



HAL
open science

Les notions de contrat d'assurance

Eloïse Haddad Mimoun

► **To cite this version:**

Eloïse Haddad Mimoun. Les notions de contrat d'assurance. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2017. Français. NNT: 2017PA01D069 . tel-01825804

HAL Id: tel-01825804

<https://theses.hal.science/tel-01825804>

Submitted on 28 Jun 2018

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

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



UNIVERSITE PARIS I PANTHÉON SORBONNE
Ecole de droit la Sorbonne

THÈSE

Pour l'obtention du titre de Docteur en droit
Présentée et soutenue publiquement
le 11 décembre 2017 par

Eloïse Haddad

Les notions de contrat d'assurance

Sous la direction du Professeur Vincent Heuzé

Membres du Jury

Mme	Mireille Bacache	professeur à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
M.	Vincent Heuzé	professeur à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
M.	Jérôme Kullmann	professeur à l'université Paris-Dauphine
M.	Laurent Leveneur	professeur à l'université Paris 2 Panthéon-Assas
Mme	Pauline Pailier	professeur à l'université de Reims Champagne-Ardenne

Remerciements

Je tiens à exprimer ma profonde gratitude à Monsieur le professeur Vincent Heuzé, pour son soutien, sa grande disponibilité et ses nombreux conseils durant la rédaction de ma thèse.

Je remercie également ma famille qui m'a accompagnée tout au long de mes nombreuses années d'étude, et particulièrement mes parents pour leur soutien moral et matériel, ainsi que leur confiance indéfectible.

Enfin, je remercie mon époux, Emmanuel, qui a supervisé tout l'aspect scientifique de cette thèse, m'a expliqué la mutualisation des risques et la mise en page sur \LaTeX , et sans lequel je n'aurais jamais réussi à finir ce travail.

A mes enfants

Liste des principales abréviations

APD : archives de philosophie du droit
Art. : article
BC : Bulletin civil
Cass. civ. : Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation
CA : Cour d'appel
D. : recueil Dalloz
Dalloz Rép. : répertoire Dalloz
Defrénois : répertoire Defrénois
Dr. fisc. : revue de droit fiscal
Gaz. Pal. : gazette du Palais
JCP : jurisqueuseur périodique (La semaine juridique), édition générale
JCP E : jurisqueuseur périodique, édition entreprises
JCP G : jurisqueuseur périodique, édition générale
JCP N : jurisqueuseur périodique, édition notariale
JO : Journal officiel
LPA : les petites affiches
RCA : revue responsabilité civile et assurances
RDC : revue des contrats
RGAT : revue générale des assurances terrestres
RGDA : revue générale de droit des assurances
RID comp. : revue internationale de droit comparé
RJ com. : revue de jurisprudence commerciale
RRJ : revue de la recherche juridique
RTD civ. : revue trimestrielle de droit civil
RTD com. : revue trimestrielle de droit commercial

Table des matières abrégée

Première partie

La notion conceptuelle de contrat d'assurance 31

Titre I Un contrat aléatoire de garantie 37

Chapitre introductif : L'établissement d'un protocole de qualification 39

Chapitre 1 Un contrat aléatoire 57

Chapitre 2 La garantie, finalité socio-économique du contrat 89

Titre II Un contrat aléatoire de garantie fondée sur la mutualisation des risques 121

Chapitre 1 L'insuffisance de la définition du contrat d'assurance comme contrat aléatoire de garantie 123

Chapitre 2 La mutualisation des risques, critère de qualification du contrat d'assurance 173

Seconde partie

Les notions fonctionnelles de contrat d'assurance 209

Titre I Contrat d'assurance et contrats de pari 213

Chapitre 1 La présentation des techniques de financement de la garantie distinctes de la mutualisation des risques 215

Chapitre 2 La qualification des contrats reposant sur des techniques alternatives de garantie 235

Titre II	Contrat d'assurance et contrats commutatifs d'épargne	259
Chapitre 1	L'apparition de contrats d'assurance-vie commutatifs à finalité d'épargne	261
Chapitre 2	La qualification fonctionnelle des contrats d'assurance-vie modernes	283

Introduction

*Omni definitio in iure periculosa est. Parum est enim ut non subverti possit.*¹

1 Le contrat d'assurance bénéficie d'un régime spécifique, énoncé dans le code des assurances. Néanmoins il ne fait l'objet d'aucune définition législative². En effet, l'activité d'assurance, bien que relativement récente³, connaît des mutations légales et techniques⁴ qui justifient ce silence, le législateur étant soucieux de ne pas enfermer l'activité des assureurs dans une définition rigide.

Néanmoins, comme la mise en œuvre d'un régime dépend de l'opération de qualification, l'identification des éléments constitutifs de la catégorie du contrat d'assurance est une nécessité. C'est pourquoi la Cour de cassation a proposé de retenir trois critères à l'occasion de décisions relatives aux contrats de défense en justice⁵. Ces éléments sont : un risque, une prime, une prestation d'assurance, et

1. Toute définition juridique est aventureuse, il en est peu qui ne soit sujette à être renversée (*Digeste*, 50. 17. 202).

2. D'autres pays ont adopté une définition législative du contrat d'assurance : ainsi la loi belge du 25 juin 1992 définit le contrat d'assurance comme « un contrat en vertu duquel, moyennant le paiement d'une prime fixe ou variable, une partie, l'assureur, s'engage envers une autre partie, le preneur d'assurance, à fournir une prestation stipulée dans le contrat au cas où surviendrait un événement incertain que, selon le cas, l'assuré ou le bénéficiaire, a intérêt à ne pas voir se réaliser » (art 1er A).

Selon la loi luxembourgeoise du 27 juillet 1997, le contrat d'assurance se définit ainsi : « contrat en vertu duquel, moyennant le paiement d'une prime fixe ou variable, une partie, l'assureur, s'engage envers une autre partie, le preneur d'assurance, à fournir une prestation stipulée dans le contrat au cas où : dans l'assurance de dommages survient un événement incertain que l'assuré a intérêt à ne pas voir se réaliser ; dans l'assurance de personnes survient un événement incertain qui affecte la vie, l'intégrité physique ou la situation familiale de l'assuré » (art 1er A).

Enfin, le code civil du Québec énonce : « le contrat d'assurance est celui par lequel l'assureur, moyennant une prime ou cotisation, s'oblige à verser au preneur ou à une tiers une prestation dans le cas où un risque couvert par l'assurance se réalise » (art. 2389).

3. En effet, bien que les mécanismes de solidarité familiale existent depuis toujours, et que le développement de l'assurance maritime date du Moyen Age, les assurances terrestres sont nées aux XVIIIe siècle (Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 13e éd., 2011, §2).

4. *ibid.*, §9 et s.

5. Cass. civ. 31 janv. 1956, C. J. BERR et H. GROUDEL, *Les grands arrêts du droit des assurances*, 1978 n°1, *RGAT* 1956, p. 81 ; *D.* 1956. 589, note Hébraud ; *JCP* 1956.II.9298, note A.B.

sont cumulatifs⁶. Ainsi, le contrat d'assurance est une convention dans laquelle une partie garantit un risque en échange du paiement d'une prime.

Cette définition met en lumière les éléments principaux qui composent tout contrat d'assurance ; néanmoins, elle est insuffisante pour distinguer ce dernier d'autres contrats, puisqu'elle fait appel à des concepts dont le sens est problématique, sans les préciser. Ainsi, la Cour de cassation ne définit ni la garantie, ni le risque, notions qui méritent pourtant quelques explications.

Par ailleurs, la doctrine s'est attachée à proposer des définitions plus précises⁷. Néanmoins, aucun consensus n'a jamais été établi sur des points délicats comme la place de la technique d'assurance dans la définition du contrat, ou encore sur la notion de risque.

2 Il nous semble que les difficultés relatives à la définition du contrat d'assurance sont le fruit, d'une part, des spécificités de l'activité d'assurance, d'autre part, des zones d'ombre de la notion de catégorie contractuelle. L'entreprise de définition de ce contrat ne peut faire l'économie du constat de ces difficultés. Elle implique d'en comprendre les raisons afin de les surmonter.

En effet, l'activité d'assurance est une activité financière monopolistique, qui joue un rôle non négligeable dans le financement de l'économie⁸. Comme elle est limitée aux opérations d'assurance, la définition de ces dernières est une entreprise délicate pour le juriste qui dispose des outils du droit civil pour les comprendre. De plus, toute définition juridique court le risque d'être en porte-à-faux avec un secteur en mutation permanente.

Voir également Cass. 1ère civ., 24 avr. 1979, *RGAT* 1980, p. 50.

6. Concernant la définition des éléments caractéristiques, la Haute Cour prend bien soin de relever les éléments qui composent chacun d'eux : dans la première et la deuxième espèce, le risque est constitué par le paiement des frais d'avocat et d'avoué. Cet événement doit être « futur et incertain et indépendant de la volonté des parties ». La prime, elle, est constituée par l'existence du paiement d'une « somme fixe et forfaitaire qui présente bien le caractère d'une prime ». La prestation d'assurance, enfin, est représentée par « le remboursement des honoraires d'avocat et d'avoué », qui « constitue bien un dédommagement, et par suite une indemnité ».

7. En plus définitions proposées dans les traités et les ouvrages généraux de droit des assurances, plusieurs thèses ont déjà été consacrées à la question : V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, préf. J. Héron, L.G.D.J., 1996 et B. DEMONT, *L'aléa dans le contrat d'assurance*, préf. L. Leveueur, Institut universitaire Varenne, collection des thèses, 2013.

8. L'activité d'assurance est strictement réglementée : le livre III du code des assurances, le livre II du code de la mutualité et le livre IX du code de la sécurité sociale prévoient une réglementation administrative et financière stricte pour, respectivement, les entreprises d'assurance, les mutuelles 45, et les institutions de prévoyance. La soumission à ce contrôle découle de l'attribution conditionnée d'un agrément (art. L. 321-1 c. ass.), de sorte que l'exercice de l'activité d'assurance bénéficie d'un monopole (art. L. 310-2 c. ass.), dont la violation entraîne des sanctions pénales et civiles : l'article L. 310-2 III c. ass. prévoit la nullité des contrats souscrits en infraction au monopole, et l'article L. 310-27 c. ass. énonce des sanctions pénales (peine d'emprisonnement de trois ans et 75 000 euros d'amende).

Le second point qui constitue une source de difficulté est relatif à la notion de catégorie contractuelle, et concerne tous les contrats. En effet, toute étude portant sur la qualification contractuelle se heurte à une difficulté théorique spécifique. Peu d'études de droit interne ont été consacrées à la question de la qualification contractuelle. Si le concept de catégorie contractuelle reste encore largement inconnu du droit français, c'est parce qu'il implique un renoncement partiel au principe d'autonomie de la volonté qui analyse le contrat comme l'œuvre des parties. Dans cette optique, chaque contrat est unique, la seule catégorie générale de « contrat » étant dès lors suffisante pour la détermination du régime, puisque le contrat s'appuie sur le régime commun, et laisse le champ libre aux parties pour y déroger ou le compléter à leur guise. En termes de qualification, cela signifie qu'il existe autant de catégories que de contrats.

Néanmoins, l'évolution contemporaine du droit des contrats, marquée par la multiplication des contrats d'adhésion et l'inflation des réglementations impératives, remet en cause, du moins partiellement, cette approche. La remarque est même désormais devenue un poncif et a donné lieu à une abondante littérature sur ce qui a été désigné dans les années 1960 comme « la crise du contrat »⁹. Si les débats continuent, un consensus existe sur le contrat d'assurance. L'impérativité de sa réglementation et l'exigence d'agrément pesant sur les organismes d'assurance interdisent d'ignorer l'existence d'une catégorie propre ; ou plutôt : si elle n'existe pas, il faut l'inventer.

Ainsi, quelle que soit la position que l'on adopte à propos du débat sur l'autonomie de la volonté, il est logiquement impensable d'ignorer l'existence d'une catégorie contractuelle spécifique en matière d'assurance. La définition de cette catégorie étant l'objet de notre étude, il nous faut donc déterminer une méthode de qualification des contrats. La démarche implique de s'interroger dans un premier temps sur l'objet de la méthode, la notion de catégorie contractuelle (1), et, dans un second temps, d'expliquer le choix d'une technique de catégorisation (2).

9. Sur cette question, voir F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, §44 ; H. BATIFFOL, « La "crise du contrat" et sa portée », *APD*, 1968, p. 13.

Section 1

L'objet de la méthode : La notion de catégorie contractuelle

3 Il existe un paradoxe, voire une antinomie dans la notion même de catégorie contractuelle, car le libéralisme du principe d'autonomie de la volonté s'accorde mal avec la rigidité formelle de la méthode de qualification (§1). Il faut donc étudier la nature des concepts juridiques afin d'éclairer le contenu des catégories contractuelles (§2).

§1 Le hiatus entre la technique de qualification et la logique juridique contractuelle

4 L'opération de qualification est définie comme la pratique consistant à subsumer des faits sous des normes juridiques, en vue de la production d'effets de droit¹⁰ ; la qualification subsume des faits (en droit interne) ou une question de droit (en droit international privé)¹¹ sous une catégorie, afin d'identifier les règles de droit applicables.

La qualification est au cœur du raisonnement juridique puisqu'elle est nécessaire pour la mise en œuvre des règles. Un acte ou un fait, pour qu'il soit encadré juridiquement, doit nécessairement être inséré dans une catégorie. La qualification est donc l'opération qui permet le passage entre une réalité multiple, changeante, et un réseau rigide de règles prédéfinies. Le dictionnaire de la culture juridique emploie un vocabulaire plus technique, estimant que « la qualification représente une étape indispensable en tant qu'elle assure une circulation entre le monde du *Sollen* (l'univers symbolique où se situent les textes juridiques destinés à régir la conduite des hommes) et celui du *Sein* (l'univers concret où se déploient les comportements humains)¹². »

10. *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. Alland et S. Rials, PUF, 2003, entrée : « qualification ».

11. L'objet de la qualification diffère en droit interne et en droit international privé. cf. B. ANCEL, « L'objet de la qualification », *JDI*, 1980.

12. *Dictionnaire de la culture juridique* cit..

5 En droit interne, l'opération est bien connue : on subsume des faits sous une règle de droit. Les études sur ce point sont rares, car l'opération ne pose pas de problème particulier. Il n'est donc pas nécessaire de s'étendre sur ce point. En effet, la catégorie est analytique¹³, et proche de l'objet à qualifier.

La difficulté en droit interne naît non pas de l'opération elle-même (« l'objet-fonction », pour reprendre la terminologie de M. Ancel), ni même de la matière sur laquelle elle porte (« l'objet-matière »), mais, dans certains cas, en particulier en matière de contrat, des contours de la catégorie¹⁴. Or, cette difficulté ne porte pas à proprement parler sur le domaine de la qualification.

6 En effet, le terme de qualification porte en lui-même une lourde ambiguïté. Certes, la qualification est avant toute chose le travail du juge, qui, face à une situation concrète, a comme tâche de la faire entrer dans une catégorie. La qualification relève du domaine procédural. Néanmoins, la qualification peut également consister en un travail plus abstrait, qui servira sans aucun doute à la qualification procédurale, mais ne s'identifie pas pour autant à cette opération. Il s'agit de définir les catégories. Pour plus de clarté, la qualification entendue en ce second sens peut être appelée également « catégorisation »¹⁵. La catégorisation s'opère en amont, tandis que la qualification s'opère en aval du processus de reconnaissance de l'acte ou du fait. En matière de contrat, M. Bénabent note que la « catégorisation » est l'œuvre du législateur ou de la pratique¹⁶, tandis que la qualification est l'œuvre du juge. Pour

13. B. ANCEL, « L'objet de la qualification... » cit., §4, p. 229.

14. En ce sens, M. le doyen Cornu écrit : « *Formellement*, les notions de base ne sont pas toujours définies par la loi, et la définition légale, lorsqu'elle existe, n'est pas toujours la plus satisfaisante. Beaucoup de notions juridiques sont le produit plus ou moins abouti d'une élaboration prétorienne ou doctrinale : phénomène qui entretient une incertitude sur le contenu de la notion.

Au fond, la difficulté tient au degré variable de détermination que présente, par nature, la catégorie juridique. Certaines notions, très élaborées, sont aujourd'hui fixées, avec une rigueur presque mathématique, dans un sens technique de précision. Ainsi, les notions de solidarité passive, subrogation, compensation. A l'opposé, d'autres, dont le contenu est intentionnellement laissé dans le vague, ont pour vocation naturelle d'être indéterminées, et donc toujours déterminables et remodelables, suivant les circonstances et les époques, notions souples, malléables et évolutives, dont l'indétermination intrinsèque est un facteur d'adaptation : ainsi les notions de bonne foi, de fraude, de bon père de famille, de bonnes moeurs, d'équité, de bonne justice, d'ordre public qui sont -s'il existe dans la structure juridique une distinction entre le dur et le mou - les organes flexibles du système. Cependant entre les deux types de notions -l'ossature et la chair- s'égrène la kyrielle des notions dont on attendrait une définition précise et qui, lieu de controverses, sont toujours à la recherche de celle-ci : faute, garde, opposabilité, rétroactivité, droits éventuels ; catégories qui sont parfois trompeuses dans la mesure où le terme technique qui les recouvre annonce une précision qu'elles n'ont pas (indivisibilité, connexité, etc.). » (G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, coll. Domat, 2007, 13e éd.).

15. La distinction entre qualification et catégorisation a été opérée notamment par J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, L.G.D.J., 1999 (§44 et s.).

16. A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, L.G.D.J., 16e éd., 2016, p. 2.

ce faire, le juge opère en deux temps : il doit, « d'une part, déterminer de manière abstraite les éléments juridiques caractéristiques d'un type de contrat (...). D'autre part, relever concrètement dans le contrat conclu par les parties les circonstances de fait qui correspondent à ces éléments de droit¹⁷ ».

7 Or, le lien entre catégorisation et qualification est extrêmement étroit en matière de contrat. En effet, le principe de l'autonomie de la volonté impose de donner des effets juridiques à tout accord issu de la volonté des parties. Le contrat étant le pur produit de la volonté des parties, tout contrat crée une nouvelle catégorie, la sienne propre. Contrat et catégorie se confondent. La qualification devient dès lors une étape marginale du raisonnement juridique, puisqu'il suffit d'associer l'acte en question à la catégorie générique du contrat, ce qui ne pose pas de difficulté spécifique, excepté pour les contrats *sui generis*.

Néanmoins, on peut se demander si les catégories contractuelles sont de même nature que les autres catégories juridiques. En effet, il y a une contradiction dans le raisonnement juridique actuel : le recours à la qualification, et la logique syllogistique qui lui est associée, sont le fruit d'un droit formaliste, comme l'était le droit romain. Le formalisme tend à lutter contre deux écueils : l'arbitraire ou le libéralisme excessif. Dans le premier cas, le juge applique les règles qu'il désire ; dans le second, il donne effet à tout ce que veulent les individus. Or, c'est bien la logique libérale qui prime en matière de contrat, bien que la volonté individuelle soit encadrée quelque peu, notamment par l'ordre public. Il n'en demeure pas moins que la logique en œuvre en droit des contrats est une logique permissive¹⁸.

17. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, L.G.D.J., 2014, p. 7.

18. L'origine du principe d'autonomie est surprenante : on aurait pu penser que l'autonomie de la volonté était une traduction juridique d'un volontarisme économique libéral. En réalité, il n'en est rien. Selon M. Deroussin, le principe a des origines dans le droit canonique, et a trouvé ses premiers fondements dans les textes bibliques (D. DEROUSSIN, « La notion de contrat », *Le contrat: approches historiques et théoriques*, Cahiers du Centre lyonnais d'histoire du droit et de la pensée politique, 2004) ; les canonistes considéraient que Dieu ne faisait pas de différence entre le serment formel et la simple promesse, et que commettait un péché mortel celui qui enfreignait la parole donnée. Cette position a été nuancée par la suite, probablement avec l'abandon progressif d'une appréhension de l'homme comme visage de Dieu. La volonté humaine devait procéder alors d'un principe non divin afin de donner effet à son expression. Le berceau du système normatif a servi de réceptacle à la volonté individuelle. C'est parce qu'il s'inscrit dans un ordre juridique que le contrat produit des effets de droit (*ibid.*, p. 14). L'idéologie volontariste et individualiste qui sous-tend le principe d'autonomie de la volonté a laissé place à une soumission des droits subjectifs au droit objectif. Ainsi, pour Kelsen (*ibid.*, p. 15 ; voir aussi H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, pp. 33-76), le contrat produit une norme qui doit s'inscrire dans la hiérarchie des normes et tient sa force et sa validité de sa conformité à la norme supérieure. Au législateur d'organiser aux parties leur marge de liberté, notamment en aménageant les conditions d'expression du consentement. Désormais, si le contrat est sanctionné par l'ordre juridique, c'est parce qu'il est conforme à l'utilité sociale.

Par conséquent, le recours à des catégories contractuelles prédéfinies entre en contradiction avec la logique libérale en œuvre dans le droit français contractuel. La notion même de catégories contractuelles est paradoxale. Il convient donc de s'interroger sur le fonctionnement de la logique juridique, afin d'être en mesure de déterminer par la suite un protocole de catégorisation (§2).

§2 Le fonctionnement de la logique juridique

8 Les concepts juridiques sont à la fois fruit de l'observation du monde des hommes et réalités créatrices. Ils ont donc une double nature : leur vérité peut naître de l'observation d'une réalité extérieure, tandis que parfois ils sont leur vérité, c'est-à-dire qu'ils incarnent eux-mêmes ce qui est. C'est en ce sens que se prononce la philosophe Jeanne Parain-Vial¹⁹, qui s'est interrogée sur la constitution de concepts juridiques et présente leur nature hybride sous l'angle de l'éthique : « le concept juridique se réfère à deux ordres : un ordre immanent aux faits et l'ordre du Bien. » Cela tient au fait que le droit a la double fonction de réguler et de dessiner la trame du monde social au moyen d'injonctions. La catégorie régule les rapports sociaux qui ont leur origine dans la nature : la filiation par exemple ; en revanche, elle crée sa propre réalité lorsqu'il s'agit des faits purement sociaux : c'est le cas du mariage. Parfois, la catégorie dépasse le fait naturel qu'elle régule pour en devenir elle-même la source : c'est le cas du lien de filiation dans les pays qui permettent aux couples homosexuels d'avoir des enfants.

Ainsi, la catégorie est un concept qui remplit une fonction double, c'est-à-dire qu'il sert à la fois à la représentation théorique du réel et à la classification de la réalité²⁰. Comme la catégorie est la charnière entre le monde du *Sein* et celui du *Sollen*, sa nature est hybride, car, pour employer un vocabulaire kantien, sa source est nécessairement *a posteriori* mais sa fonction sert une représentation *a priori*. Or, la distinction entre la source du droit (tirée de l'expérience) de sa fin (le concept juridique pur, en quelque sorte), est plus ou moins marquée selon la vision du droit que l'on adopte. Ainsi, si le droit est appréhendé comme une discipline casuistique, s'appuyant sur un raisonnement dialectique, alors le concept pur occupe une place minimale dans le raisonnement et il n'est donc pas nécessaire de le distinguer de l'observation du réel. En d'autres termes, le *Sollen* ne se distingue pas ou prou du

19. J. PARAIN-VIAL, « La nature du concept juridique et la logique », *APD*, n° 11, *La logique du droit*, 1966, p. 50.

20. En ce sens, cf. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, 2002, §22.

Sein. La catégorie est alors un concept essentiellement *a posteriori*, et la catégorisation a comme fonction première une classification des données observées dans la réalité.

En revanche, si on appréhende le droit comme une discipline scientifique, basée sur un raisonnement déductif, alors la catégorie retrouve son rôle charnière entre la réalité et le monde des symboles. Elle est alors un concept théorique, sorte d'axiome mathématique ou de postulat physique, est sa forme doit être recherchée dans un devoir-être, et non dans une conformation à la réalité établie.

Les deux visions du droit se sont affrontées au cours des siècles précédents. Nous exposerons les termes du débat (A) puis tenterons d'expliquer les théories contemporaines (B).

A Les évolutions historiques de la logique juridique

9 Il convient en premier lieu de définir ce qu'on entend par logique juridique. La logique est un sujet d'étude à part entière, que l'on classe comme étant une branche des mathématiques. Mme Parain-Vial la définit de façon très large comme l'étude des méthodes employées pour atteindre la Vérité ou au moins des vérités dans les différents domaines de recherche²¹. M. Husson en donne une définition plus précise : « La logique consiste à enchaîner des relations qui lient elles-mêmes des termes exactement définis. ²² »

En ce qui concerne la logique juridique, les opinions divergent non seulement sur son contenu, mais également sur son existence même : le logicien Kalinowski²³ et la juriste Mme Mathieu-Izorche²⁴ considèrent que la logique est absolue, qu'elle ne varie pas selon la matière sur laquelle se porte l'étude ; par conséquent, il est impropre de parler de logique juridique. En revanche, Perelman s'inscrit en porte-à-faux par rapport à cette opinion : la logique présente plusieurs visages, et lorsque Kalinowski parle de logique absolue et invariable, il s'agit seulement de la logique formelle. Il existe d'autres formes de logique, comme la logique juridique, qui présente ses propres spécificités, notamment son caractère relatif et contingent ; elle varie selon l'époque : « La logique juridique est liée à l'idée que l'on se fait du droit et s'adapte

21. J. PARAIN-VIAL, « La nature du concept juridique et la logique » cit., p. 45.

22. L. HUSSON, « les apories de la logique juridique », *La logique juridique (Travaux du IIe colloque de philosophie du droit comparé)*, Toulouse, 1966, éd. Pédone, 1967, p. 40. Il précise en note : « définis au sens étymologique, c'est-à-dire déterminés ».

23. G. KALINOWSKI, « Logique formelle et droit », *La logique juridique (Travaux du IIe colloque de philosophie du droit comparé)*, Toulouse, 1967, p. 203.

24. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, P.U.F., coll. Thémis, Droit privé, 2001, Introduction.

à celle-ci.²⁵ ». Et c'est en suivant le même ordre d'idées que Villey écrit : « (...) lorsqu'il s'agit de définir ce qu'est la logique juridique, c'est-à-dire quelle part de la logique ou quelle espèce de logique est applicable dans le droit, comment ne pas d'abord s'entendre sur le sens du mot droit ?²⁶ ».

10 Si l'on résume, deux visions du droit se sont affrontées au cours des siècles²⁷, opposant les formalistes aux antiformalistes : les formalistes sont partisans d'une analyse formelle du raisonnement juridique et visent à lui assigner des règles analogues à celles que l'on formule en logique mathématique. En revanche, les antiformalistes rejettent l'assimilation du droit aux mathématiques et estiment qu'il s'agit d'une analyse stérile. Chaque courant a connu son heure de gloire. Villey distingue deux moments²⁸ : l'époque moderne, dans laquelle le droit est présenté comme une production de l'esprit, et est analysé comme une science. Les règles de droit sont organisées de façon systématique et le passage du droit au fait passe à travers un raisonnement d'une rigueur mathématique, de forme déductive : « la solution de droit ne peut être fondée comme telle, sa validité démontrée, qu'en la reliant déductivement à une règle juridique donnée ». Le juriste est alors également mathématicien²⁹. Il existe certes des courants de pensée divergents, comme les jusnaturalistes d'une part, et les positivistes d'autre part³⁰, mais pour tous, le droit reste un système logique dont l'application au fait passe par un raisonnement déductif, dont le modèle préféré est le syllogisme. Dans cette logique, dont nous avons hérité pour partie, la catégorie joue un rôle central puisqu'elle est le point d'articulation du raisonnement juridique, lorsque celui-là fait le lien entre la norme et le fait. Préconstituée, elle est alors plus normative que descriptive.

