurs événements, soit selon la loi (assurances des catastrophes naturelles : une catastrophe et un dommage à un bien ; assurance de responsabilité : un fait dommageable et un dommage ; etc.), soit selon le contrat (assurance dite maladie-accident : une maladie ou un accident et une incapacité, une invalidité ou un décès ; etc.).
32. Le problème présenté par ce type de risque est classique :
- si les deux²⁵ événements surviennent après la conclusion du contrat d'assurance, l'assurabilité est certaine ;
 - si les deux événements sont déjà survenus avant la conclusion du contrat, l'assurance n'est pas possible, faute d'incertitude à cette date (sous réserve du risque putatif) ;
 - mais si le premier événement est déjà survenu, tandis que le second ne se réalise qu'après la conclusion, est-on encore en présence d'un risque assurable ? Et la connaissance ou l'ignorance de ce premier événement jouent-elles un rôle dans cette assurabilité ? En outre, faut-il tenir compte du caractère inéluctable du second événement ?

²⁵ Le nombre d'événements peut être supérieur (assurance de responsabilité : faut-il ajouter la réclamation ?)

Une étude complémentaire devra être réalisée afin de déterminer si un régime commun à tous les risques composites peut être envisagé.

b) Les différents sens du mot « risque »

33. Le risque peut désigner :

- l'événement incertain proprement dit ;
- le siège de l'événement (patrimoine ou personne) ;
- et la conséquence de la survenance de l'événement (l'atteinte)

Il faudra probablement préciser chacune de ces acceptions du “risque”.