Villey oppose cette vision moderne du droit à la vision qu'il appelle « classique », c'est-à-dire celle des juristes grecs et latins et ceux du Moyen-Age inspiré de la tradition gréco-romaine. Dans cette perspective, le droit n'est pas une science raisonnée ; c'est le souci de trouver le juste, à partir de quelques règles et surtout d'une grande casuistique. Dans cette vision, le raisonnement déductif n'était pas admis pour deux

25. C. PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1979, nouvelle éd. 1999, Introduction, p. 5.

26. M. VILLEY, « Histoire de la logique juridique », *La logique juridique (Travaux du IIe colloque de philosophie du droit comparé)*, Toulouse, 1966, éd. Pedone, 1967, p. 65.

27. Voir sur cette question *ibid.*, p. 65 et L. HUSSON, « les apories de la logique juridique » cit..

28. M. VILLEY, « Histoire de la logique juridique » cit., p. 65.

29. C'est le cas par exemple de Descartes et de Leibniz.

30. Ce qui distingue les théoriciens du droit naturel des positivistes, c'est que, pour les premiers, la règle juridique est elle aussi déduite d'un principe, tandis que selon les seconds, elle est un produit arbitraire de la volonté du législateur (*ibid.*, p. 70).

raisons³¹ : d'abord, les règles de droit étaient trop nombreuses, et ne formaient pas un tout homogène. Ensuite, elles étaient issues de précédents, c'étaient l'œuvre de juristes. Il fallait donc procéder à un travail d'adaptation de la règle au fait. « Les règles ont servi de tremplins pour s'approcher par tâtonnements de la solution définitive ; de tremplin plutôt que de prémisses ». La logique en œuvre était donc dialectique, argumentative, et non démonstrative³².

B La logique juridique contemporaine

Il Qu'en est-il du droit contemporain ? La présentation du droit comme science déductive nous paraît désormais quelque peu surannée. Il est vrai que l'omniprésence de la loi, présentée comme émanation de l'autorité sociale et source première du droit, a conduit les juristes du XIXe siècle à appréhender le droit comme un système clos, parfait, dans lequel le juge n'avait qu'à puiser pour dérouler le fil du raisonnement juridique³³. Néanmoins, à travers son œuvre, Gény³⁴ a remis en question cette vision en mettant en lumière le rôle essentiel de l'interprétation dans la création du droit. Quant à la loi elle-même, nous ne reviendrons pas sur ce qui est désormais devenu un poncif, dénoncé par tous, c'est-à-dire sa déchéance, nourrie d'une part par sa médiocrité intrinsèque (contenu obscur et non juridique, multiplication des textes) et d'autre part par la concurrence des Droits de l'homme, qui la supplantent dans sa légitimité morale.

1. L'hésitation entre deux visions de la logique juridique

12 Cependant les deux visions du droit - d'une part, le discours dialectique, d'autre part, la logique déductive - demeurent en toile de fond. Ainsi, la vision dialectique du droit a connu un regain de faveur sous l'impulsion de l'école de Bruxelles, dirigée par Perelman. S'opposant aux partisans de la logique formelle, Perelman soutient qu'il existe une autre logique en œuvre dans le droit³⁵, qui ne s'applique pas seulement au droit, mais également à tous les énoncés comportant des éléments prescriptifs.

31. *ibid.*, p. 74.

32. Techniquement, la démonstration est soutenue par un syllogisme qui s'appuie sur des prémisses nécessaires et l'argumentation sur des prémisses probables (L. HUSSON, « les apories de la logique juridique » cit.).

33. En ce sens, *ibid.*, p. 37.

34. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1921.

35. C. PERELMAN, « Raisonnement juridique et logique juridique », *APD*, n° 11, *La logique du droit*, 1966, p. 2.

Cette logique non-formelle est consacrée à l'étude de l'argumentation, c'est-à-dire l'ensemble des raisonnements qui viennent appuyer ou combattre une thèse, qui permettent de critiquer ou de justifier une décision.

Sans contester le caractère relatif de la science juridique, Kalinowski a une approche différente de la logique juridique, qui ne présente aucune spécificité par rapport à la logique en général³⁶. En effet, il part du principe selon lequel la logique déductive contemporaine se distingue de l'ancienne : selon Aristote, le raisonnement déductif était celui qui faisait passer de l'universel au particulier. Mais depuis le XIXe siècle, et l'intervention de Boole, le raisonnement déductif a une acception bien plus large, puisqu'il se définit comme « le raisonnement se conformant à une règle fondée sur une loi logique ; la loi logique n'est qu'une espèce de loi scientifique, (qui) constate une relation constante et nécessaire, existant entre les phénomènes étudiés ». Selon Kalinowski, il n'existe désormais qu'une seule forme de logique, et « il est vain d'essayer d'étudier une logique juridique au sens propre du mot, celle-ci n'existant pas³⁷ ». La logique existe indépendamment de l'objet auquel elle s'applique, elle est un « instrument universel³⁸ ». Il soutient que la logique dialectique est une sous-catégorie de la logique déductive, car la logique déductive doit être entendue dans un sens plus large que le sens aristotélicien. Ainsi le droit demeure une science déductive, et la preuve en est que le juriste a toujours recours au syllogisme. La spécificité du syllogisme juridique est qu'il est dialectique, c'est-à-dire qu'il repose sur des propositions probables, tandis qu'un syllogisme analytique ou démonstratif repose sur des propositions certaines³⁹ ; or la logique dialectique est une sous-catégorie de la logique déductive. Ainsi, le syllogisme juridique demeure toujours, pour le logicien, un syllogisme déductif⁴⁰.

Certes, les positions sont beaucoup plus nuancées au XXe siècle qu'elles n'ont pu l'être dans le passé. Ainsi, Kalinowski reconnaît que la logique déductive n'épuise pas le raisonnement juridique, et que l'argumentation et l'intuition y jouent également un rôle essentiel. Quant à Perelman, sa démarche heuristique porte sur la formalisation d'une logique juridique propre, mise sur un pied d'égalité avec la logique formelle. Néanmoins, il demeure que l'opposition entre méthode inductive et méthode déductive semble constituer un point d'achoppement dans toute entreprise d'épistémologie juridique. Ainsi, M. Tusseau note qu'« à rebours des enseignements de l'épistémologie

36. G. KALINOWSKI, « Logique formelle et droit » cit., p. 203.

37. Kalinowski, y a-t-il une logique juridique ? *logique et Analyse*, 1959, p. 53. Cité par C. PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique* cit., Introduction, , p. 4.

38. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique* cit., p. 6, qui adhère à la position de Kalinowski.

39. La distinction a été établie par Aristote.

40. G. KALINOWSKI, « Logique formelle et droit » cit., p. 202.

contemporaine des sciences empiriques, les juristes sont longtemps restés attachés -explicitement ou implicitement - à une théorie des concepts teintée d'un fort réalisme ontologique ou d'un fort platonisme (...) »⁴¹. Quant à M. Bergel, il refuse de prendre position sur la catégorisation de la logique juridique, en soulignant la pluralité des techniques mises en œuvre : « Cet ouvrage ne prétend pas non plus trancher l'épineuse question, purement théorique, de savoir si la méthodologie juridique procède de celle des sciences exactes, physiques ou de la nature, de celle des sciences expérimentales, de celle des sciences humaines ou de celle des sciences sociales... La méthodologie juridique emprunte manifestement aux autres disciplines des procédés qui ne lui sont pas propres. Elle opère, selon le cas, comme elles, par déduction, par induction, par expérimentation, par vérification... »⁴².

13 Il nous semble que la vision formaliste, ontologique et platoniste du droit est incorrecte. Si le juriste emprunte en effet toutes sortes de procédés logiques, c'est parce que la solution doit être fondée en raison. Néanmoins, cette exigence de rationalité ne permet pas d'inscrire le droit dans la catégorie des disciplines scientifiques. En effet, il nous semble que scientificité et rationalité ne se confondent pas nécessairement.

2. Le refus d'assimiler la logique juridique à la logique scientifique

14 L'assimilation du droit à une science repose sur deux contresens : l'un porte sur le raisonnement scientifique, l'autre sur les fins du droit.

15 Le premier contresens repose sur une analyse erronée de la logique scientifique. En effet, le scientifique est souvent représenté comme « un miroir sur lequel les choses du monde viennent se refléter »⁴³, de sorte que l'assimilation du droit aux sciences sert de prétexte pour donner aux concepts juridiques la valeur de vérités essentielles et absolues. Or, contrairement aux idées reçues, les sciences ne reposent pas sur d'hypothétiques descriptions générales et universelles, susceptibles d'être dites fausses ou vraies. Les lois scientifiques sont des outils humains mettant le monde en système. Comme l'explique M. Amselek, « ce sont les observations sur la base desquelles cette loi a été élaborée ou encore les prévisions, les observations anticipées, faites sur la base de cette loi, qui peuvent être dites vraies ou fausses, mais non

41. G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle, la notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *RFDA*, 2009, p. 641, §4.

42. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, P.U.F., coll. Thémis, Droit, 2001, p. 27.

43. P. AMSELEK, « La part de la science dans les activités des juristes », *D.*, 1997, chron. pp. 337-342.

les lois elles-mêmes qui ne sont pas, encore une fois, des descriptions du monde mais des systématisations de ses productions ; l'expérience permet seulement de leur dénier, non pas une valeur de vérité, mais une valeur utilitaire, pragmatique ». C'est pourquoi les lois scientifiques sont « jetables », dès lors qu'elles cessent d'être utiles et peuvent être remplacées par d'autres outils plus performants. C'est également pour cela qu'une ancienne loi peut continuer à être utilisée, si elle conserve une certaine utilité, même si les chercheurs ont élaboré une nouvelle loi plus efficiente et qui est en désaccord logique avec elle. Paul Amselek donne l'exemple des lois de Newton que les physiciens continuent à utiliser parce qu'elles sont plus commodes à manier dans les expériences de la vie ordinaire que les lois de la relativité générale d'Einstein, qui sont elles-mêmes concurremment utilisées avec les lois de la mécanique quantique⁴⁴. Le physicien Edouard Brézin confirme cette analyse lorsque, à propos de la théorie des supercordes, supposée réconcilier les différents systèmes, il écrit : « Mais surtout, quelle erreur commettrait-on si l'on imaginait que notre quête de la compréhension du monde pouvait se résumer à ce réductionnisme absolu ! La complexité d'un monde, où le moindre grain de matière est composé de milliards de milliards de constituants, n'a cessé de défier nos investigations. Chaque fois que nous avons progressé dans cette compréhension, la nature nous a mis en présence d'autres types d'organisation (ou de désordre) que nous ne savions pas encore appréhender »⁴⁵.

Il faut donc admettre que même dans les sciences dites exactes, les concepts ou postulats ne sont pas des vérités descendues du monde des Idées, mais des outils qui ont leur sens et leur utilité dans une théorisation préalable et nécessaire à l'appréhension des faits. Il en est ainsi, *a fortiori*, en droit, où les notions, concepts, et catégories ne sont autres que des outils au service d'une fin précise.

16 Le second contresens qui incite à une confusion entre le droit et les sciences repose précisément sur cette fin. En effet, les sciences et le droit servent des finalités parfaitement distinctes : Ainsi les règles de droit sont des outils de direction des conduites, de gouvernement des peuples humains élaborées par les pouvoirs publics qui sont placés à leur tête. Le droit est une technique de contrainte sociale, qui repose sur l'élaboration d'une démarche technologique (au sens de théorie de la technique)⁴⁶. Les lois scientifiques sont également des outils fabriqués par l'homme, mais tandis que

44. *ibid.*. On notera que cette assertion n'est pas tout-à-fait vraie : en effet, la théorie de la relativité générale et la mécanique quantique ont des champs d'application différents, de sorte qu'elles ne sont pas à proprement parler en concurrence.

45. Edouard Brézin, Préambule, *in* A. ASPECT, R. BALIAN, S. BALIBAR, E. BRÉZIN, B. CABANE, S. FAUVE, D. KAPLAN, P. LENA, J.-P. POIRIER et J. PROST, *Demain, la physique*, Odile Jacob, 2004.

46. P. AMSELEK, « La part de la science dans les activités des juristes » cit..

les règles de droit sont des règles pratiques destinées aux hommes en tant qu'acteurs, les lois scientifiques sont destinées aux hommes en tant que spectateurs du monde⁴⁷. Ainsi, les règles de droit et les lois scientifiques sont toutes deux des outils, mais les premières ont comme fonction d'encadrer la volonté des hommes, tandis que les secondes sont des outils de guidage pour leur intelligence⁴⁸.

Les règles de droit ont donc une fonction prescriptive, et non descriptive, de sorte que l'élaboration du droit positif repose exclusivement sur des valeurs et non des vérités objectives. En effet, la spécificité du Droit est qu'il obéit à une logique relative, car il ne constate ni explique des faits. Il détermine et applique des règles, de sorte qu'il compte dans ses principes l'affirmation de valeurs⁴⁹. Lorsque l'on exprime la règle sous forme hypothétique, le lien qui unit le conséquent à l'antécédent est un lien d'obligation, et non de nécessité logique ni de causalité physique⁵⁰. C'est pourquoi, le raisonnement, bien que déductif et formel, ne peut pas être considéré comme correct ou incorrect de façon impersonnelle. La solution des controverses s'impose nécessairement par voie d'autorité⁵¹. Les valeurs ne s'expriment jamais de manière abstraite et univoque. Elles se présentent toujours « sous des formes concrètes, multiples et diverses, qui ne l'incarnent que d'une façon partielle et transitoire sans jamais parvenir à l'épuiser⁵² ». Or ces valeurs, affirme à juste titre Gény, ne sont autres que la justice et l'utilité sociale⁵³.

17 Il demeure que le syllogisme déductif reste d'actualité, et que le droit français ne se fonde toujours pas sur la casuistique. Est-ce à dire qu'il est impossible de nier toute scientificité au droit ? Certainement pas, car il faut distinguer, avec Motulsky, la forme du fond : le fond, c'est-à-dire la construction du droit, le contenu des règles et la solution des conflits, n'est pas épuisé par le recours au syllogisme, loin de là. En revanche, la méthode, c'est-à-dire ce qui organise la matière, obéit à ce principe déductif⁵⁴. Le recours à la logique formelle s'impose pour l'énoncé de règles

47. P. AMSELEK, « Ontologie du droit et logique déontique », *Cahiers de philosophie juridique et politique de l'université de Caen*, 1995, n. 27, pp. 115-159.

48. P. AMSELEK, « La part de la science dans les activités des juristes » cit..

49. L. HUSSON, « les apories de la logique juridique » cit., p. 44.

50. *ibid.*, p. 42.

51. C. PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique* cit., p. 6.

52. L. HUSSON, « les apories de la logique juridique » cit., p. 45.

53. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif* cit., t. 4, p. 32. Ici se pose la question de la nature d'une règle de droit inique : est-ce encore du droit ? Le problème est très ancien, et déjà posé dans la Bible, qui relate la destruction de Sodome et Gomorrhe, car selon les plus anciennes traditions, ces villes étaient organisées selon des lois iniques, qui interdisaient le secours aux pauvres et aux malheureux. Depuis les lois de Nuremberg, la réponse à cette question est non. Néanmoins, la limitation temporelle et culturelle de ces lois ne permet pas d'écarter le spectre du relativisme.

54. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé* cit., p. 48.

de conduite qui doivent être précises et sûres ; la forme déductive est un rempart contre l'arbitraire⁵⁵ : « La logique formelle (...) ne donne des résultats féconds, que manoeuvrant sur le terrain de la vie et appuyée non à des concepts et des symboles, mais à des *principes*, qui ne méritent ce nom que lorsque, sous leurs formules plus ou moins artificielles, se découvrent de véritables *synthèses de réalités*⁵⁶ ». Par conséquent, la logique formelle n'est qu'une forme qu'emprunte le raisonnement juridique. Ainsi, M. Bergel prend le soin de préciser que la technique juridique ne doit pas être réduite à « la science des concepts », car cette approche est à la fois excessive et insuffisante. La technique juridique « doit combiner l'étude “doctrinale” du droit à partir de ses institutions, de ses principes, de ses fondamentaux, de son corpus normatif, de ses instruments et de ses mécanismes, de la jurisprudence et des différentes pratiques et l'étude du “droit en action” à partir des cas concrets de la réalité vécue par les praticiens »⁵⁷.

18 Il convient à présent d'élaborer une technique de catégorisation, à partir de ces constatations portant sur la nature et le rôle du droit (2).

Section 2

L'établissement d'une technique de catégorisation

19 Nous avons vu que toute entreprise de catégorisation juridique imposait de trouver un équilibre délicat entre l'élaboration d'une définition en adéquation avec la technique rigide du droit, et la recherche de critères utiles à la bonne réalisation de la justice et de l'utilité sociales. Par conséquent, la définition du contrat d'assurance doit permettre d'opérer une distinction pertinente avec les autres contrats tout en demeurant conforme à la fonction économique et sociale que notre société assigne à l'assurance (§1).

Enfin, il conviendra de déterminer le point de départ de notre entreprise de catégorisation, l'outil de l'entendement qui servira de réceptacle au concept et à la fonction de contrat d'assurance : la notion (§2).

55. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif* cit., p. 123 et s.

56. *ibid.*, p. 135. C'est l'auteur qui souligne.

57. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique* cit., p. 4.

§1 La recherche d'une catégorie en adéquation avec la fonction de l'assurance et le concept de contrat

20 Nous élaborerons notre protocole en partant d'une distinction célèbre proposée par le doyen Vedel, entre les notions conceptuelles et les notions fonctionnelles (A), puis nous décrirons le contenu attribué à ces notions (B).

A La distinction entre notion conceptuelle et notion fonctionnelle

21 Cherchant à déterminer la juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, le doyen Vedel a élaboré une distinction entre notions conceptuelles et notions fonctionnelles⁵⁸. Cette distinction repose le contenu et le mode d'élaboration des notions juridiques : les notions conceptuelles sont celles dont le contenu est « abstraitement déterminé une fois pour toutes ». Les modifications susceptibles de les affecter sont imputables aux données auxquelles elles sont appliquées, et non à leur nature. En revanche, les notions fonctionnelles doivent leur identité et leur unité à leur fonction, de sorte qu'elles échappent à toute définition mais peuvent être présentées sous forme de catalogue. Lorsque le catalogue est assez fixé, alors la notion fonctionnelle disparaît et se transforme dans une synthèse supérieure conceptuelle. Les notions fonctionnelles sont inséparables de tout système de droit, et sont présentes aussi bien en droit civil qu'en droit administratif, bien que dans cette dernière branche, plus jeune et plus mouvante, elles y soient plus nombreuses.

Nous ne souscrivons pas pleinement aux définitions proposées par le doyen Vedel, dans la mesure où, dans sa présentation, les notions conceptuelles semblent être des catégories formelles renvoyant à l'essence des choses. Ainsi, il écrit : « Encore que ce ne soit pas souhaitable, on pourrait dire ce qu'elles *sont* indépendamment de ce à quoi elles *servent* »⁵⁹. Or, nous avons tenté de démontrer qu'une telle approche était erronée. Il demeure néanmoins que la distinction entre concept et fonction est pertinente lorsque l'on tente de définir les contours d'une catégorie. En effet, si l'on réduit plus modestement le concept, non pas à l'essence même des choses,

58. G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (la légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *JCP*, 1948, I, 682 et G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, 1950.I .851.

59. *ibid.*. C'est l'auteur qui souligne.

mais à la notion qui justifie, au regard des intérêts sociaux et économiques en jeu, le contenu des règles qui lui sont applicables, la distinction entre concept et fonction permet d'appréhender la totalité du contenu d'une notion, aussi bien en tant qu'outil juridique que réalité issue du droit positif, sans courir le risque de s'enfermer dans une définition théorique stérile, ni se perdre dans la multiplicité des solutions pratiques.

22 Le mouvement qui va du concept à la fonction nous servira donc de chemin. Il nous reste à présent à déterminer les étapes qui le jalonnent, en précisant la nature des approches conceptuelle et fonctionnelle.

B La description du concept et de la fonction

23 Si le droit est une discipline prescriptive dont la fin est la justice et l'utilité sociale, il demeure qu'il est une discipline rationnelle, à défaut d'être scientifique⁶⁰ : par conséquent, la logique joue un rôle important dans l'élaboration du droit car elle permet au juriste d'opérer un travail de rangement des outils juridiques en vigueur⁶¹. Gény ne dit pas autre chose lorsqu'il écrit : « je suis arrivé (...) à reconnaître que, si ces échafaudages intellectuels⁶² ne sont pas, en soi, indispensables pour l'obtention des solutions désirables, (...) les moyens logiques manifestent parfois un précieux secours pour l'obtention complète des fins ultimes du droit. Dans cette mesure donc, et sous les réserves signalées plus haut, ils interviendront légitimement, à titre d'instruments techniques, pour assurer une réalisation plus pleine, plus commode, plus rapide, plus parfaite enfin, des données de l'organisation juridique positives »⁶³. En effet, l'élaboration d'une catégorie ne peut faire l'impasse sur les concepts qui soutiennent le système juridique dans lequel elle doit s'insérer. La pertinence d'une définition repose sur sa capacité à permettre des distinctions. Ainsi, la définition du contrat d'assurance doit trouver sa place à côté des autres contrats dans l'organisation juridique française, ce qui implique que les éléments du concepts doivent permettre de justifier le contenu du régime applicable, spécifique au contrat d'assurance.

C'est pourquoi nous commencerons notre tentative d'élaboration de la catégorie

60. P. AMSELEK, « La part de la science dans les activités des juristes » cit..

61. En ce sens, *ibid.*, p. 16.

62. Gény entend par là « les procédés intellectuels, issus de la représentation par concepts, qui se traduisent dans les constructions de l'esprit, basées sur la transformation des réalités juridiques en idées pures, (qui) se combinent parfois avec ces catégories pour y enfermer de force certaines institutions, dominant directement les expressions verbales ou formules linguistiques et aboutissent, en une sorte de paroxysme, aux présomptions irréfragables (...), voire même aux pures fictions de droit. » (GÉNY, *Science et technique en droit privé positif* cit., t. 4, §277)

63. *Ibid.*

de contrat d'assurance en donnant une définition conceptuelle, dont la fonction sera d'une part, d'expliquer les règles applicables, d'autre part, de servir de point d'ancrage à l'analyse et la critique des solutions du droit positif opérées dans la seconde partie.

24 Ainsi, la seconde partie sera consacrée à l'analyse des solutions du droit positif. En effet, l'élaboration d'une catégorie juridique ne peut avoir pour fin la création d'un concept purement théorique, dont l'unique mérite serait de s'insérer dans les complexités des constructions juridiques. Le contenu de la catégorie ne peut faire l'impasse sur le droit positif, même si ce dernier n'est pas en accord avec la théorie. En effet, la qualification de certains contrats comme contrat d'assurance qui est imposée par la pratique ne peut être rejetée dès lors qu'elle ne correspond pas à la définition théorique élaborée en amont, car cela reviendrait à attribuer à la définition théorique une valeur de vérité qui ne correspond ni à la technique juridique, ni aux fins du droit.

Néanmoins, la contemplation du droit positif ne peut être passive. Elle doit être jugée à l'aune de la justice et de l'utilité publique des solutions. En matière assurancielle, c'est le rôle économique et social de l'assurance qui devra servir de boussole afin d'apprécier la pertinence du droit positif. De plus, les rôles sociaux et économiques étant susceptibles de varier selon l'objectif recherché, il nous faudra admettre que les frontières de la catégorie du contrat d'assurance peuvent être déplacées selon les fins étatiques poursuivies.

Nous consacrerons donc la seconde partie de notre étude à l'identification des catégories fonctionnelles du contrat d'assurance, dont les éléments constitutifs reposent non sur des arguments techniques, mais sur des choix politiques.

25 Il convient à présent d'explicitier la notion de notion, qui servira de contenant au concept et à la fonction du contrat d'assurance.

§2 Le recours à la notion de notion

26 Il nous semble que la détermination des contours d'une catégorie contractuelle doit prendre son assise sur une notion dont le mérite est essentiellement pratique, afin de ne pas anticiper sur la recherche des critères conceptuels et fonctionnels. Or, M. Quintane remarque que les termes de notion et catégorie présentent une proximité immédiate dans le vocabulaire des juristes et désignent « un dispositif de classification de données dont les éléments constitutifs sont suffisamment précis

pour y être rattachés, et que l'on souhaite regrouper en raison du ou des caractère(s) commun(s) qu'on leur prête »⁶⁴. De plus, la notion de notion semble indiquée comme instrument d'investigation du réel⁶⁵. Cette position semble partagée par Mme Rochfeld qui voit dans les notions « des modèles, des archétypes de pensée, mouvants et fonctionnels, s'adaptant à l'état des sociétés et des époques qui les saisissent »⁶⁶. Critiquant l'approche essentialiste, elle se réclame d'une approche relativiste, justifiée par la mutabilité des idéologies et des besoins selon les époques et le caractère nécessairement subjectif de toute observation.

Nous souscrivons pleinement à l'approche relativiste. En effet, elle nous semble pertinente et sans danger dès lors que l'on opère une distinction entre les notions et les principes : les premières sont relatives, et toute démarche qui tenterait de les enfermer dans une définition théorique rigide est stérile ; néanmoins, ce relativisme ne constitue pas un abandon de toute valeur, si l'on admet que les notions sont des outils, tandis que les principes exprimeraient les finalités du droit⁶⁷.

Nous tenterons donc d'adopter une approche relativiste pour définir le contrat d'assurance, en partant des notions conceptuelle et fonctionnelle afin de mettre à jour certains de ses éléments constitutifs, « éléments qui peu à peu en dessineront le contour selon une démarche qui n'est pas sans faire penser à l'élaboration de l'un de ces portraits robot dont les traits deviennent de plus en plus ressemblants à ceux de l'objet que l'on veut représenter⁶⁸ ». Ainsi, notre première partie sera consacrée à la notion conceptuelle du contrat d'assurance, et la seconde, aux notions fonctionnelles du contrat d'assurance.

64. G. QUINTANE, « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », *Les notions juridiques* (dir. G. Tusseau), *Economica*, 2009, p. 11.

65. *ibid.*, p. 20.

66. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, P.U.F., coll. Thémis, Droit, 2011, p. 2.

67. Comme le souligne M. Dross (W. DROSS, « L'identité des concepts juridiques: quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principe? », *RRJ*, 2012, n. spéc. Les concepts en droit: usages et identité p. 2232 et s.), la différence de choix de sujets entre Demogue et Mme Rochfeld, qui ont tous les deux consacré des ouvrages aux notions du droit privé, à cent ans d'intervalle, s'explique par cette distinction : Demogue, qui a étudié des thèmes très généraux comme la sécurité, l'évolution, la justice, ou encore l'égalité, s'est penché sur des principes, qui relèvent d'ailleurs aussi bien du droit que de la sociologie ou encore de l'histoire. En revanche, Mme Rochfeld, qui a consacré ses développements sur des notions beaucoup plus techniques comme les personnes, les droits subjectifs, la propriété, les biens ou encore le contrat, a limité son étude à des notions juridiques au sens strict.

68. G. QUINTANE, « Les notions juridiques » cit., p. 17.

Première partie
La notion conceptuelle de contrat
d'assurance

27 Pour le juriste, il est vain de vouloir imposer des critères de distinction rigoureux et universels entre la notion et le concept. Comme le souligne M. Bioy, « l'opposition entre notion et concept apparaît d'emblée relative, l'usage peu fixé, dans la mesure où la question même de l'intérêt de leur distinction n'est pas tranchée. On emploiera indistinctement l'un comme l'autre pour désigner toute forme d'abstraction, de représentation mentale, sans que cela brouille le message. L'absence d'étude complète sur la question dans le monde des juristes laisse nombre de pistes ouvertes. Nous ne disposons pas de définitions établies qui permettraient de distinguer, encore moins d'opposer les deux termes, lesquels sont à leur tour reliés à celui 'd'idée'⁶⁹ ».

Néanmoins, si l'on admet, comme nous l'avons vu en introduction, que la définition de ces termes s'accommode d'un certain relativisme, et puisque c'est dans le champ de la connaissance que notion et concept s'affrontent, il est loisible de les distinguer selon des critères choisis qui permettront d'éclairer le cheminement intellectuel présenté.

28 Ainsi la notion est notre point de départ, car, comme nous l'avons expliqué, elle est un contenant dont la qualité première est la souplesse : son inachèvement résulte de ce que chaque juriste la conçoit de manière diverse⁷⁰. Ainsi, nous suivons Mme Rochfeld qui défend le caractère relatif et évolutif de la notion⁷¹.

29 Concernant le concept, nous nous rangeons auprès des auteurs qui considèrent qu'il se distingue de la notion en ce qu'il a une finalité précise : il est l'outil qui permet d'opérer des distinctions. Comme l'écrit M. Colonna d'Istria, « le concept exprime la différence des objets entre eux : son identité l'amène à s'opposer aux autres et à s'en distinguer. C'est pourquoi, excepté lorsque l'on cherche le concept de concept, l'on ne parle de concepts qu'au pluriel : conceptualiser implique la diversité empirique à laquelle la diversité des concepts répond. Il n'y a de concept que par la différence : si le temps est un, il ne peut être de l'ordre du concept⁷² ».

Or, ce pouvoir de distinction, le concept le tient de sa double dimension : il est d'une part ce qui enferme, et d'autre part ce qui donne forme⁷³. Le concept est par nature constructif et non descriptif. Il réordonne la réalité et la fait autre⁷⁴.

69. X. BIOY, « Notions et concepts en droit: interrogations sur l'intérêt d'une distinction... », *Les notions juridiques* (dir. G. Tusseau), *Economica*, 2009, p. 22.

70. W. DROSS, « L'identité des concepts juridiques » cit., p. 2231.

71. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé* cit., Introduction.

72. F. COLONNA D'ISTRIA, « Le concept de concept juridique », *RRJ n. 26, Les concepts en droit: usages et identité*, 2012, p. 2250.

73. W. DROSS, « L'identité des concepts juridiques » cit., p. 2230 et s.

74. M. Dross (*ibid.*) donne comme exemple le concept d'opposabilité : avant son élaboration, les juristes considéraient que le droit réel, en particulier la propriété, était opposable *erga omnes*, tandis que le droit personnel n'était opposable qu'au débiteur. Puis, sous l'impulsion de Planiol, la conception du droit réel a évolué : « faisant remarquer que, de leur nature même, les droits

M. Colonna d'Istria avance une explication concernant le pouvoir de modélisation du concept : ce dernier est constructif car il consiste en une définition synthétique⁷⁵. Reprenant une distinction kantienne⁷⁶, il oppose définition synthétique et définition analytique : la proposition analytique est celle qui énonce les éléments essentiels d'un signifié, elle est une paraphrase, une reformulation, et présente une vertu pédagogique ; elle correspond aux définitions données dans les dictionnaires⁷⁷. En revanche, la synthèse relie deux signifiés qui, *a priori*, sont étrangers l'un à l'autre, et crée ainsi une connaissance nouvelle. M. Colonna d'Istria donne un exemple de cette distinction : dire que le paiement est l'exécution d'une obligation consiste en une définition analytique ; en revanche, dire que le paiement est un fait juridique relie entre eux deux signifiés qui ne sont pas contenus l'un dans l'autre *a priori*, et l'on en déduit une conséquence de droit : le paiement se prouve par tout moyen.

On peut déduire de cette analyse que pour conceptualiser la notion de contrat d'assurance, il convient de l'associer à d'autres concepts qui induiront certaines conséquences de droit. Comme il s'agit d'une catégorie, c'est-à-dire d'un concept d'un genre particulier, les éléments associés synthétiquement doivent justifier la mise en œuvre d'un régime⁷⁸.

Le choix de l'association synthétique de concepts à la notion de contrat d'assurance doit donc avoir comme fin le souci de cohérence et de logique dans la mise en œuvre du régime spécifique prévu par le code des assurances. Les concepts choisis doivent permettre de distinguer le contrat d'assurance des autres contrats du système juridique français. Or, ce souci d'inscription du concept dans un système juridique donné et organisé implique le recours à des critères de distinction classiques. En effet, le droit

subjectifs mettaient nécessairement des hommes en relation, on a contesté que le droit réel puisse être un rapport noué entre les hommes et les choses et qu'il ne pouvait être qu'un rapport entre les hommes à propos des choses. » Dès lors, la propriété devenait une obligation passive universelle, c'est-à-dire que le propriétaire était le détenteur d'une créance dont l'ensemble des autres personnes étaient débitrices. Cette thèse condamnant la distinction entre droits réels et droits personnels, Rigaud ouvre la voie à une nouvelle analyse, fondée sur le concept d'opposabilité : « il distingue la dimension interne du droit subjectif, qui est soit un droit sur une chose (droits réels), soit un droit contre une personne (droits personnels), de leur dimension externe qui interdit à quiconque d'y porter atteinte. En ce sens, l'opposabilité *erga omnes* de la propriété se retrouve pareillement - ce qui avait jusqu'alors échappé-, pour les droits personnels : chacun est tenu de respecter le droit d'un créancier. (...) On peut dater le parfait achèvement du concept d'opposabilité avec la thèse de Duclos publiée en 1984 ».

75. F. COLONNA D'ISTRIA, « Le concept de concept juridique » cit., p. 2252.

76. *Critique de la raison pure*, Introduction, IV-V.

77. Pour M. Colonna d'Istria, la définition analytique renvoie à la notion de notion.

78. Selon M. Dross (*op. cit.*, p. 2234), de même que le concept est le résultat d'une opération intellectuelle, « forger une catégorie suppose pareillement une telle opération : il s'agit d'observer le réel pour appareiller entre eux divers éléments par les ressemblances qu'ils manifestent afin de dégager une catégorie que l'on dotera ensuite d'un régime spécifique. » C'est pourquoi les catégories sont des concepts.

forme un système, de sorte que toute entreprise de catégorisation doit avoir le souci de sa cohérence⁷⁹. Ainsi, le critère distinctif qui nous servira de point de départ sera le caractère aléatoire du contrat, puisque ce critère est affirmé par le code civil, ainsi que sa fonction de garantie, qui a été soulignée par la jurisprudence⁸⁰(Titre 1 : Un contrat aléatoire de garantie).

Les critères de distinction identifiés seront ensuite mis à l'épreuve afin de déterminer s'ils sont suffisamment pertinents pour permettre la distinction entre le contrat d'assurance et les autres contrats aléatoires, et justifier ainsi la mise en œuvre de son régime spécifique. Il sera alors temps d'examiner la nécessité d'associer au contrat d'assurance des concepts non juridiques (Titre 2 : Un contrat aléatoire de garantie fondé sur la mutualisation des risques).

79. J.-L. BERGEL, « Propos conclusifs », *RRJ n. 26, Les concepts en droit: usages et identité*, 2012, p. 2290.

80. Cass. civ. 31 janv. 1956, C. J. BERR et H. GROUDEL, *Grands arrêts du droit des assurances* cit. n°1, *RGAT* 1956, p. 81 ; *D.* 1956. 589, note Hébraud ; *JCP* 1956.II.9298, note A.B. Voir également Cass. 1ère civ., 24 avr. 1979, *RGAT* 1980, p. 50.

Titre I

Un contrat aléatoire de garantie

Chapitre introductif :

L'établissement d'un protocole de qualification

30 A présent que nous avons rappelé la nécessité de respecter la cohérence du système juridique dans lequel le contrat d'assurance doit s'inscrire, il nous faut désormais établir un protocole de catégorisation car la mise en œuvre du raisonnement synthétique présuppose l'établissement d'un rapport entre les éléments. Or, traditionnellement, ce rapport, cette structure, n'est autre dans les contrats que l'articulation des causes des obligations. Ainsi, le rapport des éléments contractuels sera établi très classiquement par l'articulation entre les causes des obligations dans le contrat.

31 La théorie de la qualification par la cause a été présentée par Maury⁸¹ : « Si (la cause) est ce qui explique l'obligation, ce qui la justifie et, avec elle, le contrat – ou l'inverse – il est normal que le caractère du contrat, qui engendre l'obligation, dépende de la cause de cette dernière. La notion de cause est un instrument de classement, de catégorisation. C'est elle, d'abord, qui sert à distinguer les contrats à titre onéreux des contrats à titre gratuit, qui permet de définir la libéralité, et spécialement la donation. C'est elle encore qui, dans les contrats à titre onéreux, fournit le critère d'une division nouvelle (contrats commutatifs et aléatoires) rend possible la compréhension, l'individualisation de différents types : vente, louage, assurance, transaction (...), etc.... M. L. Boyer a pu, très exactement, parler de cause catégorique et il semble que les auteurs modernes aient tendance à insister sur cet aspect de la question. »

81. J. MAURY, « La concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence », *RID comp.*, 1951. 485.

32 Il est vrai que la méthode de la qualification par la cause du contrat occupe historiquement une place prépondérante. Si sa pertinence a pu être contestée⁸², elle a néanmoins fait l'objet d'un renouveau grâce à deux auteurs : Louis Boyer et Judith Rochfeld. Nous présenterons donc leurs thèses (1) avant de nous pencher sur les méthodes concurrentes, qui, nous le verrons, n'emportent pas la conviction (2).

33 Nous noterons au préalable que depuis l'ordonnance du 10 février 2016⁸³, la cause a disparu des conditions de validité du contrat⁸⁴. Néanmoins, cette réforme ne nous semble pas remettre en question la valeur analytique du concept, dans la mesure où elle n'entrave pas le maintien des fonctions classiques de la cause⁸⁵.

Section 1

La qualification par la cause du contrat

34 Nous présenterons d'abord la thèse de Louis Boyer (§1), puis celle de Judith Rochfeld (§2).

82. Ainsi, M. Terré, bien qu'il ait démontré que la cause n'était pas le seul moyen de qualification (F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, L.G.D.J., 1956), puisqu'il distingue des cas où la qualification dépend entièrement de la cause, ceux où elle est la conséquence d'un élément causal, conséquence médiate d'un élément causal, ou encore étrangère à la cause, n'en conteste néanmoins pas la primauté : « Dès lors qu'il s'agit de la qualification des (actes juridiques), la qualification s'appuie sur la cause. Mais la qualification implique une conception extensive de la cause, et c'est bien celle-ci qu'adopte la jurisprudence. Quoiqu'il en soit, le lien unissant la cause et la qualification est, selon les hypothèses, plus ou moins étroit. S'il est souvent étroit, il n'en demeure pas moins que c'est parfois d'un élément de la cause que dépend la qualification. La cause perd alors une partie de son importance, dans la mesure où ce ne sont pas tous les éléments inclus dans la cause mais seulement certains d'entre eux, ou même l'un d'entre eux, que l'on prend en considération. » (*ibid.*, p. 303, §348)

83. Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *J.O.R.F.* n° 0035 du 11 février 2016, n° 26.

84. A partir du 1er octobre 2016, l'article 1108 est remplacé par l'article 1128 qui élide la référence à la notion de cause et la remplace par « un contenu licite et certain ».

85. En ce sens, le rapport au Président de la République précise : « Le deuxième objectif poursuivi par l'ordonnance est de renforcer l'attractivité du droit français, au plan politique, culturel, et économique. La sécurité juridique conférée à notre droit des obligations, qui constitue le socle des échanges économiques, devrait ainsi faciliter son application dans des contrats de droit international. A cet égard, l'abandon formel de la notion de cause, qui a suscité de nombreux débats, permettra à la France de se rapprocher de la législation de nombreux droits étrangers, tout en consacrant dans la loi les différentes fonctions, dont celle de rééquilibrage du contrat, que la jurisprudence lui avait assignées. » (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004539>)

§1 La thèse de Boyer : la qualification par la cause catégorique

35 Nous exposerons la thèse de Boyer avant d'en présenter la critique.

A Exposé de la thèse de Boyer

36 Le concept de « cause catégorique » a été clairement distingué pour la première fois par Boyer, dans sa thèse portant sur la notion de transaction⁸⁶. Boyer s'appuie sur l'héritage de la théorie néo-classique de Capitant, selon lequel « dans un contrat synallagmatique, la cause qui détermine chaque partie à s'obliger, est la volonté d'obtenir l'exécution de la prestation qui lui est promise en retour⁸⁷ » ; de cette affirmation, Capitant déduit l'idée que la cause, identique selon les catégories de contrats, en permet la classification. Partant de cette affirmation, Boyer reprend : « Ainsi la cause apparaît comme un mobile abstrait et objectif qui variera selon les différents types de contrats, mais qui demeurera identique pour toutes les conventions faisant partie d'une même catégorie contractuelle (...). « La cause n'est pas (...) autre chose que l'élément individualisateur de la catégorie contractuelle. Pour « catégoriser » une quelconque convention, c'est à ses effets juridiques immédiats, tels qu'ils résultent de la commune volonté des parties, qu'il convient de se référer⁸⁸. »

37 Boyer ne s'arrête pas à cette constatation. Son étude le pousse à esquisser une théorie nouvelle qui présente deux conceptions de la cause. Il y a, d'une part, la « cause catégorique », et d'autre part, les « causes casuelles ».

La cause catégorique correspond aux éléments de caractère permanent et constant ; ces éléments, appelés également « catégoriques », sont inhérents à la nature même du contrat et permettent de le caractériser. La cause catégorique est un élément extérieur à la volonté des parties, bien que déterminé par elle, qui explique et rend possible l'existence du contrat⁸⁹ ; c'est pourquoi l'objectivité et l'extériorité en sont les caractéristiques fondamentales. Par exemple, en matière de transaction, l'élément

86. L. BOYER, *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Thèse Toulouse, 1947.

87. H. CAPITANT, *De la cause des obligations, contrats, engagements unilatéraux, legs*, Dalloz, 3e éd., 1927, p. 43, cité par L. BOYER, *La notion de transaction...* cit., p. 104.

88. *ibid.*, p. 104 et 109.

89. *ibid.*, p. 111.

objectif extérieur est l'existence d'une situation litigieuse⁹⁰.

Deux conséquences découlent de cette conception : d'abord, la cause catégorique, de part son caractère objectif, est l'instrument de qualification des contrats : « Il est évident, en effet, que toutes les parties à des contrats d'une même espèce ont un comportement psychologique dans une certaine mesure identique : elles sont en particulier animées d'une même volonté, la « volonté contractuelle », qui leur fait désirer la réalisation d'un même mobile, le « mobile catégorique » ; celui-ci est constitué par l'effet immédiat du contrat qui s'analyse en une création, un transfert ou une extinction de droits (ou en une combinaison plus ou moins complexe de ces différents phénomènes juridiques) »⁹¹. Ensuite, la cause catégorique est la cause du contrat, et non de l'obligation, car elle conditionne l'existence et la nature du contrat, mais non pas le maintien des obligations : « Il convient (...) de remarquer que dans la théorie classique la « cause catégorique » apparaît comme ayant davantage pour but d'expliquer et de justifier l'existence du contrat que celle de l'obligation. Nous avons vu en effet, qu'en l'absence de litige, la volonté des parties peut maintenir l'existence de certaines obligations : elle est par contre impuissante à donner à ces rapports juridiques, le caractère d'une transaction. Il semble donc bien que la cause catégorique puisse être conçue comme la cause du contrat, non comme la cause de l'obligation. »⁹². Le défaut de cause catégorique a donc pour conséquence la dénaturation du contrat, mais est par lui-même sans influence sur la validité des obligations qu'il engendre⁹³.

S'opposant à la cause catégorique, la cause casuelle est un concept de nature subjective⁹⁴, qui renvoie aux éléments variables suivant les diverses conventions, même celles qui sont d'un même type. Ce sont les motifs entrés dans le champ contractuel et par lesquels les parties individualisent le contrat. « La cause de l'obligation se présente (...) comme un concept de nature subjective et dont le contenu est essentiellement variable ; si certains motifs en effet se retrouvent toujours dans toutes les conventions faisant partie d'un même groupe, d'autres sont au contraire essentiellement variables (...). Le contenu exact de l'élément causal peut donc varier à l'infini »⁹⁵. C'est pourquoi « le défaut de cause casuelle, qui est toujours le résultat d'un vice de la volonté d'une des parties, a pour effet de permettre l'annulation de l'obligation de celle-ci et par voie de conséquence celle du contrat lui-même ; mais si les parties décident de passer outre et de maintenir le contrat, il ne saurait suffire pour lui faire

90. *ibid.*

91. *ibid.*, p. 196.

92. *ibid.*, p. 111.

93. *ibid.*, p. 120.

94. *ibid.*, p. 119.

95. *ibid.*, p. 119.

perdre sa qualification juridique⁹⁶. »

38 Par le concept de cause catégorique, Boyer accorde un rôle primordial à la cause dans le processus de catégorisation ; la volonté des parties est objectivée et uniformisée selon le type de contrat. « L'objectivation de la cause découle du concept de cause lui-même tel qu'il est envisagé dans la démonstration, et non plus de la limitation volontaire du contrôle judiciaire, comme c'était le cas dans la doctrine classique »⁹⁷.

B Critique de la thèse de Boyer

39 La thèse de Boyer constitue une étape essentielle pour la méthode de qualification par la cause. Néanmoins, il existe un point sur lequel sa théorie ne peut être suivie : on l'a vu, la définition de la cause catégorique porte sur l'existence d'éléments antérieurs et extérieurs au contrat, et qui justifient son existence. Ainsi, Boyer identifie la cause catégorique comme la cause efficiente du contrat, et non la cause finale⁹⁸. Selon lui, bien que ce soit la considération du but à atteindre qui ait déterminé les parties à s'engager, il ne faut pas oublier que « ce qui est déterminant précède quant au temps ce qui est déterminé⁹⁹ ». Néanmoins, il nuance cette assertion immédiatement, en précisant que la notion de cause efficiente comporte par ses éléments constitutifs la représentation du but à atteindre¹⁰⁰. On peut s'interroger dès lors sur la pertinence de la notion de cause efficiente, qui dans cette acception, n'est en réalité ni parfaitement efficiente, ni non plus finale ; elle n'est ni origine, ni fin, mais un peu les deux à la fois. Il semblerait que, sur ce point, Boyer se soit retrouvé dans une impasse, conscient d'un côté de la nécessité de prendre en considération le but que les parties se sont assigné en contractant, et de l'autre de la nécessaire existence d'un litige antérieur dans le contrat de transaction. Il est clair pourtant que si l'on veut associer la cause à la catégorisation des contrats, il n'est pas d'autre choix que de s'en remettre aux buts que les parties visent en contractant, et que c'est dans cette acception que les articles du code civil relatifs à la cause doivent être interprétés¹⁰¹.

En effet, si l'on accepte d'entrer dans les vues de Boyer, et que l'on admet la cause

96. *ibid.*, p. 120.

97. J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat* cit., §140, p. 132.

98. L. BOYER, *La notion de transaction...* cit., p. 183.

99. *Ibid.* Boyer cite Ihering, *L'évolution du droit*, trad. Meulanaere, p. 3.

100. *Ibid.*

101. En ce sens, F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations* cit., §332, p. 337 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations, les sources*, t. 1, Sirey, 2e éd., 1988, §193.

catégorique comme une cause efficiente, il devient vite évident que la démarche de catégorisation est impossible à mettre en œuvre, car il en découle deux conséquences néfastes : d'une part, il n'existe pas toujours d'éléments antérieurs objectifs qui justifient l'existence du contrat, comme c'est le cas pour la transaction ; ainsi, un contrat de vente peut exister en tant que tel, indépendamment de tout élément objectif antérieur. La recherche imposée d'une cause extérieure qui justifierait l'existence du contrat renvoie nécessairement *in fine* à la prise en considération de mobiles, ruine l'effort d'objectivation de la cause et par là-même de catégorisation. C'est pourquoi la cause catégorique ne peut être que cause finale. D'autre part, l'exemple de la transaction elle-même est insatisfaisant, car il n'est pas suffisamment discriminant : un compromis d'arbitrage pourrait également avoir comme cause l'existence d'une situation litigieuse.

40 Boyer a recours à la cause efficiente parce que sa théorie est fortement inspirée du droit public, berceau de la cause catégorique. En effet, c'est en droit administratif que la cause catégorique a vu le jour. Or, la cause d'un acte public est, dans l'esprit des publicistes, une situation objective qui le détermine ou le permet¹⁰². On retrouve là très exactement la vision de Boyer, qui a transféré sur le contrat de transaction la théorie administrative de la cause catégorique. C'est pourquoi il analyse la cause comme efficiente et non finale, malgré les difficultés logiques que cela engendre. Néanmoins, la confusion avec les motifs n'est pas loin, car elle est le propre de la vision publiciste qui analyse la théorie de la cause dans une vision très large, incluant aussi bien les motifs que la cause efficiente.

41 Une seconde critique peut être formulée à l'encontre de la thèse de Boyer. Elle est ée mise en lumière par Mme Rochfeld qui reproche à celui-ci d'avoir associé de façon trop exclusive le type et la cause. Selon elle, Boyer « a une vision exclusivement typique du champ contractuel¹⁰³ » et n'envisage donc pas les contrats maîtrisés, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas enfermés dans une typicité rigide. Il est vrai que Boyer tombe dans l'écueil commun à tous les auteurs qui analysent un type de contrat, celui d'ignorer en fin de compte la place de la liberté contractuelle dans sa création. Voulant faire œuvre de systématisation, les auteurs emprisonnent la volonté individuelle dans des cadres préconçus, et ignorant par là même la logique libertaire du droit contractuel français.

L'obstacle a été surmonté par Mme Rochfeld, dans sa thèse intitulée *Cause et type de contrat*. Il convient à présent de présenter sa théorie (§2).

102. *ibid.*, p. 206, §203.

103. J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat* cit., §141, p. 132-133.

§2 La thèse de Mme Rochfeld : la qualification par la cause typique

42 Dans la lignée de MM. Gorla et Rouhette, Mme Rochfeld inscrit sa théorie dans une analyse rigide et romaniste des contrats ; néanmoins, soucieuse de laisser à la volonté individuelle un rôle dans leur constitution, elle nuance fortement le propos, en attribuant à la cause une double nature, à la fois rigide et très souple : la cause est induite par la structure contractuelle tout en étant révélatrice de l'intention des parties.

Comment résout-elle cette contradiction ? Mme Rochfeld part du constat que notre époque est marquée par une « typicisation » des contrats : les parties ont rarement à l'esprit le contrat lui-même, mais bien le but qu'elles désirent atteindre. Le contenu des contrats est le plus souvent standardisé, soit parce qu'il s'agit de contrats d'adhésion, soit parce que ce sont des « contrats-types ». Les parties, en contractant, adhèrent alors à un moule contractuel dans lequel elles coulent leur volonté. La cause, dans ces contrats, est alors typique, c'est-à-dire qu'elle est présumable. Plus précisément, elle est « une présomption de l'intentionnalité véritable des parties, fournie par la structure contractuelle. Celle-ci, une fois connue, fera présumer la cause qui la sous-tend, par diffusion sociale de ce même processus de motivation¹⁰⁴. » Il s'agit d'une volonté subjective rendue objective par cristallisation. « Cette motivation, par un renversement du lien, pourra alors être inférée du seul choix de cette structure. En conséquence, les liens du type et de la cause sont clairement fixés : le type offre une grille de compréhension immédiate de la cause¹⁰⁵. »

La cause typique occupe dès lors une double fonction, celle de modèle et celle d'ordre. Modèle parce que c'est la cause qui impose les éléments essentiels¹⁰⁶ du contrat une fois le type finalisé ; la structure induit immédiatement certaines obligations qui s'imposent aux parties¹⁰⁷. La cause possède également une fonction d'ordre, puisque les différentes contreparties impliquées par le type ne peuvent pas être remises en cause par les parties¹⁰⁸. « La cause typique représente donc le minimum obligatoire dans chaque contrat¹⁰⁹. » C'est à la lumière de cette théorie que Mme Rochfeld analyse les arrêts du 19 décembre 1990 portant sur les contrats d'assurance

104. *ibid.*, §152.

105. *ibid.*, §155.

106. Ou encore, pour employer un terme plus récent de la jurisprudence, « la contrepartie nécessaire » (*ibid.*, §164 et s.).

107. *ibid.*, §156 et s.

108. *ibid.*, §166 et s.

109. *Ibid.*

de responsabilité et en particulier le refus des clauses *claim made*¹¹⁰.

En revanche, dans les contrats « maîtrisés », c'est-à-dire les contrats inédits, fruits de la liberté contractuelle, la cause est atypique. Proche des mobiles mais bien distincte, elle correspond aux éléments entrés dans l'espace contractuel par le jeu de l'accord des volontés. Ainsi, les contrats maîtrisés « admettraient une délimitation téléologique, en fonction des intérêts en jeu et de leur finalité globale¹¹¹ ».

43 Une ambiguïté demeure dans la théorie ainsi présentée : la cause dont il est question est-elle la cause du contrat ou bien la cause de l'obligation ? Plus précisément, le problème porte sur la définition que Mme Rochfeld retient de la cause du contrat : s'agit-il de la somme des causes des obligations, ou bien s'en distingue-t-elle, au point de former un concept à part entière ?

La réponse est subtile : la cause du contrat est bien une notion à part entière, mais elle n'est pas pour autant détachable de la cause de l'obligation. En réalité, « chacune ne représente qu'un point de vue différent d'une même donnée : la finalité du contrat. La cause du contrat est la finalité de la structure contractuelle dans son ensemble ou encore l'opération à réaliser. Celle de l'obligation représente la vision analytique, c'est-à-dire du côté de chacune des parties, des obligations nécessaires pour poursuivre cette fin¹¹². » Plus précisément, la cause du contrat, véhicule de la finalité socio-économique du contrat, encadre les causes des obligations : « L'ensemble des éléments qui composent (la structure contractuelle) devient préfix et forme un cadre apte à la servir. La cause, poursuite d'un intérêt à l'origine personnel à chacune des parties, et à découvrir par analyse des volontés, donne ainsi naissance, par cristallisation, à la cause objective. Plus précisément, (...) la finalité typique d'un contrat, ou si l'on préfère la « cause du contrat », va assigner à chacune des parties un ensemble d'obligations, nécessaires pour l'atteindre, « cause typique de l'obligation » de son partenaire¹¹³. »

44 En résumé, la cause du contrat est la finalité socio-économique du contrat. Dans le cadre des contrats typiques, la finalité assigne à chacune des parties un ensemble d'obligations au service de cette finalité¹¹⁴. Par conséquent, le type s'exprime non seulement dans la cause du contrat, mais également à travers les causes des obligations. Le contrat d'assurance, auquel un régime légal propre est attaché, est sans aucun

110. *ibid.*, §174.

111. *ibid.*, §283.

112. *ibid.*, §504.

113. *ibid.*, §152.

114. *ibid.*, §152.

doute à classer dans la catégorie des contrats typiques¹¹⁵. Il nous reste donc à déterminer son type à travers la cause de l'obligation de chacune des parties.

Néanmoins, avant d'adhérer pleinement à la théorie de Mme Rochfeld, il convient de nous interroger sur le bien-fondé des méthodes concurrentes de qualification (2).

Section 2

Les méthodes concurrentes

45 Nous présenterons d'abord la proposition de M. Henry, selon laquelle la qualification repose sur la structure du contrat (§1), puis celles qui mettent en avant la notion d'objet du contrat (§2).

§1 La qualification par la structure du contrat : la thèse de M. Henry

46 L'exposé de la thèse de M. Henry (A) sera suivi de sa critique (B).

A Exposé de la thèse de M. Henry

47 M. Henry, dans une thèse intitulée *La méthode de qualification des contrats*¹¹⁶, présente un long travail d'analyse des différents éléments composant les contrats. Après avoir démontré que ni l'objet, ni la cause du contrat, tels qu'entendus par la plupart des auteurs, ne permettent le travail de qualification, il réexamine ces notions en les inscrivant dans une vision plus large, qui prend en considération la structure du contrat. Seule une telle approche, selon l'auteur, permet l'élaboration d'un système global de qualification. En effet, le contrat est présenté comme « un système complexe et organisé, (...) qui se réalise sous la forme de structures spécifiques¹¹⁷. » Ces structures permettent d'identifier chaque type contractuel. Il les désigne donc sous le terme de « structures de qualification ». Or, la structure de qualification se

115. Mme Rochfeld voit dans le contrat d'assurance un « type très accusé », du fait de sa réglementation précise et le plus souvent impérative (*ibid.*, §347).

116. X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, th. multigr., univ. Nancy II, 1992.

117. *ibid.*, §64, p. 78.

dévoile principalement dans la structure d'obligations¹¹⁸, car le contrat est défini comme « un accord de volontés qui a pour effet de créer une structure cohérente d'obligations¹¹⁹. »

Néanmoins, la seule notion de structure est insuffisante. Les notions d'objet et de cause ont également un rôle à jouer, car l'objet permet l'identification des obligations caractéristiques¹²⁰, et la cause (entendue comme cause des obligations et cause des consentements) assure l'identification de l'interdépendance des obligations, éléments du contrat. Ainsi la qualification du contrat passe par l'identification du nombre et de la nature des obligations qu'il contient (identifiées grâce à l'objet des obligations), et le positionnement de ces obligations est fonction de leur cause¹²¹. Cette dernière occupe une place prépondérante dans la détermination de la structure : « L'égoïsme de la théorie de l'objet est compensé par le caractère relationnel de la cause. La recherche de la finalité de l'intervention d'une des parties oblige à concevoir le contrat comme un ensemble : la raison d'être d'un consentement au contrat ou à une obligation ne réside pas dans ce consentement ou cette obligation même, mais dans une satisfaction directe ou indirecte trouvant son origine dans le comportement du cocontractant ou dans le service d'une autre obligation figurant dans le contrat¹²². »

Cependant, l'étude de la structure des obligations (appelée « structure normative ») au travers des notions de cause et d'objet demeure là encore insuffisante pour qualifier le contrat. La notion de structure est dédoublée, d'une part en structure interne, qui correspond à la structure des obligations, et d'autre part en structure externe, qui prend en compte les éléments extérieurs : « En réalité, la structure des qualifications contractuelles se dédouble. La structure d'obligations correspond à une structure interne du contrat, qui rend compte de son équilibre propre, mais la nature d'une convention exige parfois la référence à des éléments extérieurs au complexe d'obligations, qui replacent l'accord dans son contexte général¹²³ ». Ces éléments extérieurs sont de nature variable ; ils correspondent à l'environnement matériel du contrat (chose vendue, etc), aux situations indispensables à l'apparition de certaines qualifications (la situation litigieuse pour le contrat de transaction), à l'environnement juridique (groupe de conventions), ou à l'environnement humain

118. *ibid.*, §70, p. 84 : « le concept de structure d'obligations n'épuise pas celui de structure de qualification. La prise en compte des obligations et de leur agencement causal est essentielle pour déterminer la nature d'un contrat, elle n'est pourtant pas toujours suffisante. »

119. *ibid.*, §66, p. 79.

120. *ibid.*, §63, p. 77.

121. *ibid.*, §67, p. 80.

122. *ibid.*, §68, p. 82.

123. *ibid.*, §70, p. 84-85.

(qualité d'un contractant érigée en critère de qualification).

B Critique de la thèse de M. Henry

48 L'ouvrage de M. Henry, dont on ne peut qu'apprécier l'exhaustivité, n'est malheureusement pas d'une grande utilité lorsqu'on tente de définir abstraitement les éléments essentiels d'une catégorie contractuelle. En effet, sa « méthode de qualification » n'est pas systématisable. Elle se fonde sur une analyse de l'opération de qualification telle qu'elle est opérée *de facto* par les juges ; sa réflexion porte sur l'ordonnancement logique des principes et des étapes qui rythment cette activité empirique. La généralisation est contestable, et entraîne l'ouvrage vers une trop grande complexité.

49 Il nous faut à présent examiner les propositions relatives à la qualification du contrat par son objet (§2).

§2 La qualification par l'objet du contrat

50 Parallèlement à la cause du contrat, un autre concept a fait son apparition comme outil de qualification : l'objet du contrat, envisagé comme distinct de la simple addition de l'objet des obligations. Sur la question de la distinction entre l'objet du contrat et l'objet des obligations, le code civil demeure imprécis et entretient la confusion. Ainsi, l'article 1163 évoque l'objet de l'obligation, tandis que l'article 1171 alinéa 2 évoque l'objet principal du contrat. Un certain nombre d'auteurs¹²⁴ estiment que le concept d'objet du contrat n'a pas de contenu propre, contrairement à l'objet de l'obligation qui désigne la prestation. En revanche, d'autres auteurs, favorables à une vision synthétique du contrat, et qui l'analysent comme une opération juridique, estiment que le concept d'objet du contrat permet d'exprimer cet aspect des choses. Ainsi M. Overstake le définit comme l'objet de la prestation principale¹²⁵. Partisans d'une approche plus globale de la notion, et la dégageant complètement du cadre de l'obligation, MM. Terré, Simler et Lequette analysent l'objet du contrat comme l'opération juridique réalisée par les parties¹²⁶. L'objet du contrat est dès lors l'instrument du contrôle de l'équilibre de l'opération. Proche de cette vision,

124. P. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec, 8e éd., 2003, p. 168, n°233 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, L.G.D.J., 2004, p. 277, n°296.

125. J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, L.G.D.J., 1969.

126. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations* cit., p. 269, §265.

M. Bénabent estime qu'« il faut (...) envisager l'économie du contrat pris dans son ensemble, c'est-à-dire l'objet de l'opération contractuelle¹²⁷ ». Enfin, une thèse récente a été consacrée à la question¹²⁸, et donne à la notion d'objet du contrat une ampleur bien plus grande que celle qui avait été sienne jusqu'alors.

Il ressort de cette doctrine que l'objet du contrat est porteur de la finalité du contrat, envisagé en tant qu'opération juridico-économique. La distinction avec la cause du contrat, qui dans la vision de Mme Rochfeld correspond peu ou prou à cette définition, semble malaisée. Il convient dès lors de se demander si l'objet du contrat ne fait pas concurrence à la cause en tant qu'instrument de catégorisation.

Deux théories retiendront notre attention : en premier lieu celle de M. Overstake (A), puis celle de Mme Lucas-Puget (B).

A La théorie de M. Overstake : la qualification par l'objet du contrat, entendu comme l'objet de la prestation principale

51 M. Overstake, dans sa thèse intitulée *Essai de classification des contrats spéciaux*¹²⁹, se propose de « rechercher une classification cohérente et homogène qui puisse constituer une construction d'ensemble¹³⁰. » Pour ce faire, il propose deux classifications des contrats, la première fondée sur leur objet, la seconde sur leur cause. La classification principale procède de l'objet du contrat défini comme celui de l'obligation principale. Les obligations se classent en trois catégories : celles de donner, celles de faire, et celles de ne pas faire. La classification secondaire par la cause, dont la définition retenue est objective, permet de classer les contrats en deux catégories : à titre onéreux ou à titre gratuit.

52 Il existe un rapport logique entre l'entreprise de M. Overstake et le problème de catégorisation qui est le nôtre. Catégorisation, qualification et classification sont étroitement liées¹³¹. La qualification consiste selon le *Vocabulaire juridique* à déterminer la nature d'un rapport de droit à l'effet de le classer dans l'une des catégories juridiques existantes¹³². La catégorisation servant à délimiter les contours

127. A. BÉNABENT, *Droit des obligations* cit., §156.

128. A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, L.G.D.J., 2005.

129. J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification...* cit..

130. *ibid.*, introduction, p. 14.

131. Pour un autre exemple de classification selon l'objet du contrat, cf. M. PLANIOL, « Classification synthétique des contrats », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1904, p. 470.

132. *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, Association H. Capitant, P.U.F., 11e éd., 2016,

des catégories juridiques en question, la qualification est nécessairement postérieure à la catégorisation¹³³.

Concernant la classification et la catégorisation, les deux opérations sont étroitement liées et souvent confondues ; en effet, la classification consiste à regrouper selon des critères communs les différentes catégories, afin de créer des « familles » de contrats¹³⁴. Ainsi, selon le ou les critères retenus, l'accent sera mis sur tel ou tel élément caractéristique des catégories. La classification suppose toujours que le contenu de la catégorie soit pré-déterminé, car c'est dans ce contenu que l'auteur de la classification « piochera » l'élément le plus pertinent pour la rapprocher d'autres catégories¹³⁵. Il n'en demeure pas moins que toute classification est nécessairement dogmatique, et que sa finalité -une présentation raisonnée et synthétique des contrats- se distingue de celle de la catégorisation, qui est de trouver l'essence d'une catégorie.

Néanmoins, aussi bien la qualification que la classification peuvent amener à la catégorisation. En effet, les deux opérations exigent de mettre l'accent sur les éléments caractéristiques de la catégorie, autrement dit sur ce qui fonde son contenu. D'autres auteurs préfèrent à la notion d'« éléments caractéristiques » celle d'« économie du contrat¹³⁶ ». Quel que soit le terme choisi, l'idée sous-jacente est qu'il faut rechercher le sens d'une catégorie pour pouvoir classifier et qualifier.

53 L'entreprise de M. Overstake se rapproche encore plus de la catégorisation que n'importe quelle autre classification ; en effet, il a comme ambition de présenter une grille exhaustive, pouvant comprendre tous les contrats. Pour ce faire, il estime qu'il doit rechercher la nature de tout contrat spécial, mettre en avant « ses caractères spéciaux », leur « spécialité »¹³⁷, afin de les identifier et de les faire rentrer dans une catégorie préétablie. Ainsi la classification exhaustive des contrats suppose,

entrée « qualification ».

133. Pour de plus amples précisions sur la distinction entre qualification et catégorisation, *cf. infra*.

134. Certains auteurs ne font pas de distinction entre catégorie et famille de contrat. Ainsi, C. LARROUMET, *Droit civil, les obligations, le contrat (t. 3)*, Economica, 2007, §176 et s.écrit dans son chapitre consacré à la classification des contrats : « Il s'agit de qualifier un contrat déterminé, c'est-à-dire qu'il s'agit d'en dégager les traits fondamentaux pour le faire entrer dans une catégorie aux règles de laquelle il va obéir. Le problème consiste donc à déterminer quelles sont ces catégories de contrats. Pour cela, il faut se placer à un point de vue général, car, si on entre dans tous les détails, on en arrive à considérer que chaque contrat constitue à lui seul une catégorie, ce qui bien évidemment est le contraire d'une classification. Il faut donc rechercher certains points communs entre les contrats, ce qui va permettre d'avoir des catégories en fonction de ces points communs, catégories opposées à une autre qui aura des points communs différents ou opposés ».

135. Les distinctions du droit commun des obligations illustrent bien la démarche de classification : ainsi, on peut regrouper toutes les catégories de contrat selon qu'ils sont synallagmatiques ou unilatéraux, consensuels ou réels, commutatifs ou aléatoires, à titre onéreux ou à titre gratuit, à exécution instantanée ou à exécution successive.

136. A. BÉNABENT, *Droit des obligations* cit., p. 5.

137. J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification...* cit., introduction, p. 14 et 15.

paradoxalement, de mettre en lumière la spécificité de chacun des contrats¹³⁸. Il reproche d'ailleurs aux classifications traditionnelles d'être trop abstraites, de faire abstraction de la spécialité du contrat en mettant en avant un caractère isolé¹³⁹. M. Overtake tente donc de faire la lumière sur les caractères spécifiques de certains contrats spéciaux en précisant les différences avec les autres contrats. On retrouve là la catégorisation.

54 Néanmoins, la notion d'objet du contrat, telle qu'elle est retenue par M. Overstake, ne permet d'atteindre que l'une des deux fins visées, à savoir la classification des contrats et l'établissement d'une réglementation générale des contrats. Si sa proposition de classification est intéressante, le résultat obtenu concernant l'établissement d'une réglementation générale laisse une impression d'inachevé. Certes, M. Overstake réussit à dégager quelques règles générales à propos de certains contrats, comme par exemple les contrats ayant pour objet la garde d'un corps certain¹⁴⁰ ou encore les contrats ayant pour objet l'usage ou la jouissance d'une chose¹⁴¹. Néanmoins, la classification du contrat d'assurance n'est pas satisfaisante : orphelin dans sa sous-sous-catégorie (contrats non translatifs ayant pour objet un service, la protection contre certains risques), il est séparé d'autres contrats qui lui sont pourtant très proches, comme les contrats de capitalisation et le jeu et le pari, classés pour leur part dans les contrats translatifs ayant pour objet des promesses de payer. Le regard porté par M. Overstake sur la distinction entre ces différents contrats est juste, mais contredit son entreprise, qui est celui de rapprocher des contrats aux régimes proches. Or c'est le cas du contrat de capitalisation et du contrat d'assurance. Pourquoi donc les séparer ? La raison est que la notion d'objet du contrat, si elle touche à la raison d'être du contrat, demeure cependant trop inconsistante pour justifier le contenu des régimes.

55 Le reproche principal formulé par Mme Rochfeld à l'encontre de la thèse de M. Overstake est également fondé sur l'insuffisance de la notion d'objet du contrat. Malgré les efforts de l'auteur pour donner un contenu concret à l'objet du contrat (l'objet de la prestation caractéristique), ce dernier n'est pas suffisamment porteur de sens. Selon Mme Rochfeld, la définition de l'objet retenue par M. Overstake

138. *Ibid.*

139. *Ibid.*

140. Regrouper les contrats selon ce critère permet de démontrer que cette catégorie générique de contrats met à la charge du gardien trois obligations qui se retrouvent dans tous les cas : l'obligation de surveiller, de conserver la chose, l'obligation de ne pas s'en servir, l'obligation de la restituer. Les contrats concernés sont : le dépôt, certains contrats d'exposition (*sic*), certains contrats de garage, la location de coffres-forts, le séquestre.

141. *ibid.*, p. 165. Voir le tableau des classifications à la fin de l'ouvrage.

correspond à celle de la cause ; il s'agit en effet de l'objet tel que défini par Ripert et Boulanger, pour lesquels « l'objet du contrat désigne la prestation à propos de laquelle s'ordonne l'économie du contrat. Quand le contrat est conclu, elle devient l'objet de l'obligation, l'élément en l'absence duquel les parties n'auraient pas songé à former le contrat : c'est à elle que se rapportent les autres obligations du contrat : elle absorbe l'utilité économique du contrat »¹⁴². Mme Rochfeld y voit l'essence même de la cause, raison et condition de l'engagement de chacune des parties. L'objet ainsi entendu « correspond à la vision globale de la notion qui exprime non la cause de l'obligation, mais celle du contrat, c'est-à-dire l'opération économique à réaliser. L'objet pris en compte, au-travers de l'« obligation caractéristique » n'est qu'un épiphénomène de la cause ». Il est vrai que l'objet du contrat, réduit à l'objet de la prestation principale, demeure insuffisant pour mener à bien une entreprise de catégorisation, comme en témoigne l'insuffisance de sa démonstration pour distinguer le contrat d'assurance des contrats qui lui sont proches. Toutefois les choses sont différentes si l'on envisage d'accorder un sens plus large à la notion d'objet du contrat.

En effet, d'autres auteurs ont une vision beaucoup plus large de la notion d'objet du contrat de sorte que le domaine de l'objet du contrat et celui de la cause du contrat peuvent empiéter l'un sur l'autre (B).

B La concurrence entre la cause du contrat et l'objet du contrat : exposé de la thèse de Mme Lucas-Puget

56 Mme Lucas-Puget, qui a consacré sa thèse à la notion d'objet du contrat¹⁴³, va plus loin : Il s'agit de « l'opération juridique concrète voulue par les parties ». Mélangeant ainsi la constatation objective de la réalité de l'opération avec la finalité subjective recherchée par les cocontractants, Mme Lucas-Puget fait de la notion d'objet du contrat une notion première pour l'interprétation des contrats. Se pose dès lors le problème de la concurrence entre la notion de cause du contrat, telle qu'entendue par Mme Rochfeld, et la notion d'objet du contrat ainsi définie.

Comment Mme Lucas-Puget distingue-t-elle l'objet du contrat de la cause du contrat ? Logiquement, elle constate que la cause du contrat n'est autre, depuis l'arrêt *Pirmamod*¹⁴⁴, que le mobile déterminant, c'est-à-dire celui en l'absence duquel l'acquéreur ne se serait pas engagé¹⁴⁵. La cause du contrat permet donc une

142. Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil*, n°261, p.99, cité par J. Rochfeld.

143. A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat* cit..

144. Cass. civ. 1e, 12 juillet 1989, pourvoi n° 88-11.443, *BC* 1989, I, n° 293, p. 194.

145. *ibid.*, p. 240 et s., §438.

investigation poussée des raisons de l'engagement des parties, et permet par là-même un contrôle de la licéité de l'opération. Cependant, c'est à cette interprétation que la cause du contrat doit nécessairement être cantonnée dans la logique de Mme Puget. Elle regrette que certains auteurs instillent dans la cause du contrat, « non seulement (...) les motivations respectives des parties, mais encore, à un niveau supérieur, leurs attentes conjointes, (de sorte qu') elle exprimerait alors la fonction globale du contrat. » Ce serait le cas lorsque la cause du contrat est entendue comme la somme des causes des obligations, ou pire, lorsqu'elle induirait chacune des causes des obligations.

Mme Puget critique alors la thèse de Mme Rochfeld, qui perd de vue, selon elle, le fait que la cause du contrat est la considération de la finalité du contrat, tandis que l'objet incarne la finalité concrétisée : « l'objet est l'expression des effets immédiats du contrat, de l'opération juridique qu'il réalise, tandis que la cause viendra saisir le but, rapporté à la psychologie des parties, de ces effets immédiats¹⁴⁶ ». En témoigne l'exemple des contrats typiques auxquels les parties assignent une fin atypique, comme par exemple une vente réalisée à des fins de défiscalisation. Dans ce cas-là, la cause typique est impuissante à rendre compte de la finalité originale du contrat. La raison en est que la cause ne peut rendre compte à la fois de la typicité du contrat et du but atypique. C'est pourquoi la cause-fonction, qui permet de saisir la finalité atypique dévolue à un contrat typique, est nécessairement distincte de l'opération juridique que le contrat réalise¹⁴⁷. En réalité, le caractère typique ou atypique du contrat et donc de la cause est déterminé au regard d'un référent, l'objet du contrat. La cause du contrat demeure donc la considération de l'objet du contrat ; « l'objet du contrat est le référent direct de la cause typique, et le référent indirect de la cause atypique dès lors que les parties sont déterminées par une considération qui n'est pas celle qui résulte de cet objet¹⁴⁸ ».

57 Cette analyse démontre que dans certains cas, le type s'identifie à l'objet du contrat entendu comme opération juridique concrète. À une modélisation théorique, Mme Lucas-Puget substitue une réalisation objective. La cause demeure la considération de l'opération juridique et n'exprime pas nécessairement la fonction du contrat, notion objective. « Pour que la cause véhicule la fonction du contrat, il faut que cette dernière intègre les motifs des parties¹⁴⁹ ». Cette dernière proposition est incontestable, et ne contredit pas la position de Mme Rochfeld. Il est vrai que les

146. *ibid.*, p. 239, §437.

147. *ibid.*, p. 268, §487.

148. *ibid.*, p. 269, §489.

149. *ibid.*, p. 268, §488.

contrats atypiques sont, par définition, dégagés de toute référence au type. Leur cause est individuellement définie par les parties, de sorte qu'elle est proche de la vision subjective traditionnelle, sans pour autant être cantonnée au contrôle de la licéité et de la moralité de l'acte. Il n'est donc pas contradictoire d'estimer que c'est par référence à l'objet du contrat, entendu comme la finalité de l'acte juridique, que le caractère atypique de la cause peut s'apprécier. En effet, l'objet du contrat est le fruit de l'observation concrète de la réalisation contractuelle, et cette dernière est bien distincte de la finalité recherchée par les parties lorsque nous sommes en présence d'un contrat nommé avec une finalité atypique.

En revanche, le rôle attribué à l'objet du contrat n'est pas si important lorsqu'il s'agit de contrats typiques. Rien ne sert dans ces cas-là de distinguer l'objet du contrat de son type causal, puisque les deux se confondent nécessairement : la cause du contrat, c'est-à-dire la considération de la finalité de l'opération juridique, correspond en tout point à la finalité elle-même¹⁵⁰. Lorsque l'on considère le contrat comme un objet standardisé, le versant subjectif de la finalité du contrat s'identifie parfaitement à son versant objectif, puisque la volonté est également standardisée. Il n'est donc pas pertinent de fonder une distinction rigoureuse entre l'objet et la cause du contrat sur la différence ténue qui existe entre le « pour quoi ? » et le « pourquoi ? » d'un contrat. La cause n'est que l'appréciation subjective d'une réalité objective.

Dès lors, les débats relatifs à la distinction entre l'objet et la cause du contrat perdent leur raison d'être. Or, en ce qui nous concerne, le contrat d'assurance est un contrat typique. Il n'y a donc pas lieu de trancher entre la cause du contrat ou l'objet du contrat comme critère de catégorisation, puisque l'enjeu du débat est, en l'espèce, inexistant.

150. En ce sens, *ibid.*, §278.

Chapitre 1

Un contrat aléatoire

58 Nous avons établi précédemment un protocole de catégorisation fondé sur le concept de cause typique du contrat. Or, la détermination de la cause typique du contrat d'assurance est loin d'être une évidence.

En effet, la première difficulté qui se dresse est celle de la définition des contrats aléatoires, parmi lesquels le code civil classait le contrat d'assurance¹⁵¹. Or, jusqu'à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, deux définitions différentes étaient présentes dans le code civil. L'ancien article 1104 du code civil donnait les définitions suivantes : « (Le contrat) est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle.

Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire. » Cet article était concurrencé par une seconde définition des contrats aléatoires, donnée par l'article 1964 du code civil, qui a été abrogé par la même ordonnance : « 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. »

Désormais, le nouvel article 1108 du code civil remplace l'ancien article 1104¹⁵² et l'article 1964 a disparu, sans être remplacé. Il énonce que « 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.

Il est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat,

151. Ancien art. 1964 c.civ., abrogé par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 5-8°, entrée en vigueur à compter du 1er oct. 2016.

152. Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1er oct. 2016.

quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain. » La nouvelle définition est très proche de l'ancien article 1964 du code civil, de sorte qu'elle présente les mêmes défauts et encourt les mêmes reproches.

Dans un premier temps, nous présenterons les analyses relatives à la cause des contrats aléatoires qui ne nous semblent pas satisfaisantes (1) ; dans un second temps, nous nous pencherons sur les propositions qui permettent de dégager une cause typique du contrat d'assurance (2).

Section 1

Les définitions contestables de la cause des contrats aléatoires

59 Nous verrons d'abord comment la définition donnée par l'article 1108 du code civil, très proche de l'ancien article 1964 du même code, ne permet pas de distinguer les contrats aléatoires d'autres contrats commutatifs affectés par un aléa (§1).

Nous verrons ensuite si le contrat d'assurance doit être distingué des autres contrats aléatoires, dans la mesure où il consiste en une opération de maîtrise du hasard (§2).

§1 Le nouvel article 1108 du code civil et la dilution inévitable du caractère aléatoire du contrat d'assurance

60 La formulation de l'article 1108 du code civil est susceptible de décrire deux structures contractuelles distinctes : d'une part, les contrats commutatifs affectés d'une condition (A), et d'autre part, les contrats commutatifs dont la valeur d'une des prestations est fonction d'un événement aléatoire (B). Elle ne permet donc pas d'opérer la distinction entre ces contrats et les contrats aléatoires.

A Première interprétation de l'article 1108 du code civil

61 Les contrats commutatifs affectés d'une condition correspondent à la figure romaine de l'*emptio rei speratae*. Le contrat est parfait, chaque obligation a bien sa cause dans la contreprestation due : ainsi, si l'on prend l'exemple de la vente d'une pêche à venir, l'un s'engage à payer un prix si la pêche se réalise, l'autre transfère la propriété de la pêche en question en échange d'un prix. Les obligations ont un objet (au sens strict) certain : le paiement d'un prix, le transfert de propriété d'une pêche. Néanmoins, l'exécution de chaque prestation dépend d'un événement incertain : la quantité de poissons que le vendeur pêchera. S'il n'en pêche aucun, alors aucun prix ne lui sera versé. En ce sens, la prestation consistant en un paiement est aléatoire, c'est-à-dire que son exécution et son montant dépendent de la réalisation d'un événement aléatoire. Ainsi, l'effet du contrat pour le vendeur dépend bien d'un événement aléatoire : il n'est pas certain de gagner de l'argent.

Dès lors, l'aléa « affecte l'objet d'au moins une des obligations issue du contrat en suspendant son existence ou son étendue¹⁵³ »¹⁵⁴. Néanmoins, à la différence d'un contrat aléatoire, le contrat commutatif affecté d'une condition est parfait, en dehors même de l'existence de l'aléa. Ainsi, dans le cas d'une vente immobilière soumise à la condition de l'octroi d'un prêt bancaire, le contrat de vente est parfait d'un point de vue juridique, c'est-à-dire qu'il a une cause et un objet, que la condition soit réalisée ou pas. Cette dernière n'est qu'un élément d'incertitude que les parties rajoutent à l'objet d'une des obligations. Si l'on imagine que la condition devient finalement caduque, alors le contrat continue d'exister. La condition, qu'elle soit suspensive ou résolutoire, affecte l'exécution du contrat, et non sa formation. S'il s'agit d'une condition suspensive, les effets du contrats sont suspendus, et les obligations ne sont pas exigibles, tant que la condition ne s'est pas réalisée. En revanche, s'il s'agit d'une condition résolutoire, le contrat disparaît rétroactivement dès lors que la condition se réalise : ainsi l'article 960 du code civil prévoit que la donation faite par une personne sans descendance est faite sous la condition résolutoire de la survenance d'un enfant¹⁵⁵. Dans les deux cas, l'évènement incertain décide, ou non,

153. A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, Presses universitaires de la faculté de Droit-Université d'Auvergne, L.G.D.J., 1998, préf. Alain Ghozi, §63.

154. Pour la distinction entre l'évènement imprévisible au jour de la conclusion du contrat de l'évènement imprévisible, voir O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, L.G.D.J., préf. J. Ghestin, 2001, p. 165, §438 ; pour approfondir la question des contrats soumis à condition, cf. l'ouvrage de référence J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse Lille, 1977 et, plus récemment, M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, L.G.D.J., préf. D. Mazeaud, 2009 et O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux* cit..

155. Sur la question, cf. A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, L.G.D.J.,

de l'existence du contrat, alors que dans un contrat aléatoire, il décide de son résultat : les contrats commutatifs assortis d'une condition « traduisent un esprit différent : on ne veut contracter qu'au vu d'une situation débarrassée de ses incertitudes, ce qui est exactement le contraire du contrat aléatoire¹⁵⁶. »

62 Or, l'article 1108 du code civil décrit la structure des contrats commutatifs conditionnels dès lors que la notion « d'avantages ou de pertes » est comprise dans un sens large et peu discriminant : tout contrat est une opération économique qui permet de faire une bonne affaire ou non. Néanmoins, la bonne affaire ne se fait pas nécessairement aux dépens de son cocontractant. Ainsi, dans cette perspective, l'appréciation de l'avantage qu'en retire une des parties doit être extraite de l'examen du résultat de l'opération pour les autres. L'article 1108 du code civil autorise cette interprétation, puisque il ne précise pas que les avantages et les pertes doivent être appréciés au regard du profit ou de la perte qu'en retirent les autres parties. Par conséquent, l'objet du contrat (au sens d'opération juridique concrète¹⁵⁷) est de créer les conditions pour que les parties aient la possibilité de réaliser une bonne affaire. Dans la vente d'une pêche à venir, *emptio rei speratae*, l'acquéreur bénéficie d'un avantage induit par la réalisation de l'évènement aléatoire, car on peut légitimement penser que le prix prévu pour la pêche à venir est inférieur à ce qu'il aurait été si cette dernière avait été déjà réalisée. Par conséquent, si la pêche se révèle abondante, alors il aura acquis de nombreux poissons pour un prix intéressant. Quant au vendeur, il bénéficie de la certitude de vendre puisqu'il a déjà un acquéreur.

63 La même interprétation relative à la notion d'avantages et de pertes permet de décrire le fonctionnement des contrats dont la valeur d'une des prestations est fonction d'un évènement incertain (B).

B Seconde interprétation de l'article 1108 du code civil

64 Une autre acception peut être attribuée à la notion d'avantages ou de pertes de l'article 1108 du code civil : plus discriminante, elle implique de comparer les résultats de l'opération entre les différentes parties. Néanmoins, la comparaison est limitée, car l'avantage obtenu par l'une d'entre elle n'a pas pour réciproque la perte de l'autre. Si une des parties fait une très bonne affaire, son cocontractant n'essuie pour autant une perte ; en revanche, l'opération contractuelle se sera révélée plus fructueuse pour

11e éd., 2015, §324.

156. *ibid.*, §1318.

157. A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat* cit..

une des parties que pour l'autre. Les contrats qui suivent ce fonctionnement sont les contrats commutatifs dans lesquels la valeur d'une des prestations est fonction d'un évènement aléatoire. Il s'agit de la seconde interprétation qu'on peut faire de l'article 1108 du code civil.

65 Il est vrai que la distinction entre ce type de contrat et les contrats aléatoires est délicate ; elle n'en est pas moins incontestable, et correspond à celle proposée par M. Grua entre les contrats affectés d'un aléa juridique de ceux affectés d'un aléa économique : l'aléa juridique, qui caractérise les conventions aléatoires, est celui qui « détermine l'existence ou l'étendue des obligations souscrites et l'incertitude porte sur le rapport final des obligations des parties ; le gain ou la perte se mesurent en comparant les prestations commandées par le hasard : bref, l'aléa demeure à l'intérieur du contrat ¹⁵⁸. » En revanche, ce n'est pas le cas des contrats commutatifs affectés d'un aléa, pour lesquels « le gain ou la perte ne résulte (pas) de la comparaison des obligations respectives, mais de la valeur de l'une d'elles que lui donne *a posteriori* le hasard. Le dénouement de l'affaire n'influe en rien sur l'étendue des obligations souscrites. (...) L'aléa sort donc de la structure du contrat : il est seulement économique. Ce n'est pas à proprement parler le contrat qui est aléatoire, mais l'opération qu'il réalise » ¹⁵⁹.

La seule constatation d'un aléa portant sur la valeur d'une des prestations est insuffisante à caractériser un contrat comme aléatoire : ainsi, la commission d'un courtier d'assurance est proportionnelle au montant de la prime ¹⁶⁰, sans que le contrat de courtage soit un contrat aléatoire. Il faut en effet distinguer prestation aléatoire et contrat aléatoire ¹⁶¹ : la seule prestation aléatoire dans son montant est insuffisante pour rendre aléatoire un contrat, tandis que si l'aléa affecte l'exécution de la prestation, alors le contrat est bien aléatoire, puisque *de facto*, l'une des parties sera susceptible de ne rien obtenir en échange de sa prestation ¹⁶².

158. F. GRUA, « La distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTD civ.*, 1983, p. 263, p. 282, §35.

159. *ibid.*, p. 282, §83. Mme Morin (A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires* cit., , p. 90 et s.), reprenant cette analyse, a démontré que l'aléa économique pouvait intégrer la cause du contrat dès lors qu'il « affecte la valeur d'une des prestations lors de la conclusion du contrat ». Il forme alors « un élément subjectif introduit par les parties dans la cause de leur contrat. » Elle donne comme exemple la vente d'une source d'eau minérale malgré la menace du retrait d'autorisation administrative d'exploitation. Ainsi, l'aléa économique est susceptible de rendre le contrat aléatoire, à condition qu'« il affecte l'équilibre des prestations, d'une part, et qu'il provoque une chance de gain ou un risque de perte pour chacune des parties, d'autre part. » (*ibid.*, §266). Sur cette question, voir les développements *infra*.

160. A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux* cit., §1319.

161. En ce sens, *ibid.*, §1319.

162. Sur la définition des contrats aléatoires, *cf. infra*, section 2.

Néanmoins, cette constatation ne doit pas engager à intégrer l'aléa dans l'objet de la prestation, en raison de l'ambiguïté qui en découlerait. C'est pourquoi nous ne suivons pas M. Ghestin lorsqu'il écrit que « dans les contrats aléatoires, la cause de l'obligation assumée par l'une des parties est la contrepartie convenue dont l'objet est, par nature ou conventionnellement, affecté d'un aléa. ¹⁶³ » La proposition, certes intéressante, manque de précision : en effet, comment et dans quelle mesure l'objet d'une prestation doit-il être affecté d'un aléa pour que le contrat soit aléatoire ? Si l'on suit M. Ghestin dans son développement sur le caractère aléatoire du contrat d'assurance, alors il semblerait que ce soit l'exécution de la prestation qui doit dépendre de la réalisation de l'évènement incertain. Fidèle en cela à une ancienne doctrine ¹⁶⁴, il estime que si le contrat prévoit que l'une des prestations est certaine dans sa réalisation, comme celle du souscripteur qui s'engage à payer la prime, alors l'obligation n'est pas aléatoire.

Cette assertion est juste, mais insuffisante à caractériser toutes les hypothèses dans lesquelles un contrat est aléatoire. De plus, le caractère certain d'une prestation ne fait pas nécessairement obstacle à la caractérisation d'un contrat aléatoire. En témoigne l'arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 4 juillet 2007 ¹⁶⁵, dans lequel il était question d'une promesse synallagmatique de vente qui avait été consentie en échange d'un prix payable en partie au comptant, et converti pour le reste en une obligation viagère de soins au profit d'un tiers. Ce dernier décède avant la signature de l'acte authentique, et la bénéficiaire de la promesse assigne la venderesse en exécution forcée de la vente moyennant le paiement de la seule partie du prix au comptant. Elle obtient gain de cause devant les juges du fond et le vendeur forme un pourvoi en cassation, reprochant à la cour d'appel d'avoir violé les articles 1104 et 1964 du code civil. Selon le pourvoi, il résulte de la combinaison de ces textes que le contrat aléatoire suppose que l'aléa soit réciproque. Or, en l'espèce, si l'acquéreur supportait un aléa lié à l'espérance de vie du bénéficiaire de la promesse de soins, en revanche le vendeur ne courrait aucune chance de gain ni un risque de perte puisqu'il ne pouvait prétendre qu'au paiement de la somme fixe au comptant. Le caractère aléatoire du contrat faisait défaut en raison du fait que l'obligation aléatoire de soins était souscrite au profit d'un tiers. Ainsi les obligations

163. J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L.G.D.J., 2006.

164. Le problème a été posé en termes clairs par M. Laithier (voir Y.-M. LAITHIER, « Aléa et théorie générale du contrat », *L'aléa, Journées nationales, Association H. Capitant, Tome XIV, Le Mans*, Dalloz, 2011, p. 13.) : « La réciprocité du risque suppose-t-elle que les prestations dues par chaque partie soient toutes incertaines ? (...) La certitude de l'objet d'une des prestations fait-elle obstacle au caractère aléatoires du contrat ? » Pour un aperçu historique sur la question, cf. la synthèse de Eric Savaux, obs. sous cass. civ. 3e, 4 juillet 2007, *Defrénois* 2007.1737.

165. Cass. civ. 3e, 4 juil. 2007, *BC* III, n.124, *CCC* 2007, n.293, obs. Leveneur ; *Defrénois* 2007.1737, obs. Savaux, et 1535, note Dagorne-Labbe.

récioproques n'étaient pas affectées par une chance de gain ou un risque de perte. Cette interprétation n'est pas retenue par la Cour de cassation qui rejette le pourvoi, estimant qu'« il résulte des articles 1104, alinéa 2, et 1964 du code civil que l'aléa existe dès lors qu'au moment de la formation du contrat les parties ne peuvent apprécier l'avantage qu'elles en retireront parce que celui-ci dépend d'un événement incertain. » Ainsi, l'appréciation de l'avantage ou de la perte est large, car elle inclut les avantages financiers indirects, et n'exclut pas les hypothèses où la prestation présente partiellement un caractère certain dans son exécution. Par conséquent, s'il est vrai qu'un contrat dans lequel l'exécution d'une des prestations dépend d'un événement incertain est nécessairement aléatoire (puisque le cocontractant prend le risque de ne rien obtenir en échange de sa prestation), il demeure qu'il s'agit d'un critère ni absolu ni nécessaire.

66 Nous avons tenté de démontrer que la rédaction de l'article 1108 du code civil ne permettait pas de définir la cause des contrats aléatoires ; nous examinerons à présent la pertinence des propositions doctrinales qui attribuent des causes différentes selon les types de contrat aléatoire (§2).

§2 Contrats aléatoires et diversité des causes

67 Certains auteurs ont proposé de distinguer différents contrats aléatoires, en se fondant sur une différence de cause. Ce serait notamment le cas pour le contrat d'assurance, qui constitue une opération de maîtrise du hasard, contrairement aux autres contrats aléatoires qui sont fondés sur la spéculation (A). Par ailleurs, il existe une distinction doctrinale entre les contrats économiquement aléatoires et les contrats juridiquement aléatoires. Nous verrons s'il y a lieu de définir des causes différentes pour ces deux hypothèses (B).

A Le contrat envisagé comme une opération de maîtrise du hasard

68 Selon M. Ghestin, le contrat d'assurance a comme objet la maîtrise de l'aléa, de sorte qu'il n'est pas un contrat aléatoire comme les autres, qui spéculent sur le hasard : « Si le contrat d'assurance est un contrat aléatoire, en ce sens qu'il suppose un événement de réalisation incertaine dans son existence ou dans sa date d'arrivée, l'existence d'une chance de gain ou de perte ne participe pas de sa

nature. De cette façon, il devient possible de concilier le résultat économique de l'assurance (suppression de l'aléa par la mutualisation et acte de prévoyance) et sa qualification juridique de contrat aléatoire. Il devient alors inutile, à tout le moins superfétatoire, de rechercher les conséquences de l'événement incertain en termes de risque d'appauvrissement ou d'enrichissement¹⁶⁶ ». En effet, lorsque l'assureur réclame la nullité du contrat parce que le risque est déjà réalisé au moment de la souscription, ce n'est pas sur le fondement de la cause que celle-ci lui est accordée : la nullité est prononcée car la couverture d'un risque, c'est-à-dire d'un événement aléatoire, est l'objet même du contrat, tandis que seul le paiement des primes par le souscripteur en constitue la cause¹⁶⁷. Il évoque à l'appui de son argumentation deux arrêts relatifs à des affaires d'escroquerie à l'assurance-incendie, dans lesquels la Cour de cassation, sans évoquer la cause, estime que l'indemnité d'assurance n'est pas due « lorsque le dommage affectant la chose assurée provient de la faute intentionnelle de l'assuré, qui a ainsi supprimé l'aléa constituant l'essence même du contrat, la sanction d'une telle faute est une absence d'assurance à l'égard de tous¹⁶⁸ ».

M. Ghestin extrait l'aléa de la cause du contrat d'assurance pour l'imputer sur son objet. Selon lui, le propre du contrat d'assurance est que les parties ne spéculent pas sur le hasard, mais cherchent au contraire à le maîtriser. C'est pourquoi l'aléa n'entre pas dans la cause du contrat, mais constitue son objet, que les parties ont le souci de couvrir : « La notion d'aléa doit (...) être comprise, en matière d'assurance, comme s'appliquant uniquement à l'évènement choisi par les parties, sans qu'il soit nécessaire que soit jointe une chance de gain ou un risque de perte pour l'une ou l'autre des parties au contrat, puisqu'elle n'est pas de la nature de l'assurance. En d'autres termes, ce qui importe, c'est la prise en compte d'un ou de plusieurs risques dont la survenance déclenche l'exécution par l'assureur de ses obligations¹⁶⁹ ». Par conséquent, si le contrat d'assurance est annulé en cas d'absence d'aléa, c'est parce que « l'aléa, le risque couvert, n'est pas la cause de l'obligation de l'assureur, mais l'objet même de celle-ci, inhérent à l'essence du contrat d'assurance¹⁷⁰. »

Il est vrai que le contrat d'assurance est un contrat de garantie, et non de spéculation¹⁷¹. Néanmoins, contrairement à ce qu'affirme M. Ghestin, il demeure que la survenance de l'évènement aléatoire engendre une chance de gain ou un risque de perte pour les deux parties : si le risque ne se réalise jamais, le souscripteur aura payé

166. J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat* cit., §525.

167. *ibid.*, §526, p. 343.

168. Cass. civ. 1re, 11 octobre 1994, *Bull. civ.* I, n°277, p. 203 et cass. civ. 1re, 15 janvier 1985, *BC I*, n°20, p. 20.

169. *ibid.*, §525, p. 342.

170. *ibid.*, §526, p. 343.

171. Sur ce point, voir *infra* et le chapitre suivant.

les primes en vain, au bénéfice de l'assureur, tandis que s'il se réalise, c'est l'assureur qui devra verser une indemnité d'un montant supérieur à celui des primes perçues. Certes, il est vrai que grâce à la technique de mutualisation des risques, l'assureur ne court pas de risque de perte¹⁷². Néanmoins, cette assertion doit être fortement nuancée : d'une part, nous verrons que la technique d'assurance n'est pas sans danger et qu'elle n'est pas exclusive du recours à d'autres techniques plus hasardeuses¹⁷³ ; d'autre part, c'est au niveau du contrat lui-même que la chance de gain et le risque de perte corrélatifs doivent être appréciés, et non au niveau de la mutualité, qui n'est pas une partie au contrat. Par conséquent, le contrat d'assurance engendre bien une chance de gain et un risque de perte corrélatifs, comme tous les contrats aléatoires¹⁷⁴.

B La distinction entre les contrats économiquement aléatoires et les contrats juridiquement aléatoires

69 La distinction entre les contrats aléatoires par essence et les contrats aléatoires par accident a été adoptée par les romanistes modernes puis clarifiée par Pothier¹⁷⁵. L'idée a été reprise par M. Bénabent, qui distingue les contrats essentiellement aléatoires des contrats aléatoires par les circonstances ou exceptionnellement aléatoires¹⁷⁶ : les premiers ne peuvent pas, par nature, être commutatifs, tandis que les seconds ne sont aléatoires que par les circonstances. Ainsi, il est possible de transformer des contrats commutatifs en contrats aléatoires par l'insertion d'une clause. M. Bénabent cite comme exemple la vente d'un bien « aux risques et périls » de l'acquéreur, dans laquelle ce dernier renonce par avance à tout recours s'il s'avère que ce bien était sans valeur ou appartenait à autrui. Le bail peut également devenir un contrat aléatoire dès lors que les parties y insèrent une clause qui introduit l'aléa au point d'en affecter l'économie même du contrat : ce sera le cas lors que le locataire renonce à certaines garanties. L'intérêt de la distinction repose sur la sanction de l'absence d'aléa : les contrats essentiellement aléatoires sont frappés de nullité, tandis que les contrats exceptionnellement aléatoires sont requalifiés.

70 Mme Morin propose une analyse poussée de la nature de l'aléa dans ce type de contrats : reprenant la distinction qu'opère M. Grua entre aléa juridique et aléa

172. *ibid.*, §522, p. 340.

173. *cf.* seconde partie, titre I.

174. *cf. infra*, section 2.

175. Y.-M. LAITHIER, « Aléa et théorie générale du contrat » cit..

176. A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux* cit., p. 627, §1320 et s.

économique¹⁷⁷, elle estime que l'aléa économique n'est pas nécessairement exclusif de la qualification de contrat aléatoire, dès lors que l'exigence d'une chance de gain ou d'un risque de perte par chacune des parties est satisfaite¹⁷⁸. C'est le cas lorsqu'une partie vend ou achète un bien dont la valeur est incertaine contre un prix ferme¹⁷⁹, par exemple la vente d'un coup de filet. En revanche, Mme Morin explique que certains contrats affectés d'un aléa économique ne sont pas aléatoires car ils ne créent pas de risque contradictoire et corrélatif entre les parties¹⁸⁰. C'est le cas par exemple du contrat d'assistance maritime¹⁸¹, dans lequel l'assistant s'engage à porter secours à un navire en danger de se perdre, tandis que l'assisté promet de verser une rémunération en cas de réussite du sauvetage. Ainsi, si le risque se réalise et que l'assistant réussit à sauver le navire, alors les deux parties y « gagnent » ; si en revanche le risque ne se réalise pas ou l'assistant échoue, alors les deux parties y perdent. Le risque n'étant pas contradictoire, le contrat d'assistance maritime n'est pas un contrat aléatoire.

Dès lors que l'aléa économique peut conférer, dans certaines circonstances, un caractère aléatoire au contrat, qu'est-ce qui distingue selon Mme Morin l'aléa économique de l'aléa juridique ? Selon elle, « les contrats juridiquement aléatoires se définissent comme des conventions dans lesquelles un aléa juridique provoque une incertitude sur l'équivalence des prestations, constitutive d'un risque pour chacune des parties. L'aléa juridique se caractérise par son incidence et par sa place au sein du contrat : il affecte la réalité de l'objet de l'obligation d'une part, et participe de la structure du contrat en formant la cause objective de l'engagement des parties d'autre part¹⁸². » Puisque la présence d'un aléa économique n'est pas exclusive de la qualification de contrat aléatoire, la distinction repose essentiellement sur la place donnée à l'aléa dans la structure du contrat : il est intrinsèque dans les contrats juridiquement aléatoires, et extrinsèque dans les contrats affectés par un aléa économique. On retrouve donc là la distinction entre les contrats essentiellement aléatoires et les contrats aléatoires par accident : ces derniers sont affectés d'un aléa économique au sens où l'entend Mme Morin, c'est-à-dire extrinsèque au contrat originel¹⁸³. En effet, les contrats exceptionnellement aléatoires sont des contrats à l'origine commutatifs dans lesquels une clause affecte l'économie même du contrat, et de manière assez forte pour que ce contrat, commutatif par sa nature ordinaire,

177. A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires* cit..

178. *ibid.*, p. 123, §286.

179. *ibid.*, p. 124, §289.

180. *ibid.*, p. 128, §297.

181. *ibid.*, p. 129, §299.

182. *ibid.*, p. 85, §186.

183. *ibid.*, §335.

se trouve « dénaturé » en contrat aléatoire¹⁸⁴. Tous les contrats comportant une part d'aléa, « il appartient aux juges (du fond) d'analyser l'économie particulière que ces clauses donnent au contrat pour déterminer si elles n'ont qu'une portée limitée ou au contraire impriment au contrat en son entier un caractère aléatoire¹⁸⁵ ». Par conséquent, le contrat n'est réellement dénaturé que si l'étendue de la dénaturación est si importante qu'elle en affecte l'économie, en d'autres termes, que celle-ci se transforme en spéculation ou en garantie, les deux finalités de traitement de l'aléa. Ainsi, tous les contrats commutatifs dans lesquels l'aléa joue un rôle ne sont pas pour autant aléatoires : toute vente dont le prix présente un caractère forfaitaire n'est pas nécessairement aléatoire, même si l'acquéreur prend dans tous les cas un risque.

Par conséquent, la distinction entre les contrats économiquement aléatoires et les contrats juridiquement aléatoires n'est pertinente que lorsque l'on s'interroge sur les modes de formation du contrat : l'existence des contrats économiquement aléatoires démontre que la liste des contrats aléatoires est aussi infinie que celle des contrats. Néanmoins, il n'existe pas de différence structurelle entre les deux types de contrats : le contrat économiquement aléatoire n'est véritablement aléatoire que si sa cause est identique à celle des contrats juridiquement aléatoires.

71 Nous allons essayer à présent de donner une définition de la cause des contrats aléatoires pertinente pour la qualification du contrat d'assurance (2).

Section 2

Définition de la cause des contrats aléatoires

72 Nous verrons que seul l'ancien article 1104 du code civil permet d'expliquer la cause des contrats aléatoires de façon pertinente. Ainsi, la cause typique de tous les contrats aléatoires est la recherche d'une chance de gain corrélée à un risque réciproque de perte (§1). Nous verrons ensuite que cette cause typique peut être affinée en deux causes aux finalités différentes, la garantie et la spéculation (§2).

184. A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux* cit., §1329.

185. *ibid.*, §1329.

§1 La chance de gain ou le risque de perte corrélatifs

73 La définition de la cause des contrats aléatoires est délicate, car elle présente un caractère complexe (A) ; elle repose néanmoins, comme pour les contrats commutatifs, sur une certaine idée d'équivalence entre les prestations des parties (B).

A Une cause complexe

74 Depuis Capitant, il existe un consensus doctrinal sur la cause des contrats aléatoires : celle-ci est constituée d'une part, par l'aléa, d'autre part, par l'obligation réciproque. En effet, selon lui, la cause des obligations des contrats aléatoires est complexe, car les « contractants y poursuivent un but spécial qui vient s'ajouter au but ordinairement visé »¹⁸⁶. A la cause qui est celle de tous les contrats synallagmatiques (la volonté d'obtenir l'exécution de la prestation promise en retour), il faut ajouter la chance. Cette dernière « se superpose à la cause ordinaire (...). (Dans les contrats aléatoires), la bonne et la mauvaise chance espérée ou redoutée par les contractants est un des éléments constitutifs de leur manifestation de volonté, car ils en font dépendre, suivant les cas, soit la naissance, soit l'extinction, soit l'étendue de leurs obligations. En d'autres termes, la considération du risque fait partie de l'accord conclu par les intéressés. Il en résulte que la cause de leurs obligations est plus complexe que dans les contrats commutatifs. Sans doute cette cause est toujours la contreprestation promise, mais c'est aussi et en première ligne la perspective d'un aléa dont le contractant espère tirer profit ou contre lequel il veut se prémunir. (...) Le risque fait incontestablement partie intégrante de la manifestation de volonté des deux contractants. (...) La chance (...) se superpose à la cause ordinaire. Il en résulte que si le risque en considération duquel le contrat a été conclu n'existe pas en réalité, ou n'est pas de nature à se produire, les obligations contractées se trouvent être sans cause, le consentement donné n'a plus sa raison d'être. »

75 L'idée d'une cause complexe a fait depuis son chemin, même si les auteurs présentent des divergences sur la place qu'il faut accorder aux différents éléments qui la composent. Ainsi, par exemple, M. Laithier minimise le rôle de l'aléa et estime que c'est surtout la contreprestation envisagée qui constitue la cause de l'engagement du cocontractant¹⁸⁷. Bien qu'il n'ignore pas le rôle que joue l'aléa dans la cause du contrat,

186. H. CAPITANT, *De la cause des obligations* cit., p. 51, n.18 et s.

187. Y.-M. LAITHIER, « Aléa et théorie générale du contrat » cit..

il établit une hiérarchie dans les causes et met en avant la cause substantielle. Un autre auteur a tenté d'unifier la cause complexe : il s'agit de M. Ghestin, selon lequel « il semble préférable (...) d'intégrer l'aléa, qui caractérise effectivement les contrats aléatoires, dans la définition de la cause inhérente aux contrats synallagmatiques. Il suffit pour cela d'observer que, *dans les contrats aléatoires, la cause de l'obligation assumée par l'une des parties est la contrepartie convenue dont l'objet est, par nature ou conventionnellement, affecté d'un aléa.* Comme dans tous les contrats synallagmatiques en général, il y a absence de cause chaque fois que l'objet de la contrepartie convenue, tel qu'il résulte de l'interprétation du contrat, est dérisoire ou illusoire. Simplement, le caractère aléatoire de la contrepartie fait ici partie de la définition contractuelle de la contrepartie due par l'autre partie. En conséquence, si ce caractère aléatoire est illusoire, la contrepartie devient elle-même illusoire, ce qui prive de cause l'obligation corrélative. Ce n'est donc pas seulement l'absence d'aléa qui permet de caractériser dans ces conventions, une absence de cause. Les contrats synallagmatiques aléatoires (...) ne sont annulés pour absence de cause que parce que l'absence de caractère aléatoire rend certainement illusoire ou dérisoire la contre-prestation convenue, ce qui prive ainsi l'obligation réciproque de cause¹⁸⁸ ». Ainsi, l'absence d'aléa n'entraîne pas nécessairement la nullité du contrat : elle ne le fera que si l'absence d'aléa rend la contre-partie illusoire.¹⁸⁹

76 La proposition de M. Ghestin est une réponse à la critique que Boyer avait

188. J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat* cit., §464, p. 304 et s.. C'est l'auteur qui souligne.

189. Avant d'analyser plus en détail la proposition de M. Ghestin, il faut clarifier un point afin d'éviter toute confusion ultérieure : l'obligation aléatoire de ce dernier semble à première vue proche de l'« obligation conditionnelle » que développe Mme Nicolas dans sa thèse. En réalité, les deux analyses diffèrent complètement : Mme Nicolas évoque le caractère conditionnel de l'obligation de l'assureur comme une sorte de caractère aléatoire « renforcé ». En effet, le déséquilibre entre les prestations des parties est susceptible d'être total puisqu'il se peut que l'assureur n'exécute jamais son obligation. C'est en ce sens que son obligation est conditionnelle. C'est pourquoi le caractère aléatoire du contrat d'assurance est « plus accentué, plus absolu » (V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse...* cit., §176, p. 82.). Cette caractéristique permettrait la distinction entre le contrat d'assurance et le contrat de rente viagère. En revanche, M. Ghestin évoque l'objet aléatoire de l'obligation de l'assureur non pas pour souligner une sorte de caractère aléatoire renforcé du contrat, mais pour deux raisons, l'une esthétique, l'autre plus profonde : d'une part il cherche à donner une définition de la cause dans les contrats aléatoires proches de celles des contrats commutatifs. D'autre part, il cherche à mettre en lumière le fait que la jurisprudence annule les contrats d'assurance pour absence de cause lorsque la contrepartie convenue est illusoire ou dérisoire, et sans que la notion d'aléa soit prise en compte. Pour notre part, si la démarche de M. Ghestin nous semble intéressante, celle de Mme Nicolas nous paraît en revanche moins heureuse : en effet, la qualification d'un contrat comme aléatoire a pour fonction de le faire entrer dans une catégorie spécifique, celle précisément des contrats aléatoires, afin que le régime associé s'y applique. Cela n'a donc aucun sens d'imaginer des gradations dans le caractère aléatoire des contrats. Un contrat est aléatoire ou ne l'est pas. Songerait-on à qualifier certains contrats comme plus commutatifs que d'autres ?

formulée à l'encontre de la notion de cause complexe énoncée par Capitant : la juxtaposition dans l'élément « cause » pose le problème de savoir à partir de quel moment on pourra parler d'absence de cause¹⁹⁰. La proposition de cause unifiée rend donc plus juste et plus aisée la détermination de l'absence de cause, même si la dualité ne disparaît pas complètement : il convient en effet de vérifier si la contre-prestation est dérisoire ou illusoire, comme dans les contrats commutatifs. En effet, le caractère dérisoire ou illusoire peut être induit par deux raisons : soit, comme dans les contrats commutatifs, par l'absence de substance de l'obligation d'une des parties, soit, dans certains cas, par son absence de caractère aléatoire.

Ainsi, si l'on suit M. Ghestin, l'objet d'une au moins des obligations du contrat aléatoire présente une caractéristique supplémentaire par rapport à celui des contrats commutatifs : en plus de son caractère substantiel (le contenu substantiel de l'obligation, ce à quoi la partie s'engage), il doit être aléatoire. L'absence de caractère aléatoire fait perdre à la prestation son objet, et donc la cause de la contre-prestation correspondante. Dès lors, la nullité pour absence de cause peut être prononcée dans un contrat aléatoire à deux conditions alternatives : soit, parce que, comme pour un contrat commutatif, l'objet de la contre-prestation est dérisoire ou illusoire dans sa substance ; soit parce que le caractère aléatoire de cet objet fait défaut.

Néanmoins, nous ne souscrivons pas à la solution de M. Ghestin qui propose de transférer l'aléa sur l'objet de la contrepartie. En effet, une telle affirmation porte à confusion et peut être source de contresens, et ce pour deux raisons : d'une part, le caractère aléatoire de la prestation est insuffisant pour rendre le contrat aléatoire¹⁹¹ ; d'autre part, un contrat peut être aléatoire même si l'exécution des prestations est certaine. C'est le cas de l'*emptio spei*, « vente de l'espoir » : si un pêcheur s'engage à vendre son futur coup de filet pour un prix convenu, alors les prestations sont certaines mais le contrat est aléatoire. En effet, si le vendeur n'a rien pêché ou fait une pêche médiocre, il aura fait une bonne affaire aux dépens de l'acquéreur car il aura obtenu un prix bien supérieur au prix réel de sa pêche ; si en revanche son coup de filet se révèle important, alors il aura perdu de l'argent au bénéfice de l'acquéreur. Dans tous les cas, la prestation du vendeur est certaine puisqu'il s'engage à vendre le contenu de sa pêche, et celle de l'acquéreur également, puisqu'il promet de payer un prix convenu.

Nous préférons donc, pour des raisons de clarté, demeurer fidèle à la définition classique de la cause des contrats aléatoires. Il convient à présent d'éclairer la notion d'aléa, en expliquant le lien qui unit l'événement aléatoire et l'équivalence entre les prestations (B).

190. L. BOYER, *La notion de transaction...* cit., p. 108.

191. cf. *supra*.

B La notion d'équivalence dans les contrats aléatoires

77 La notion d'équivalence permet de distinguer les contrats synallagmatiques des autres contrats. Les contrats synallagmatiques reposent sur l'idée d'un équilibre économique entre les parties. Dans les contrats commutatifs, la notion d'équilibre ou d'équivalence repose sur l'échange : l'opération contractuelle a une utilité pour chacun, et le sacrifice consenti par chacune des parties à son cocontractant a une contrepartie positive, fournie précisément par le cocontractant. En revanche, les contrats aléatoires reposent sur un principe d'équilibre dont le schéma est bien différent de celui des contrats commutatifs. L'équivalence n'est pas fondée sur l'échange, mais bien au contraire, sur un principe de concurrence : cependant, comme toutes les parties sont exposées à ne retirer aucun avantage économique de l'opération, le principe d'équivalence est conservé.

78 Nous étudierons plus en détails la notion d'équivalence dans les contrats aléatoires, d'abord en précisant ses conditions (1.), ensuite en déterminant les modalités de son évaluation (2.).

1. Conditions d'appréciation de l'équivalence

79 La notion d'équivalence est définie par l'ancien article 1104 du code civil (a)), dont l'analyse permet de porter une appréciation sur la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'assurances-vie (b)).

a) *Analyse de l'ancien article 1104 du code civil*

80 L'ancien article 1104 du code civil invite à considérer l'aléa, envisagé comme la chance de gain ou le risque de perte, comme la cause du contrat aléatoire. La proposition est classique en doctrine¹⁹². L'expression selon laquelle l'aléa est la cause du contrat signifie que la cause de l'obligation d'une des parties n'a pas pour miroir la prestation aléatoire¹⁹³ de l'autre ; c'est en considération de l'événement aléatoire

192. A. BÉNABENT, *Droit des obligations* cit., §182 ; *Lamy Assurances, contrat d'assurance, assurances de dommages, assurances de personnes, intermédiaires d'assurance*, ouvrage collectif, sous la dir. de J. Kullmann, éditions Lamy, 2017, n°159 ; F. GRUA, « La distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs » cit., §36.

193. C'est-à-dire dont les modalités, en d'autres termes, sa réalisation et son montant, sont subordonnées à la survenance d'un événement incertain.

en question que le contrat a été conclu. En d'autres termes, toute l'économie du contrat est fonction de l'évènement aléatoire. Cela se traduit en pratique par une appréhension subjective des notions d'équilibre ou d'équivalence très différente de celles des contrats commutatifs, et par là-même d'une définition beaucoup plus souple de la cause objective de chacune des obligations. Ainsi, Mme Rochfeld propose de remplacer la notion de cause par celle d'intérêt, définie comme l'utilité spécifique entre une personne et un bien, afin d'ouvrir la notion de cause, trop rigide pour décrire les contrats aléatoires et unilatéraux¹⁹⁴. En effet, dans les contrats commutatifs la cause de chacune des obligations se dévoile dans les termes mêmes du contrat, et le respect de l'équilibre contractuel est très facile à appréhender, puisque chacune prestation a sa cause dans une contre-prestation.

En revanche, la cause de la prestation du preneur d'assurance ne réside pas dans la seule contemplation de la contre-prestation de l'assureur, puisqu'elle peut ne jamais naître. C'est d'ailleurs pour combler l'absence que la littérature doctrinale relative aux contrats d'assurance fait la part belle à la théorie de l'obligation de couverture de M. Mouly. En effet, cette notion d'obligation de couverture permet de remplir le vide laissé par l'absence de prestation de l'assureur tant que le risque ne s'est pas réalisé, vide que la théorie du contrat synallagmatique ne supporte pas. Il en est pourtant ainsi : l'assureur ne s'engage à indemniser l'assuré que si le risque survient. Il se peut très bien que le souscripteur paie ses primes « en pure perte » ; il n'en demeure pas moins que le contrat d'assurance est bien un contrat synallagmatique, c'est-à-dire que chaque obligation a sa cause dans une contre-prestation. Néanmoins, le contrôle de l'équilibre des prestations dans le contrat aléatoire doit nécessairement se libérer d'un examen passif des prestations ; et sans tomber dans l'étude des motivations, qui n'a pas lieu d'être dans l'examen de l'économie d'un contrat synallagmatique, il faut nécessairement prendre en compte un élément supplémentaire : l'aléa, ou plus précisément, la potentielle survenance d'un évènement dont la nature et les modalités sont intégrées dans le champ contractuel.

Dans cette perspective, l'aléa doit affecter l'équilibre du contrat aléatoire, puisque la chance de gain corrélée à un risque de perte constitue la cause de l'engagement de chacun des contractants. Cela signifie que les parties s'exposent toutes à une chance de gain ou à un risque de perte. Il y a nécessairement un gagnant et un perdant, et le profit retiré par un cocontractant sera la conséquence de la perte de l'autre cocontractant. Deux conséquences en découlent : ainsi, la chance de gain et le risque de perte sont réciproques, et l'existence de ces avantages et pertes doit s'apprécier au regard de la situation des cocontractants et non de tiers.

194. J. ROCHFELD, « La cause », *Dalloz Rép. civ.*, 2012, n°25 et s.

b) *La jurisprudence très contestable en matière d'assurances-vie*

81 Malheureusement, la jurisprudence en matière d'assurances sur la vie a porté un coup à ce principe. En effet, la chambre mixte de la Cour de cassation a rendu, le 23 novembre 2004¹⁹⁵ quatre arrêts selon lesquels « le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un aléa au sens des articles 1964 du code civil, L.310-1, 1. et R321-1, 20. du code des assurances et constitue un contrat d'assurance sur la vie. ». Dans deux de ces arrêts, la Cour de cassation donne plus de précision : l'aléa qui engendre des effets dépendant de la durée de la vie humaine implique que l'identité du créancier de l'assureur est inconnue au moment de la souscription du contrat : « La Cour d'appel ayant relevé qu'à la date de souscription des contrats litigieux (le souscripteur) ignorait qui d'elle ou des bénéficiaires recevrait le capital puisque le créancier de l'obligation de l'assureur différerait selon que l'adhérent était vivant ou non au moment où le versement du capital devait intervenir, a caractérisé l'aléa inhérent aux contrats au sens des textes précités et ainsi légalement justifié sa décision.¹⁹⁶ »

La portée de ces arrêts est problématique, car leur rédaction semble indiquer qu'elle se limite à la définition des contrats d'assurance sur la vie, et non à la définition des contrats d'assurance en général. Néanmoins, le problème posé concernait la qualification de contrats en contrats d'assurance sur la vie ou en contrats de capitalisation. L'enjeu portait donc bien sur la définition des contrats d'assurance.

Le visa combiné de l'article 1964 du code civil et de l'article L.310-1 du code des assurances indique que pour la Cour de cassation, le contrat dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent de la durée de la vie humaine, est un contrat d'assurance sur la vie¹⁹⁷. L'aléa inhérent à la durée de la vie humaine doit avoir un impact sur l'identité du créancier de l'assureur : ni le souscripteur, ni l'assureur, ne connaissent son identité au moment de la conclusion du contrat. Ainsi, la caractérisation d'un aléa viager qui aurait pour effet de maintenir inconnue l'identité du bénéficiaire final est suffisante pour définir un contrat d'aléatoire¹⁹⁸. La proposition n'est pas

195. Ch. mixte, 23 nov. 2004; *JCP éd. G* 2005, I, 111, chron. Ghestin; *RGDA* 2005, p. 110, note Mayaux; *D.* 2005, p. 1325, obs. Groutel et p. 1905, note Beignier; *RDC* 2005.2.297, obs. Bénabent; *RTD civ.* 2005, p. 434, obs. Grimaldi.

196. Ch. mixte, 23 nov. 2004, pourvoi n. 01-13592.

197. En ce sens, V. HEUZÉ, « Un monstre et son régime: le contrat commutatif d'assurance sur la vie », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Bigot*, L.G.D.J., 2010, p. 205.

198. L'hypothèse selon laquelle l'aléa viager, dès lors qu'il aurait une incidence quelconque sur les effets d'un contrat n'a heureusement pas été envisagée par la Cour de cassation, car cela reviendrait à considérer tous les contrats conclus *intuitu personae* comme des contrats aléatoires, et à décider

choquante en elle-même, car la Cour de cassation s'appuie sagement sur l'article 1964 du code civil, dont la définition qu'il donne du contrat aléatoire ne permet pas la distinction avec un certain type de contrat commutatif¹⁹⁹. Néanmoins, la position de la Cour de cassation n'est pas défendable, même pour les partisans de l'article 1964 du code civil. En effet, la lecture combinée de 1964 avec l'article L. 310-1 du code des assurances aboutit à consacrer comme aléatoires des contrats affectés non pas par un aléa, mais par une simple incertitude, propre à tout contrat à exécution successive. En l'espèce, il y aurait aléa car le souscripteur ne sait pas, au moment de la conclusion du contrat, qui sera le créancier de l'assureur. Or, on a vu que selon l'article 1964 du code civil, la notion d'« avantages et de pertes » renvoie à l'idée de faire une bonne affaire ou non. En aucun cas, elle ne peut renvoyer à l'idée de savoir si on sera en mesure de profiter de l'argent gagné, puisque, tous les êtres humains étant concernés par le risque de mort, on ne voit plus alors ce qui distinguerait une donation ou un testament d'un contrat d'assurance. C'est pourquoi, comme le souligne M. Heuzé, « si cette thèse parvient (...) à décrire les *modalités d'exécution* de l'opération, dans cette hypothèse précise²⁰⁰, elle est en revanche impuissante à *justifier sa qualification* d'assurance sur la vie. Car elle rendrait tout aussi bien compte du dénouement d'un contrat de capitalisation. Dans un tel contrat, en effet, l'assureur ne s'exécutera entre les mains du souscripteur que si, à l'échéance, celui-ci est encore en vie. Dans le cas contraire, il versera le montant de l'épargne capitalisé de ce souscripteur à ses héritiers, désigné par la stipulation pour autrui que le contrat peut tout aussi bien, voire est réputé contenir, en vertu de l'article 1122 du code civil (...). »²⁰¹ L'admission de l'analyse de la Cour de cassation procède d'une confusion entre les principes qui gouvernent le régime du contrat en question et ceux qui justifient du bien-fondé de la qualification²⁰².

En définitive, la Cour de cassation ignore la nécessaire réciprocité entre l'heureuse fortune et la malchance des cocontractants ; considérer la possibilité d'attribution du gain à un individu autre que le souscripteur comme un critère de qualification revient à apprécier l'équilibre du contrat en prenant en considération la situation de tiers, ce qui est pour le moins problématique. Enfin, l'incertitude affectant l'identité du créancier final n'affecte pas l'équilibre du contrat, puisque l'assureur ne court pas un risque de perte, et encore moins une chance de gain si le souscripteur décède²⁰³.

in fine que cette catégorie, ainsi vidée de sa substance, n'a pas de raison d'être.

199. *cf. supra*.

200. C'est-à-dire dans le cadre des contrats d'assurance mixte à capital variable, dans lesquels souscripteur et assuré ne sont qu'une seule et même personne.

201. *ibid.*, p. 205.

202. *cf. ibid.*, note 26.

203. En ce sens, *cf.* Y.-M. LAITHIER, « Aléa et théorie générale du contrat » cit., p. 15.

2. Le prix de l'équivalence

82 Classiquement, la distinction entre les contrats aléatoires et les contrats commutatifs permet de différencier deux catégories de contrats. L'intérêt de la distinction repose dans les adages « l'aléa chasse la lésion » et « l'aléa chasse l'erreur » : en effet, les contrats commutatifs, structurés autour d'une vision objective de l'équilibre contractuel, sont frappés de nullité si la lésion (dans certains cas) ou l'erreur affecte leur équilibre. En revanche, les contrats aléatoires échappent aux règles gouvernant les contrats commutatifs, et le déséquilibre ne peut affecter leur validité puisqu'il constitue leur essence même. Admettre la validité des contrats aléatoires, c'est accepter le déséquilibre contractuel.

83 La réalité est plus nuancée, et les auteurs les plus autorisés n'hésitent pas à souligner les ambiguïtés du régime libéral s'appliquant aux contrats aléatoires²⁰⁴. Ainsi, comme le fait remarquer M. Bénabent, « l'aléa chasse l'erreur » n'est pas une formule exacte ; « l'aléa en déplace plutôt l'objet car il en irait différemment, de manière logique, si l'une des parties ignorait qu'il y eût un aléa ou inversement croyait à tort qu'il y en avait un, ou encore si son erreur portait sur un élément d'appréciation de cet aléa²⁰⁵ ». En effet, la jurisprudence n'hésite pas à contrôler l'équilibre de certains contrats aléatoires. Un arrêt illustre cette tendance²⁰⁶ : il s'agissait en l'espèce de la vente d'un tableau représentant le peintre Claude Monet et dont l'attribution à Sargent s'était révélée douteuse après la vente. L'acquéreur, après transaction, avait obtenu de payer la moitié du prix initial. Dix ans après, la venderesse se rend compte avec stupéfaction que le tableau est attribué à Monet lui-même, dans le catalogue conçu par l'acquéreur. Elle assigne alors ce dernier en annulation de la vente et de la transaction pour erreur sur la substance et pour dol. Elle est déboutée de ses demandes par la Cour d'appel de Paris, qui estime qu'en confirmant la vente intervenue alors que l'attribution à Sargent était incertaine, les parties étaient convenues de ne pas faire de cette attribution une qualité substantielle du bien ; la venderesse avait accepté l'aléa sur l'auteur du tableau et elle ne pouvait dès lors prétendre avoir contracté dans la conviction erronée que le tableau ne pouvait être de Claude Monet, puisque l'attribution à ce peintre n'était en rien exclue. La Cour de cassation casse et annule l'arrêt pour manque de base légale, au visa des

204. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations* cit., §316, A. BÉNABENT, *Droit des obligations* cit., §79.

205. *Ibid.*.

206. Cass. civ. 1re, 28 mars 2008, pourvoi n°06-10.715, *JCP G* 2008.II.10101, Note Y.-M. Serinet ; *RDC* 2008.727, obs. Y.-M. Laithier.

articles 1109 et 1110 du code civil, reprochant aux juges du fond de ne pas avoir expliqué en quoi la réduction du prix n'était pas exclusive de l'attribution possible du tableau à un peintre d'une notoriété plus grande que celle de Sargent. Il semblerait donc que l'erreur sur la substance puisse être invoquée dès lors que l'aléa accepté contractuellement par les parties porte sur un risque qui n'est pas celui existant en réalité ; le prix payé rend compte de l'aléa que les parties avaient envisagé, et il est clair que si l'attribution à Monet avait été évoquée, le prix demandé par la venderesse aurait alors été bien supérieur. L'aléa a donc un prix.

La difficulté réside dans son évaluation, qui recèle nécessairement une grande part de subjectivité. MM. Terré, Simler et Lequette²⁰⁷ notent que le recours aux statistiques a eu les faveurs de la jurisprudence jusqu'en 1938, date à laquelle la chambre des requêtes de la Cour de cassation a condamné le principe²⁰⁸, consciente des limites et de l'inadéquation à certains cas des méthodes scientifiques²⁰⁹. Néanmoins, la méthode n'a pas été abandonnée en matière d'assurances, pour des raisons évidentes : le régime spécifique propre à la déclaration des risques se fonde sur l'interdiction de fausser les calculs de l'assureur²¹⁰.

84 Il semblerait donc que l'adage « l'aléa chasse l'erreur » soit erroné : l'erreur, si elle est caractérisée comme substantielle, frappe le contrat aléatoire de nullité. Logiquement, la différence avec le régime des contrats commutatifs est circonscrite non pas à l'admission de l'erreur comme vice du consentement, mais aux modalités d'appréciation de la substance de l'erreur. L'aléa, intégré à la structure même du contrat, est affecté par l'erreur soit dans son existence, soit dans son appréciation²¹¹. Or, l'appréciation de l'aléa revêt un sens dans un monde qui n'est plus abandonné aux coups du sort, grâce au développement des mathématiques. La représentation commune admet que l'aléa ait une valeur, un prix, et que ce dernier diffère selon les modalités admises contractuellement par les parties. Ainsi, il n'y a pas de raison d'estimer que les contrats aléatoires soient soumis à un régime différent de celui des contrats commutatifs, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de distinguer deux catégories distinctes. L'ancien article 1104 du code civil peut être interprété en ce sens : la seule distinction entre les contrats commutatifs et les contrats aléatoires repose dans les modalités d'appréciation de l'équivalence, cause de l'engagement des parties²¹². La

207. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations* cit., §316.

208. Cass. req. 27 déc. 1938, *D.P.* 1939, I, p.81, 3ème esp., note R. Savatier.

209. Pour de plus amples développements, cf. A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires* cit., §536 et s. et plus spéc. §590.

210. Art. L.113-9, L.121-5 et L.132-26 du code des assurances. En ce sens, A. BÉNABENT, *Droit des obligations* cit., §79 ; B. DEMONT, *L'aléa dans le contrat d'assurance* cit., §210 à 212.

211. En ce sens, A. BÉNABENT, *Droit des obligations* cit., *op.cit.*

212. La même interprétation ne peut être proposée avec l'article 1108 nouveau, qui s'articule sur

présence de l'aléa impose que cette appréciation soit détachée d'une contemplation passive et objective de la contreprestation. Il demeure que si la caractéristique des contrats commutatifs est la structuration autour de l'idée d'équivalence, alors les contrats aléatoires ne s'en distinguent pas.

85 Or, dès lors qu'il n'y a pas de distinction nette entre les contrats aléatoires et les contrats commutatifs, cette dernière perd sa raison d'être. Néanmoins, les contrats aléatoires, conformément à ce qu'affirme l'ancien article 1104 du code civil, présentent bien une spécificité portant sur les modalités d'appréciation de leur équilibre, puisque ce dernier repose sur l'aléa. Ainsi, c'est la cause de ces contrats qui permet de les distinguer des autres contrats, dits « commutatifs ». Ne peut-on pas dès lors envisager que la chance de gain ou le risque de perte corrélatifs et dépendant d'un événement incertain, à défaut de définir une catégorie de contrat, constitue la cause typique d'un contrat ?

86 Nous allons tenter de démontrer que la cause des contrats aléatoires permet de caractériser deux types de contrat (§2).

§2 L'épuisement de la cause en seulement deux types

87 Nous avons vu les conséquences qu'il fallait tirer de la rédaction de l'ancien article 1104 du code civil et de la définition de la cause des contrats aléatoires. Ainsi, la cause est l'aléa au sens de chance de gain ou le risque de perte corrélatifs pour toutes les parties au contrat. Dès lors, la question se pose de savoir si la cause d'un contrat aléatoire s'épuise dans cette définition. Si c'est le cas, alors, conformément à la théorie de la cause typique, il n'existerait qu'un seul contrat aléatoire, voire deux, car il faut bien reconnaître que l'espoir de gain peut couvrir aussi bien le souci de spéculer que celui de se garantir contre un risque. Ainsi il existerait deux contrats aléatoires, le jeu ou le pari d'un côté²¹³, le contrat d'assurance de l'autre²¹⁴ (B). Néanmoins, cette affirmation implique au préalable un travail de requalification ou de disqualification des autres contrats aléatoires (A).

l'opposition entre contrats commutatifs et contrats aléatoires.

213. Entre les deux, la distinction repose sur la participation des parieurs au jeu.

214. Nous verrons dans le chapitre suivant que les termes « garantie » et « assurance » sont synonymes.

A Requalification ou disqualification des contrats aléatoires

88 La requalification ou la disqualification des contrats aléatoires autres que le jeu et pari et le contrat d'assurance peut se heurter à deux objections :

En premier lieu, la lecture du code civil semble s'y opposer, puisque l'ancien article 1964 présente une liste non exhaustive des contrats aléatoires ; de plus, il est communément admis que d'autres contrats sont aléatoires, comme par exemple la cession de droits litigieux ou la transaction. Néanmoins, il semblerait qu'en réalité seuls le jeu et le pari ainsi que le contrat d'assurance présentent des causes typiques distinctes. Nous montrerons donc que la constitution de rente viagère et le bail à nourriture, la clause de tontine et la clause d'accroissement, ainsi que la cession de droits litigieux peuvent s'analyser comme des modalités conditionnelles se greffant sur des contrats commutatifs. L'exclusion peut prendre deux formes : il s'agit soit d'une disqualification (1.), soit d'une requalification (2.).

1. Disqualification contractuelle

89 Nous allons étudier la rente viagère, le bail à nourriture et la transaction, afin de les exclure de la catégorie des contrats aléatoires.

a) La rente viagère

90 La rente viagère est présentée comme un contrat par le code civil ; pourtant, il n'en donne aucune définition, et la lecture des articles le concernant contredit cette affirmation. Ainsi l'article 1968 du code civil prévoit qu'elle peut être constituée à titre onéreux, tandis que l'article suivant vient préciser qu'elle peut être constituée à titre purement gratuit également. S'agit-il dès lors d'un contrat à titre onéreux ou bien d'une libéralité ? Une seule et même catégorie contractuelle ne peut être les deux à la fois. Une vente faite à titre gratuit doit être requalifiée en donation.

En réalité, tout se passe comme si le code civil, après avoir admis le principe des contrats aléatoires, venait en limiter les effets et les conditions dans les articles suivants : excluant le jeu et le pari du champ juridique dans un premier temps, le code civil règlemente les conditions des contrats dans lesquels l'aléa porte sur la durée d'une vie humaine.

Ainsi la rente viagère, définie comme « une somme qui doit être versée périodi-

quement pendant toute la vie d'une personne »²¹⁵, ou encore comme « une créance ayant pour objet des prestations périodiques, argent ou parfois denrées »²¹⁶, n'est autre qu'une modalité de créance qui est axée sur la durée de la vie d'une personne. On retrouve la rente viagère dans de nombreux contrats, sans qu'il s'agisse pour autant de contrats mixtes²¹⁷, mais simplement une modalité particulière de paiement d'une créance. Ainsi, certains auteurs autorisés estiment que « malgré le langage du code, il n'existe pas à proprement parler de contrat de rente viagère, car la rente est une créance d'un genre particulier, qui peut naître de sources diverses : ou bien, de règles successorales ; par exemple, l'usufruit du conjoint successible peut être converti en rente viagère (art. 759 s.). Ou bien, du partage : une soulte sous forme de rente viagère peut compenser l'inégalité entre deux lots. Ou bien, de la responsabilité délictuelle : souvent une lésion corporelle est indemnisée au moyen d'une rente viagère. La rente peut aussi être constituée à titre gratuit par l'effet d'une donation ou d'un legs. Lorsqu'elle a pour contrepartie un bien, elle est une vente moyennant une rente viagère, que l'on appelle souvent aliénation à fonds perdu, parce qu'à la mort du vendeur ses héritiers ne retrouvent ni fonds ni contrepartie. »²¹⁸

La rente viagère joue d'ailleurs un rôle dans des contrats d'assurance-vie : en effet, dans les contrats à rente différée, la rente peut être soit viagère soit temporaire. Si elle est viagère, elle est versée au terme du contrat si l'assuré est en vie, et ce tant qu'il le reste. Or, selon M. Bénabent, le contrat par lequel une rente est versée en échange d'un capital, ce qui est précisément le cas dans ces contrats d'assurance-vie, n'est autre qu'une « constitution de rente viagère », catégorie contractuelle à part entière²¹⁹. Il précise pourtant que la « formule est pratiquée exclusivement par les compagnies d'assurance sur la vie²²⁰ ». Les propos sont contradictoires : il ne peut s'agir à la fois d'un contrat d'assurance et d'une constitution de rente viagère. Il semble difficile d'abandonner la qualification de contrat d'assurance pour de tels contrats. Il faut donc admettre que la rente viagère n'est pas une catégorie contractuelle.

215. A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux* cit., §1370.

216. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux* cit., §990.

217. *Contra* A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux* cit., §1374.

218. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux* cit., §990.

219. Puisque la vente en viager est en revanche un contrat mixte. Voir A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux* cit., §1374.

220. *Ibid.*

b) *Le bail à nourriture*

91 Le contrat de bail à nourriture est très proche de la rente viagère, excepté dans la modalité de paiement de la créance : il ne s'agit pas d'une obligation de donner mais d'une obligation de faire. En effet, le bailleur à nourriture s'engage à pourvoir aux besoins du preneur à nourriture (nourriture, entretien, logement et santé), en contrepartie soit d'un capital en argent, soit d'un bien²²¹. Dans les deux cas, il s'agit d'un contrat innomé : si le bailleur s'engage en échange d'un bien, il ne s'agit pas d'une vente puisque la contrepartie du transfert de propriété n'est pas un prix. Si le bailleur s'engage en échange d'un capital, il ne peut s'agir d'un contrat d'assurance, comme c'est le cas pour la constitution de rente viagère²²². Les formules sont souples : nombreux sont les cas où les deux modalités de paiement sont combinées ; parfois, les parties prévoient que l'obligation de paiement en nature est convertible en rente viagère. Il n'en demeure pas moins que l'analyse relative à la rente viagère s'applique au bail à nourriture : il s'agit d'une modalité de paiement d'une créance, et non d'une catégorie contractuelle à part entière.

c) *La transaction*

92 M. Bénabent classe la transaction dans les contrats aléatoires, car elle s'assimile selon lui en quelque sorte à une cession de droits litigieux dans laquelle les droits seraient cédés à son adversaire. Celui qui transige « monnaie » donc sa chance de gain contre un avantage évalué arbitrairement²²³. En revanche, à la différence d'une cession de droits litigieux, celui qui a transigé ne saura jamais s'il a fait une bonne affaire ou non. Ainsi, il est difficile de soutenir que les parties s'engagent dans l'espoir d'obtenir une chance de gain, puisque le contrat de transaction étouffe l'aléa au lieu de spéculer sur son existence. Il est vrai que du point de vue de chacune des parties, l'opération se rapproche d'un pari, puisqu'elles échangent une chance de gain contre un droit certain. Cela implique donc de mettre en quelque sorte un prix sur une chose incertaine, ce qui crée l'aléa. Néanmoins, le caractère corrélatif du gain et de la perte fait défaut puisque la transaction éteint précisément le litige et permet à l'ensemble

221. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux* cit., §1004.

222. Quelques exemples : CA Toulouse, 3 juin 2008, n°07.01912 : le bail à nourriture avait été conclu en échange du paiement d'un capital de 400 000 euros, destiné à l'acquisition d'une maison dans lequel le preneur pourrait loger. Cass. civ. 1ère, 17 déc. 2002, pourvoi n°99.20762 : les débiteurs d'une somme d'argent s'étaient engagés à s'occuper leur créancier en échange de l'acquittement de la moitié de leur dette.

223. A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux* cit., §1422.

des parties de limiter leur risque de perte. C'est pourquoi la chance de gain et le risque de perte corrélatifs ne constituent pas la cause de l'engagement des parties qui transigent. Il paraît donc excessif de qualifier ce contrat de contrat aléatoire.

2. Requalification contractuelle

93 La clause de tontine, la cession de droits litigieux et la vente de nue-propiété ou d'usufruit ont toutes exactement la même cause : la chance de gain ou de perte corrélatifs dépendant de la réalisation d'un événement incertain. La distinction avec le jeu et le pari est problématique.

a) La clause de tontine ou clause d'accroissement

94 La clause de tontine, appelée également clause d'accroissement, est le procédé par lequel plusieurs personnes achètent en commun un bien, conviennent qu'elles en ont la jouissance tout au long de leur vie, et que le dernier survivant sera réputé seul et unique propriétaire depuis la date de l'acquisition du bien. Les contractants misent sur la mort des autres parties au contrat²²⁴. On retrouve ce type de clause soit dans les contrat de vente, soit dans les contrats de société. L'intérêt premier de la clause est fiscal : il permet au dernier survivant de devenir propriétaire sans avoir à payer la part des prémourants. Néanmoins, pour les contrats conclus depuis le 6 septembre 1979, le transfert de propriété résultant du décès est soumis aux droits de succession, selon le régime de droit commun²²⁵. Une exception est prévue en faveur de l'acquisition de l'habitation principale, exonérée à hauteur de 76 000 euros²²⁶.

95 Le problème relatif à la clause de tontine concerne sa qualification : la Cour de cassation a rendu un arrêt déclarant nulle la clause²²⁷, car allant à l'encontre de l'interdiction des pactes sur succession future²²⁸. Suivant les conseils de la doctrine, les notaires ont alors changé sa rédaction, sans que ses effets s'en trouvent modifiés :

224. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des successions et des libéralités*, L.G.D.J., 2016, §573 ; A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires* cit., §68 à 71. Voir également H. D. TRAN, *Les opérations tontinières d'épargne*, éd. Panthéon-Assas, coll. Thèses, préf. L. Leveneur, 2014.

225. Art 754 A. CGI

226. Art 754 A. al.2. CGI

227. Cass. req. 24 janv. 1928, *DP* 1928, I, p.158, Rapport de M. Célice, S.1929, I, p.137, note Vialleton, *RTD civ.* 1928, p.458, obs. R. Savatier, *Dall. Rép. not.* 1928, art. 21686, et M. Nast, art. préc.

228. Art. 1130 al2. c.civ. nouv. et art. 722, L.2001.

le contrat aléatoire a été transformé en contrat conditionnel croisé, c'est-à-dire que la clause accorde la propriété exclusive du bien à chaque acquéreur, sous condition suspensive de sa survie et sous condition résolutoire de son prédécès²²⁹. Ainsi, la part des prémourants ne « revient » pas au survivant ; à présent, « sera seul acquéreur » celui qui survit aux autres²³⁰. En effet, les droits des prédécédés sont rétroactivement anéantis par la condition résolutoire, de sorte que le bien est considéré comme n'ayant jamais fait partie de leur patrimoine. Quant à la condition suspensive, elle permet de réputer le survivant propriétaire depuis la date d'acquisition. Il ne peut donc s'agir d'un pacte sur succession future²³¹.

Il est clair qu'il ne s'agit là que d'une opération cosmétique²³² permettant de renverser les perspectives et de présenter l'opération du point de vue du survivant. La combinaison d'une condition suspensive et d'une condition résolutoire rend logiquement le contrat aléatoire, dans la mesure où les deux conditions portent sur le même évènement (le fait de mourir ou non). Le contrat ne présente en aucune façon la structure d'un contrat commutatif conditionnel, qui est normalement parfait dans sa formation, et dont une condition affecte les effets, dans l'espoir pour les parties d'éloigner l'incertain. En effet, puisque les deux conditions ont des effets opposés (l'une suspensive, l'autre résolutoire), et qu'elles portent sur le même évènement, alors, loin d'éloigner le hasard, elles ouvrent au contraire le champ des possibilités, et rendent ainsi le contrat aléatoire. Cela revient exactement à formuler une participation à une loterie comme un contrat par lequel l'acquéreur d'un billet gagne le gros lot sous condition suspensive que son numéro tombe et sous condition résolutoire que son numéro ne tombe pas.

Ainsi, la cause du contrat est la chance de gain ou le risque de perte dépendant d'un évènement incertain dans sa date de survenance. Chacune des parties finance en partie l'achat du bien ou des parts sociales dans l'espoir d'en obtenir une pleine propriété rétroactive si elle survit en dernier. Le gain du survivant a pour réciproque la perte des autres parties. La cause du contrat est donc identique à celle d'un pari, peu important que la formulation soit celle d'un contrat conditionnel.

229. Voir *Défr.* 1968, art. 29176, p.761.

230. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des successions et des libéralités* cit., §573.

231. B.-H. DUMORTIER, « Recherche d'un nouveau fondement de la validité de la clause d'accroissement eu égard à la prohibition des pactes sur succession future », *RTD civ.*, 1987, p. 653.

232. *Contra*, M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, Litec, 2001, §351 et 352, qui voit dans la suppression du droit de disposer entre vifs une différence importante.

b) *La cession de droits litigieux*

96 Le même raisonnement est transposable à la cession de droits litigieux. Il s'agit de la « convention par laquelle le cessionnaire acquiert des créances contestées, pour partie ou en totalité, par le débiteur²³³ ». La chose est litigieuse dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit²³⁴. Comme le souligne Mme Morin, le vendeur de créances litigieuses vend ses prétentions, fondées ou non ; ce ne sont donc pas à proprement parler les créances qui sont l'objet de la vente, puisqu'elles peuvent ne pas exister. L'acquéreur parie donc sur le fait que le juge reconnaîtra leur validité. Les créances litigieuses, incertaines dans leur existence, ont nécessairement une valeur incertaine. Le contrat étant conclu à titre onéreux, l'acquéreur court une chance de gain ou un risque de perte, selon ce que décidera le juge. Il s'agit d'une opération spéculative qui présente la même cause typique que celle d'un pari.

c) *La vente d'un bien grevé d'un usufruit ou d'un droit d'usage et d'habitation*

97 Le schéma qui décrit ce type de vente est très proche de ce que nous avons exposé précédemment : l'acquéreur va donner un prix à un bien dont la valeur est incertaine. En l'espèce, la valeur du bien dépend de la durée de vie de l'usufruitier. Si elle est courte, l'acquéreur aura fait une bonne affaire puisque le prix qu'il a payé aura été diminué par l'existence de l'usufruitier. Il aura donc acquis un bien à un bon prix, et pourra jouir d'un droit de propriété plein et entier peu de temps après son acquisition. Si en revanche l'usufruitier a le mauvais goût de vivre longtemps, alors la baisse de prix ne pourra compenser l'inconvénient pour l'acquéreur du bien de ne détenir qu'un droit démembré²³⁵. Là encore, la chance de gain ou le risque de perte corrélatifs constituent la cause de l'engagement des parties.

Il semblerait donc que la recherche d'une chance de gain corrélée à un risque de perte constitue une cause nécessaire et suffisante (B).

233. A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires* cit., §213.

234. Art. 1700 c. civ.

235. *ibid.*, §220.

B La chance de gain ou le risque de perte corrélatifs, cause typique nécessaire et suffisante

98 L'affirmation selon laquelle la recherche d'une chance de gain corrélée à un risque de perte constitue la cause de tous les contrats aléatoires impose de reconnaître au préalable deux distinctions : celle entre le type de contrat et des sous-types associés (1.) ; celle reposant sur la finalité socio-économique, garantie ou spéculation (2.).

1. La distinction entre le type et les sous-types

99 L'analyse précédente a démontré que le noyau dur de la cause des différents contrats aléatoires était toujours le même : la volonté de courir une chance de gain corrélative à un risque de perte réciproques. Les différences causales entre les contrats relèvent souvent de motivations incluses dans la cause. M. Terré écrit en ce sens que « s'il y a lieu de déterminer en présence d'un contrat aléatoire donné de quel contrat aléatoire il s'agit, la seule volonté de spéculer sur un aléa ne peut plus être utilisée. Il faut alors examiner les motifs qui ont présidé à l'élaboration de l'acte²³⁶ ». Il ajoute que « d'un élément causal, dépend en définitive le choix de la qualification. Mais, ce qu'il faut remarquer, c'est qu'il suffit de très peu de chose pour qu'une qualification devienne impropre et qu'une autre apparaisse. Les différences sont parfois extrêmement ténues. »²³⁷

100 Or, la cause typique correspond à des « processus de motivation identiques » qui impliquent que les fins recherchées soient standardisées²³⁸. La recherche du type d'un contrat, c'est-à-dire de son modèle, implique que l'on se penche sur sa cause objective, abstraite, « au sens où il n'est nul besoin pour le juge de pousser son analyse vers la motivation profonde des parties²³⁹ ». Raison proche, l'intérêt est aisément identifiable comme ressortissant au type de contrat conclu²⁴⁰, de sorte qu'il se retrouve à l'identique dans chaque type de contrat. C'est pourquoi la seule analyse de la nature de celui-ci suffit à la révéler²⁴¹. Ainsi, la cause typique désigne un lien trop standardisé, rigide et objectif pour que les motivations des parties, même contractualisées, puissent entrer dans son champ de définition. La double cause qui

236. F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* cit., §289.

237. *Ibid.*

238. J. ROCHFELD, « La cause » cit., §61.

239. *ibid.*, n.54.

240. *Ibid.*

241. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations* cit., §333.

fait la spécificité de la majorité des contrats aléatoires ne constitue pas une cause typique, car elle n'est pas systématisable. Seule la recherche d'une chance de gain et le risque de perte réciproque présente l'objectivité et la rigidité suffisantes pour constituer la cause typique des contrats aléatoires. Réfléchir en termes de cause typique implique donc qu'on ne reconnaisse qu'un seul type de contrat aléatoire.

101 Il n'en demeure pas moins qu'une vente immobilière en viager ne constitue pas le même contrat qu'un pari sur une course de cheval. Ils appartiennent au même type, mais non pas à la même « catégorie ». Le droit italien, berceau de la notion de type de contrat, admet l'introduction de nuances dans la définition du type. Plus précisément, la doctrine italienne a consacré la notion de « sous-type » (*sottotipo*), qui permet d'assouplir le cadre rigide et formel du type : « Lorsque l'on recherche la structure formelle du type contractuel, on peut distinguer entre type, sous-type et variations du schéma légal, afin d'identifier soit la morphologie du schéma type, soit les lignes de frontières entre les éléments indiqués et les ordonner de façon systématique (...). »²⁴² Le sous-type présente tous les caractères essentiels d'un schéma typique donné, auxquels s'ajoutent un ou plusieurs éléments permettant une caractérisation déterminée²⁴³. Le type étant profondément lié à l'opération économique réalisée, la distinction entre les sous-types propres au type « contrat aléatoire » naît des motivations contractualisées, dès lors qu'elles orientent le résultat économique final de l'opération. Ainsi, si l'on prend comme exemple une vente immobilière en viager, le débirentier spéculer sur la date de la mort du vendeur (recherche d'une chance de gain ou d'un risque de perte), dans le but d'acquérir un bien immobilier (motivation contractualisée). Le crédirentier, de son côté, recherche la garantie d'une subsistance (là encore, recherche d'une chance de gain ou d'un risque de perte). La vente d'une œuvre d'art dont l'identité est douteuse présente la même structure : l'acquéreur cherche à faire une bonne affaire, car il parie sur la valeur réelle de l'œuvre (spéculation), en cherchant le transfert de propriété à son bénéfice (le souci d'acquérir un tableau constitue la motivation contractualisée). Le vendeur, lui, spéculer sur la valeur du tableau.

En revanche, le pari sur une course de cheval ne présente pas de double cause, puisque la seule et unique cause d'engagement des parties est le souci de spéculer.

242. « *Nell'indagare la struttura formale del tipo contrattuale si puo' distinguere tra tipo, sottotipo e variazioni dello schema legale, al fine di individuare sia la morfologia dello schema del tipo, sia le linee di confine tra le indicate fattispecie e ricondurle in un ordinato contesto sistematico, (...)* », E. GABRIELLI, « Tipo contrattuale », *Studi sui contratti*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2000, , p. 731.

243. *ibid.*, , p. 733, citant Cataudella A., (15), 80 : « *Si ha sottotipo solo quando vi sia una caratterizzazione determinata dall'introduzione di un elemento non contemplato come essenziale nello schema del tipo.* »

La cause du contrat se confond alors entièrement dans la cause typique des contrats aléatoires. L'identité d'une cause qu'on retrouve dans tous les contrats aléatoires marque la présence d'une seule et même cause typique. La distinction entre les différents contrats repose dès lors sur des motivations contractualisées, dont le caractère non systématisable les exclut de la cause typique.

102 En résumé, comme seuls les éléments purement objectifs de l'opération contractuelle permettent l'extraction du type, il faut admettre que la recherche d'une chance de gain et le risque de perte corrélatif définit nécessairement la cause typique des contrats aléatoires. Il n'y aurait par conséquent qu'un seul type de contrat aléatoire. Néanmoins, le propos peut être nuancé : la doctrine du type admet le concept de sous-type. On peut considérer dès lors que dans un contrat aléatoire, les motivations contractualisées des parties permettent la distinction entre différents sous-types : ainsi, les clauses de tontine, les cessions de droits litigieux ou encore les ventes d'œuvre dont l'authenticité est incertaine constituent des sous-types du contrat aléatoire.

2. La distinction entre les contrats de spéculation et les contrats de garantie

103 Il convient à présent d'affiner la définition du type « contrat aléatoire » : en effet, la cause typique étant le véhicule de la finalité socio-économique du contrat, sa définition comme recherche d'une chance de gain et du risque de perte corrélatif est insuffisante, puisqu'il existe deux modes d'approche économique de l'aléa : l'aléa est soit combattu, soit apprivoisé. Ainsi, les fins recherchées, spéculation ou garantie, sont radicalement opposées. Il faudrait donc admettre qu'il existe en réalité deux types frères : le contrat dont la cause est la recherche d'une chance de gain et d'un risque de perte corrélatif en vue de spéculer, et celui dont la cause est toujours la même recherche mais opérée dans un but différent : celui de protéger un patrimoine.

104 Or, le contrat d'assurance, qui appartient sans conteste au second type²⁴⁴, semble envahir l'intégralité du champ de ce schéma contractuel. En effet, on a vu que selon la jurisprudence française, le contrat d'assurance est une convention dans laquelle une partie garantit un risque en échange du paiement d'une prime²⁴⁵. La prime atteste du caractère onéreux du contrat ; le risque, de son caractère aléatoire, en d'autres termes, du fait qu'il est causé par la recherche d'une chance de gain ou

244. Selon les dictionnaires (Larousse, Petit Robert), les termes « assurance » et « garantie » sont synonymes.

245. Cass. civ. 31 janv. 1956, *préc. cit.*

d'un risque de perte corrélatifs ; la garantie, de sa finalité protectrice à l'égard d'un patrimoine. Qu'est-ce qui le distingue dès lors du type que nous avons précédemment défini ? D'ailleurs, les différentes tentatives de définition du contrat d'assurance, et surtout les échecs auxquels elles aboutissent en définitive, montrent bien que le contrat d'assurance demeure rétif à toute définition unitaire spécifique. Il faut donc en conclure que le contrat d'assurance se confond avec le second type : ainsi, tout contrat causé par la recherche d'une chance de gain corrélée à un risque de perte en vue de protéger un patrimoine serait un contrat d'assurance.

105 La cause typique du contrat d'assurance permet de dégager la cause de l'engagement de chacune des parties²⁴⁶ : le souscripteur s'engage afin d'obtenir une garantie en échange d'un risque de perte. L'assureur, lui, cherche à obtenir une chance de gain en étant prêt à courir un risque de perte. C'est donc la chance de gain ou le risque de perte qui constitue la cause de l'engagement de l'assureur.

Conclusion

106 Nous avons tenté de démontrer que dans tous les contrats aléatoires, la cause était nécessairement définie comme la chance de gain ou le risque de perte corrélatifs. Ainsi, tous les contrats aléatoires présentent la même cause typique, ce qui permet de disqualifier la notion de « contrat aléatoire » en tant que simple critère de classement et de l'imposer comme catégorie contractuelle. Tous les contrats aléatoires peuvent donc être regroupés dans le même type et la distinction entre les différents contrats aléatoires repose sur des motivations contractualisées qui peuvent constituer, s'ils sont schématisés, des sous-types.

Nous avons ensuite montré qu'en réalité le contrat aléatoire recouvrait deux types aux finalités distinctes, d'une part la spéculation, d'autre part la garantie, chacune correspondant à une approche spécifique du hasard. En l'absence de tout caractère distinctif propre au contrat d'assurance, il semblerait que ce dernier se confonde avec le second type, de sorte que tous les contrats aléatoires de garantie seraient des contrats d'assurance.

Il convient dès lors de vérifier cette assertion par l'examen de la notion de garantie, et de son implication sur le régime du contrat (chapitre 2).

246. On a vu que dans la théorie de Mme Rochfeld, il n'y a pas de réelle distinction entre cause du contrat et cause des obligations, les deux étant des façons différentes d'exprimer la finalité socio-économique du contrat. *cf.* chapitre précédent.

Chapitre 2

La garantie, finalité socio-économique du contrat

107 L'étude précédente nous a permis de dégager une cause typique, qui est celle des contrats aléatoires. Nous avons ensuite soutenu qu'il existait au sein de ces contrats deux catégories distinctes, les contrats de garantie et les contrats de spéculation. La garantie est donc l'expression de la finalité socio-économique du contrat d'assurance, c'est-à-dire la cause objective du contrat. Or, dans la théorie de Mme Rochfeld, la cause du contrat n'est pas détachable de la cause de chacune des obligations, expression analytique des obligations nécessaires pour poursuivre cette fin²⁴⁷.

Ainsi, la cause de l'engagement des deux parties, le souscripteur et l'assureur, ont comme socle la fourniture d'une garantie. L'un la recherche, l'autre la fournit.

108 Or, la notion de garantie est délicate à appréhender. Ses définitions sont multiples²⁴⁸. Au sens courant, la garantie possède un champ d'action extrêmement vaste. L'idée principale est que quelqu'un s'engage à la bonne réalisation ou au bon fonctionnement d'une chose ou d'un droit. Le dictionnaire *Littré* met l'accent sur l'action de garantir : la garantie est « l'engagement par lequel on se rend garant ». Le garant est celui qui « répond de son propre fait, ou du fait d'autrui ». Donc garantir signifie répondre de son propre fait ou du fait d'autrui. Mais répondre de quoi ? Le dictionnaire reste muet sur ce point.

Sur le plan juridique, le législateur ne définit pas le terme de garantie²⁴⁹. En

247. J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat* cit., p. 458, §504.

248. Voir, entre autres, sur la question, M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachelier, L.G.D.J., 2006 ; N. LEBLOND, *Assurances et sûretés*, thèse Paris 2, préf. L. Leveneur, 2007.

249. Sur l'évolution de la notion et son étymologie, cf P. CROCQ, *Propriété et garantie*, , préf. M. Gobert, L.G.D.J., 1995, p. 235, §284.

revanche, le Vocabulaire juridique donne cette définition²⁵⁰ :

« 1) Au sens large, tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire : garanties du vendeur non payé, garantie de l'assureur, etc. ; terme générique doté d'un sens d'évocation employé seul et chargé de sens de précision associé à d'autres.

2) Parfois synonyme de sûreté.

3) Au sens technique, obligation accessoire qui naît de certains contrats (vente, bail, entreprise, etc) à la charge d'une partie et qui renforce la position de l'autre lorsqu'en cours d'exécution celle-ci n'obtient pas les satisfactions qu'elle état en droit d'attendre (ex. garantie d'éviction, garantie décennale de l'architecte) ».

Si la définition a le mérite de souligner l'imprécision de la notion, il n'en demeure pas moins qu'elle est trop restrictive : toutes les garanties ne protègent pas contre des risques pécuniaires ; ainsi, selon M. Simler²⁵¹, la définition du vocabulaire Cornu est critiquable : il faut admettre que la notion de garantie trouve application également dans le domaine extrapatrimonial. Pour sa part, M. Simler opte pour une définition extrêmement large : il définit la garantie comme tout mécanisme qui prémunit une personne contre une atteinte à un droit ou à une liberté. Néanmoins, malgré son étendue, la définition n'est pas satisfaisante : en effet, toutes les pertes pécuniaires ne constituent pas un droit, et encore moins une liberté. En effet, il n'existe pas de droit subjectif à la protection de son patrimoine.

C'est pourquoi nous suivrons plus volontiers M. Crocq qui adopte une définition très proche, tout en précisant que la garantie protège également la jouissance d'une chose : ainsi selon M. Crocq, la notion de garantie a connu un glissement²⁵² : à l'origine garantir signifiait assurer que telle chose est vraie, que telle qualité existe. Puis la garantie est devenue l'assurance faite à quelqu'un de la jouissance d'une chose ou d'un droit. « La garantie manifeste à chaque fois une emprise sur le futur²⁵³ ». Donnant alors une définition fonctionnelle de la garantie, il reprend celle de M. Gilissen : « la garantie assure à quelqu'un la jouissance d'une chose ou d'un droit, qu'elle le protège contre un dommage éventuel, qu'elle le défend contre un dommage dont elle est menacée²⁵⁴ ». Opposant la garantie à la sûreté, M. Crocq précise que la première a un domaine plus vaste que la seconde : « Elle ne concerne pas seulement

250. *Vocabulaire juridique* cit., entrée : « garantie ».

251. *Les garanties de financement*, Travaux de l'association Henri Capitant, t.XLVII, 1996, L.G.D.J., rapport de synthèse, p. 24.

252. P. CROCQ, *Propriété et garantie* cit., p. 236 et s.

253. *Ibid.*

254. J. GILISSEN, « Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles -essai de synthèse générale -les sûretés personnelles », *Recueils de la société Jean Bodin*, tome XXVIII, Editions de la Librairie Encyclopédique, Bruxelles, 1974, p. 34, cité par P. CROCQ, *Propriété et garantie* cit. §285.

le droit du crédit et peut prémunir contre autre chose que l'inexécution d'une obligation »²⁵⁵. Il cite comme exemple l'assurance, garantie contre la survenance d'un risque quelconque, mais pour laquelle la qualification de sûreté ne pourrait être envisagée que dans le seul cas où ce risque est l'inexécution par un débiteur de son obligation, comme l'assurance-insolvabilité ou l'assurance-caution²⁵⁶.

Enfin, Patrice Jourdain distingue trois espèces distinctes de protection : une protection contre le risque d'impayé d'une créance pécuniaire (il s'agit des garanties de paiement), une protection contre les risques d'évènements aléatoires funestes contre lesquels on cherche à se prémunir par l'assurance, et une protection contre l'éventuelle inexécution d'un contrat conférée au créancier sous forme de remèdes ou de sanctions de l'inexécution. M. Jourdain²⁵⁷ réserve donc une fonction particulière de la garantie à l'assurance. Pourtant, il note que parfois, « l'assurance se voit attribuer une fonction de garantie de paiement. Tel est le cas des assurances de personnes, généralement souscrites sous forme d'assurances de groupe, adossées à un crédit (assurance-décès, invalidité, chômage...), et plus encore de l'assurance-crédit, très proche du cautionnement. Les fonctions de garantie de paiement et d'assurance tendant alors à se confondre ou à se cumuler au sein d'une même opération²⁵⁸ ».

Malgré la classification, M. Jourdain se résout à admettre le caractère pluriel et multiforme de la notion de garantie²⁵⁹. En effet, il est impossible d'établir des caractères communs à toutes les garanties : le caractère accessoire fait défaut, et l'obligation de couverture est à la fois trop étroite et trop large par rapport à la notion de garantie. Il semblerait donc que la garantie soit une notion suffisamment large pour englober les mécanismes de prévention qui ne soient pas accessoires à une obligation principale, contrairement aux sûretés, sous-famille des garanties.

109 Aucune définition de la garantie ne permet d'emporter la conviction. En effet, concept économique, elle est pour les juristes une notion fonctionnelle au sens où l'entendait le doyen Vedel²⁶⁰, c'est-à-dire qu'elle procède directement d'une fonction qui lui confère sa véritable unité. La notion de garantie n'est pas porteuse d'un contenu abstraitement déterminé, comme c'est le cas pour les notions « conceptuelles » ; ce contenu dépend de l'utilisation de la notion.

255. *Ibid.*

256. *Ibid.*

257. P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », *Etudes offertes au professeur Philippe Malinvaud*, 2007, pp. 303-315.

258. *ibid.*, p. 307.

259. *ibid.*, p. 309 et s.

260. G. VEDEL, « La juridiction compétente... » cit., n°4. Sur la distinction entre les notions conceptuelles et les notions fonctionnelles, cf. l'introduction de cet ouvrage.

110 Or, si l'on tente de définir la cause de l'engagement de chacune des parties à un contrat d'assurance, le caractère fonctionnel de la garantie s'oppose à ce qu'elle revête la même définition dans les deux causes. En effet, le contrat d'assurance étant l'instrument juridique d'une technique financière de garantie à grande échelle mise en œuvre par l'assureur, il faut entendre différemment la garantie recherchée par le souscripteur et celle fournie par l'assureur.

Nous commencerons par définir ce que recouvre la notion de garantie dans la cause de l'engagement du souscripteur. Nous préciserons en premier lieu quels sont ses éléments constitutifs (1). Après avoir identifié la notion de garantie comme la recherche d'une indemnisation, nous verrons que cette définition s'impose pour tous les contrats d'assurance (2).

Section 1

Les éléments constitutifs de la garantie, cause de l'engagement du souscripteur

111 Pour comprendre la signification de la notion de garantie, il est nécessaire de l'associer à un objet, car « une garantie, par définition même, ne peut jamais être totalement dissociée de ce qu'elle garantit. »²⁶¹. Il est traditionnel d'associer en droit des assurances la garantie à la notion de risque. Nous verrons cependant que la notion de risque est trop mouvante pour permettre l'élaboration d'une cause typique rigide et objective (§1).

En revanche, la garantie peut être associée à la recherche d'une indemnisation. C'est sur cette notion que nous tenterons de définir les critères de la cause typique de la garantie (§2).

§1 Difficultés pour associer la garantie à la notion de risque

112 Toute analyse de la notion de garantie renvoie nécessairement à une autre notion, celle de risque. Définir le risque, c'est définir la garantie : en effet, ce qui distingue la garantie de la spéculation, c'est que la première couvre un risque, et la seconde,

261. V. HEUZÉ, « Assurance-crédit et sûretés personnelles », *D.*, 2014, p. 502.

non. Malheureusement, le risque est une notion extrêmement difficile à définir d'une façon rigoureuse. Elle est une attitude, une façon d'appréhender les événements de la vie. Depuis l'évènement de la Modernité, ces derniers ne sont plus le fruit du destin, le *fatum* contre lequel l'Homme ne peut lutter. Ils sont devenus des accidents, qui peuvent faire l'objet d'un traitement mathématique de prévision au moyen des calculs statistiques. Ainsi M. Ewald explique que pour comprendre le risque, il faut prendre pour point de départ son sens commun : pris comme synonyme de danger, de péril, d'évènement malheureux qui peut arriver à quelqu'un, il désigne une menace objective. Le risque n'est donc pas un événement, mais bien plutôt du mode de traitement spécifique dont font l'objet certains événements qui peuvent advenir à un groupe d'individus, ou plus exactement des valeurs ou à des capitaux possédés ou représentés par une collectivité d'individus. Par conséquent, le risque en soi n'existe pas et dans le même temps, tout peut être un risque : cela dépend de la façon dont est appréhendé l'évènement. Dans le cadre de la « société assurancielle », le risque est une catégorie de la rationalité. On s'assure contre un accident, contre la probabilité de perte d'un bien. L'assurance mobilise le risque comme mode d'objectivation de l'évènement. L'assureur produit des risques et modifie la nature des événements ainsi mués en risques. Ses caractéristiques sont qu'il est calculable, collectif et qu'il constitue un capital²⁶².

Notion économique et mathématique, le risque est familier à l'actuaire ; en revanche, il est extrêmement difficile à appréhender pour un juriste, car si l'on ignore que le risque est un événement qui fait l'objet d'un traitement statistique, la notion peut s'appliquer aussi bien à l'évènement, au dommage causé, qu'à l'objet de la garantie. M. Groutel souligne cet état de fait²⁶³. Il distingue « deux acceptions relativement perceptibles » : « l'acception juridique, où le risque est un événement quelconque pourvu qu'il ait un caractère aléatoire, et l'acception technique, où il est la quantification de ce même aléa (...). ». Il finit par conclure qu'il est impossible de donner une définition précise du risque, tant ses acceptions sont nombreuses et diverses. De même, Mme Lambert-Faivre et M. Leveneur écrivent que le risque est une notion protéiforme, « notion complexe aux contours fuyants. » Le risque est selon eux à la fois éventualité d'un événement aléatoire, éventualité de la survenance d'un dommage, et objet de la garantie²⁶⁴.

113 Certains auteurs se sont néanmoins risqués à donner leur définition du risque²⁶⁵.

262. F. EWALD, *L'Etat providence*, Grasset, 1986.

263. H. GROUDEL, *Le contrat d'assurance*, Connaissances du droit, Dalloz, 1997, p. 2.

264. Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances* cit., §307.

265. Pour une synthèse exhaustive, cf. F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, préf. A. Bénabent et A. Lyon-Caen, Presses universitaires de la faculté de Droit de

Ces définitions ont le mérite de mettre en lumière les différentes acceptions que le risque peut revêtir.

Ainsi, pour MM. Picard et Besson, le risque est un événement incertain et qui ne dépend pas exclusivement de la volonté des parties, spécialement celle de l'assuré²⁶⁶. Mme Nicolas a mené une enquête approfondie sur la signification du risque. Dans son analyse, elle réfute en premier lieu certaines acceptions du risque qui ne sont pas admissibles, pour présenter ensuite sa proposition. Ainsi, le risque ne doit pas être confondu avec l'incertitude relative à la probabilité de réalisation de l'événement incertain. Élément essentiel du contrat d'assurance, il n'est pas un pourcentage. Les tenants de cette définition ne font pas la distinction entre le contrat d'assurance et le travail de l'actuaire, qui projette une statistique sur des événements. Or, comme « l'ignorance relative à la probabilité de réalisation du risque est indépendante et antérieure à la conclusion de chaque contrat d'assurance, le risque ne peut désigner l'élément constitutif du contrat d'assurance. »²⁶⁷ Elle ajoute qu'il ne faut pas non plus confondre le risque et l'indemnité : même si selon une certaine doctrine, le risque en matière d'assurances se définit comme les conséquences de l'événement incertain, telles qu'elles sont appréciées contractuellement²⁶⁸, cette proposition n'est pas acceptable car cela revient à confondre le risque avec l'indemnité potentiellement versée au bénéficiaire.

Enfin, Mme Nicolas s'inscrit en porte-à-faux avec la définition que Mme Lambert-Faivre et M. Leveneur proposent²⁶⁹. Elle leur reproche d'associer le risque à l'objet du contrat, alors que l'objet du contrat se résume pour l'assuré à payer les primes, tandis que pour l'assureur, il consiste à fournir une somme d'argent ou une prestations déterminée²⁷⁰.

114 Selon Mme Nicolas, le risque est la possibilité qu'un événement se réalise et engendre certaines conséquences se traduisant par un *damnum emergens* ou un

Clermont-Ferrand, L.G.D.J., 2001.

266. M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres, le contrat d'assurance*, (t.1), L.G.D.J., 1982, §22.

267. V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse...* cit., §102, p. 56.

268. Fabrice Leduc (*in* H. GROUDEL, F. LEDUC, P. PIERRE et M. ASSELAIN, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Litec, 2008, §137, p. 81-82) donne cette définition : « le risque est la considération anticipée du préjudice ou du besoin que la réalisation d'un événement incertain (dans son principe ou dans sa date), échappant à la volonté exclusive du bénéficiaire de la prestation d'assurance, pourrait entraîner pour ce dernier ». Mme Nicolas a évolué par la suite vers une conception semblable (V. NICOLAS, « Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance », *RGDA*, 1998, p. 637) : « Le risque s'entend de la détermination des prétentions que l'assuré peut avoir lors d'un sinistre, et du côté de l'assureur, de l'étendue des prestations que ce dernier doit fournir ».

269. Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances* cit., §310.

270. V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse...* cit., §108, p. 57.

lucrum cessans pour le destinataire de l'obligation principale de l'assureur²⁷¹. Bien que la définition proposée par Mme Nicolas soit trop rigide dans son expression, et qu'elle encourt par conséquent toutes les critiques qui peuvent être adressées aux diverses définitions du risque, elle a néanmoins le mérite de mettre en lumière le fait que le risque désigne plusieurs choses à la fois. En réalité, le définir de façon objective et rigide est une mission impossible, car le risque est une notion dynamique, mouvante, qui ne se confond pas tout à fait avec l'événement aléatoire, ni avec le dommage, ni avec l'indemnité versée par l'assureur, mais qui concerne un peu tous les trois à la fois. Il englobe la probabilité de survenance de l'événement incertain et ses conséquences patrimoniales négatives, tout en servant de socle pour le calcul de l'indemnité. Notion pratique, employée surtout par les techniciens des sciences assurancielles, la difficulté pour le juriste n'est pas de l'encadrer dans une définition rigide, mais de lui donner une place dans la structure du contrat.

115 Le risque est une notion trop problématique pour qu'elle permette l'élaboration d'une définition typique de la garantie. Néanmoins, un consensus existe sur son caractère négatif, ses conséquences redoutées qui justifient la recherche d'une garantie, dont l'objet est de protéger une des parties de ces conséquences. La garantie n'empêche pas leur réalisation, mais elle leur apporte une compensation financière. Elle se confond donc avec l'intérêt d'assurance, élément spécifique du régime du contrat d'assurance. C'est pourquoi nous nous tournerons vers une autre notion, celle d'intérêt d'assurance, afin de définir la notion de garantie (§2).

§2 La garantie entendue comme l'intérêt d'assurance

116 L'intérêt d'assurance, qui consiste en l'intérêt, pour le souscripteur, à la non-réalisation du risque, implique que la garantie du contrat d'assurance se définit comme la recherche d'une indemnisation. L'indemnité se définit par son assiette (A) et son imputation (B).

A L'assiette de l'indemnité

117 Il nous semble que le risque trouve son expression juridique dans l'objet de l'obligation du garant (ou son miroir, la cause de l'engagement du souscripteur), qui

271. *ibid.*, §123 et 124.

est tenu d'une obligation d'indemniser le dommage consécutif à la survenance de l'événement aléatoire.

Là réside la distinction entre la garantie et la spéculation. La cause de l'engagement du souscripteur d'une garantie diffère de celle des parties dans les contrats de spéculation, parce que le souscripteur recherche la compensation des conséquences négatives entraînées par la survenance de l'événement aléatoire. Par conséquent, la prestation du garant consiste dans le versement d'une indemnité. Cette indemnité est calculée forfaitairement²⁷² au regard de la perte subie par l'assuré. La notion de risque est donc indissociable de celle de garantie. Le garant garantit un risque, c'est-à-dire qu'il compense un dommage consécutif à la survenance d'un événement aléatoire, dommage subi par la personne désignée au contrat (qui n'est pas nécessairement l'autre partie).

Ainsi, les conséquences réelles entraînées par la survenance de l'événement incertain entrent dans l'économie du contrat de garantie, car elles constituent l'assiette de la prestation offerte par le garant. En revanche, dans les contrats de spéculation, la détermination de l'objet des obligations des parties est décorrélée des conséquences réelles entraînées par la survenance de l'événement incertain. Par conséquent, peu importe que ces conséquences soient négatives ou positives, et peu importe également leur évaluation. La seule considération qui intéresse les joueurs est la réalisation de l'événement, à laquelle ils attachent un effet contractuel précis et indépendant de la réalité des choses.

Comme on l'a vu précédemment, les contrats aléatoires de garantie ont une cause typique très proche de celle des contrats de spéculation, puisque du fait de leur caractère aléatoire, l'économie du contrat est déséquilibrée, les parties recherchant une chance de gain corrélée à un risque de perte. Néanmoins, il existe une différence dans le contenu de leur cause typique : le « gain » recherché par le souscripteur d'un contrat de garantie aléatoire est une indemnité, la compensation d'un dommage, et non un avantage. Le « gain » du souscripteur permet le maintien d'un patrimoine, tandis que dans les contrats de spéculation, le gain est dans tous les cas associé à l'idée d'une augmentation de patrimoine.

118 Lorsque l'on affirme que l'assureur est tenu d'une obligation d'indemniser, cela signifie concrètement qu'il est tenu de verser une somme d'argent en rapport avec le dommage survenu. D'ailleurs, le terme d'indemnité vient du latin *indemnitas*, qui lui-même est issu de *damnum*, le dommage²⁷³. En revanche, dans les contrats de

272. Sur la distinction entre le principe forfaitaire et le principe indemnitaire, cf. section 2.

273. *Vocabulaire juridique* cit. définit l'indemnité comme la « somme d'argent destinée à compenser toute espèce de dommage (manque à gagner, perte quelconque) ».

spéculation, le dommage lui-même est indifférent. La distinction entre le dommage et l'événement aléatoire est délicate car dans un certain nombre de contrats d'assurance, ils tendent à se confondre : ainsi en est-il en matière d'assurance-vie, où le dommage est un *lucrum cessans* et non un *damnum emergens*, et qui par conséquent est concomitant à la survenance de l'événement aléatoire (le fait d'être en vie ou de mourir). Il n'en demeure pas moins que c'est bien ce *lucrum cessans*, constitué soit par le fait d'être en vie et donc d'avoir des besoins matériels, soit par le fait d'être mort et donc de ne pouvoir subvenir aux besoins des proches, en d'autres termes, ce besoin financier, que l'assureur compense.

La finalité du contrat aléatoire de garantie est donc d'indemniser un dommage, si ce dernier survient. Or cette finalité doit nécessairement être incluse dans la définition de la cause typique du contrat, dont la fonction est de décrire « l'intérêt poursuivi²⁷⁴ ». La cause du contrat est la vision dynamique de ces obligations, elle met en lumière la finalité socio-économique de l'opération. Ainsi, même si le pari et l'assurance créent un équilibre économique identique, ils constituent néanmoins deux types contractuels distincts car ils servent des finalités opposées, le premier, la spéculation, le second, la garantie.

L'analyse ne s'arrête pas là : le fait que la prestation de l'assureur ait comme assiette les conséquences réelles de la survenance de l'événement aléatoire constitue un critère insuffisant pour que la cause du contrat soit une garantie. Encore faut-il que le souscripteur soit la personne qui ait besoin de se protéger contre le dommage. Ainsi, la finalité du contrat aléatoire de garantie est la recherche de l'indemnisation d'un dommage susceptible d'être subi. C'est l'intérêt d'assurance, notion qu'il convient d'expliquer (B).

B L'imputation de l'indemnité : l'intérêt d'assurance

119 « L'intérêt d'assurance » se définit comme l'intérêt qu'a le preneur à la non-réalisation du risque²⁷⁵. Enoncée à l'article L.121-6 du code des assurances²⁷⁶, cette disposition permet la distinction entre assurance et pari. L'intérêt d'assurance est

274. J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat* cit., §48.

275. Sur cette notion, cf. M. PROVOST, « La notion d'intérêt d'assurance », *RGDA*, 2009, p. 713 ; J. BIGOT, J. BEAUCHARD, V. HEUZÉ, J. KULLMANN, L. MAYAUX et V. NICOLAS, *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, t. 3, dir. J. Bigot, L.G.D.J., 2014, §26 et s., M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres, Tome 1* cit., §21 ; M. FONTAINE, *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, C.I.D.C., Bruxelles, 1966, p. 53, §38.

276. Art. L.121-6 C. assur. : « Toute personne ayant intérêt à la conservation d'une chose peut la faire assurer.

Tout intérêt direct ou indirect à la non-réalisation d'un risque peut faire l'objet d'une assurance. »

un élément du contrat d'assurance, en l'absence duquel la qualification du contrat comme contrat d'assurance est impossible²⁷⁷.

Néanmoins, la place de ce principe est légalement limitée : en effet, l'article L.121-6 du code des assurances ne concerne que les assurances de dommages²⁷⁸. Aucune mention n'en est faite dans les textes consacrés aux assurances de personnes. Ainsi, selon une interprétation *a contrario*, l'intérêt d'assurance n'est pas une condition de l'assurance de personnes. Or la doctrine associe étroitement l'intérêt d'assurance à la définition du risque lui-même. Ainsi, si l'intérêt d'assurance n'est pas une condition de formation du contrat d'assurance de personnes, c'est parce que le risque n'est pas identique à celui des assurances de dommages.

Deux écoles s'affrontent : les « monistes » et les « dualistes », selon une certaine terminologie²⁷⁹. Selon la position dualiste, majoritaire en France, l'exigence d'un intérêt d'assurance est limitée aux assurances de dommages et ne concerne pas les assurances de personnes²⁸⁰. Le risque n'est négatif qu'en assurances de dommages. En assurances de personnes, en revanche, lorsqu'elles ne sont pas indemnitaires, « le risque désigne un événement touchant la personne dans son existence, son intégrité ou son état, incertain dans son principe ou dans sa date et dont la réalisation ne procède pas de la volonté exclusive du bénéficiaire de la prestation d'assurance. En ce domaine, pour qu'il y ait assurance, il faut et il suffit que la prestation de l'assureur soit suspendue à la réalisation d'un événement tel qu'il vient d'être défini ; il n'est pas nécessaire que des conséquences nuisibles (préjudice ou besoin) s'attachent à la survenance de celui-ci »²⁸¹. En d'autres termes, le risque désigne l'événement aléatoire dans les assurances de personnes, alors qu'il est constitué par les dommages survenus à la suite de l'événement aléatoire dans les assurances de dommages.

Ainsi, pour les tenants de la position dualiste, le risque a deux acceptions différentes, selon le type d'assurance envisagé : pour les assurances de dommages, le risque désigne les conséquences pécuniaires négatives de la survenance de l'événement incertain pour le patrimoine de l'assuré. Dans les assurances de personnes, le risque désigne la survenance de l'événement incertain.

En revanche, le courant moniste s'appuie sur une définition unitaire du risque afin d'appliquer l'intérêt d'assurance aussi bien aux assurances de dommages qu'aux

277. M. PROVOST, « La notion d'intérêt d'assurance » cit..

278. L'article L.121-6 du code des assurances se trouve dans le titre II, relatif aux règles relatives aux assurances de dommages non maritimes.

279. Sur cette question, cf. H. GROUDEL, F. LEDUC, P. PIERRE et M. ASSELAIN, *Traité du contrat d'assurance terrestre* cit., p. 73 et s..

280. Pour de plus amples précisions, cf. *ibid.*, §130 et s.

281. *ibid.*, §140, p. 83 ; *contra* M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres, Tome 1* cit., §21, et §181.

assurances de personnes. Les « partisans » de l'intérêt d'assurance comme élément essentiel du contrat d'assurance définissent le risque comme un élément toujours négatif pour l'assuré. C'est le cas de Mme Nicolas qui voit dans le risque, « la possibilité que la réalisation de l'événement incertain envisagé par les parties au contrat soit susceptible d'engendrer des effets néfastes pour le destinataire – désigné au jour de la formation de l'accord – de l'obligation principale de l'assureur²⁸² ».

120 Nous ne pouvons souscrire à la position dualiste, car elle prétend appliquer à la notion de risque des définitions étroites et distinctes, alors que le risque est une notion protéiforme. Il demeure que la position moniste soulève des problèmes : en premier lieu, sur qui doit peser l'intérêt d'assurance ? En second lieu, quelle est sa nature ?

Concernant la première question, Mme Provost soutient que l'intérêt d'assurance doit peser sur le bénéficiaire de l'assurance ; en revanche, selon M. Fontaine, l'intérêt d'assurance doit être recherché dans le chef du preneur d'assurance, et non dans celui de ses héritiers ou du bénéficiaire²⁸³. La seconde analyse semble plus juste : en effet, le bénéficiaire est un tiers au contrat. Or, si l'intérêt d'assurance est un élément essentiel de la qualification du contrat, alors on ne peut admettre que cet intérêt repose sur un tiers au contrat. L'intérêt d'assurance repose donc nécessairement sur le souscripteur. La loi se prononce en ce sens, puisque l'article L. 121-6 du code des assurances désigne sans équivoque le souscripteur.

Ainsi, loin d'être un élément supplémentaire pour qualifier le contrat d'assurance, aux côtés d'autres notions problématiques comme la garantie et le risque, l'intérêt d'assurance se confond avec la cause du contrat. Nous avons vu que cette dernière était la recherche d'un déséquilibre (chance de gain ou risque de perte réciproques) créant les conditions d'une garantie. Nous avons vu également que la garantie en tant que cause du contrat s'exprimait comme la recherche de l'indemnisation d'un dommage, et que lorsqu'il s'agissait d'un contrat aléatoire, le dommage était la conséquence de la survenance de l'événement aléatoire prévu au contrat.

L'intérêt d'assurance est donc la cause de l'engagement du souscripteur, qui recherche l'indemnisation d'un dommage éventuel²⁸⁴. Or, pour que la somme sus-

282. V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse...* cit., §128.

283. M. FONTAINE, *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit* cit., p. 62.

284. Certains auteurs prennent le soin de distinguer le dommage et le préjudice : le dommage se confondrait avec le fait dommageable, et le préjudice serait le dommage subi par la victime. D'autres encore utilisent les deux termes pour distinguer le dommage en lui-même et le dommage réparable. Néanmoins, comme il n'existe pas de consensus sur cette distinction et que la jurisprudence relative à la responsabilité et la doctrine dominante n'en font pas, nous utilisons les termes de dommage et de préjudice de manière indifférenciée. Pour des approfondissements, voir C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, préf. Frédéric Pollaud-Dulian, P.U.A.M., 2002,

ceptible d'être versée par l'assureur constitue une indemnité, « juste compensation pécuniaire d'une perte injustifiée²⁸⁵ », et non une rémunération, il faut nécessairement que le souscripteur soit exposé à un préjudice²⁸⁶ qui découlerait de la survenance de l'événement aléatoire. Si cette exposition au préjudice fait défaut, alors le contrat est dépourvu de cause. Dans les assurances dites indemnitaires, l'exposition naît de l'impact que la destruction ou l'altération de la chose peut avoir sur un patrimoine. Cet impact est entendu largement par la jurisprudence, qui estime que même les détenteurs précaires présentent un intérêt à la conservation de la chose²⁸⁷.

De plus, il faut admettre, à la suite de Mme Provost, que l'intérêt d'assurance n'est pas seulement et nécessairement patrimonial, mais qu'il peut être également extra-patrimonial. Cette analyse s'infère de l'admission jurisprudentielle²⁸⁸ de la licéité des assurances pour compte et des assurances sur la vie, dont le fondement repose sur la stipulation pour autrui. Or la Cour de cassation, par un arrêt rendu le 16 janvier 1888²⁸⁹, a ouvert la possibilité de stipuler pour autrui, par une interprétation extensive de la « stipulation que l'on fait pour soi-même » prévue par l'article 1121 2° du code civil. L'espèce concernait un contrat d'assurance sur la vie souscrit au profit d'un tiers. La Cour de cassation énonce que la stipulation pour autrui est valable, bien que le souscripteur n'ait pas stipulé pour lui-même, mais seulement au profit d'un tiers, car « le profit moral résultant des avantages faits aux personnes désignées suffit pour constituer un intérêt personnel dans le contrat. » Ainsi le contrat, malgré la présence d'une stipulation pour autrui, demeure causé, bien que l'intérêt du souscripteur soit extra-patrimonial. Cet intérêt peut être économique (au sens large) ou affectif. Ainsi, par exemple, il est fréquent que le transporteur d'une marchandise souscrive une assurance pour compte de qui il appartiendra au profit des propriétaires successifs de la marchandises, afin que ces derniers bénéficient d'un droit direct à l'encontre de l'assureur en cas de sinistre²⁹⁰. Ce faisant, le transporteur assure la

§18, p. 41 et s. et S. ROUXEL, *Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français*, thèse Grenoble II, 1994, p. 15 et s.

285. C. L. GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé*, préf. de Alain Sériaux, L.G.D.J., 2007, §754.

286. Le préjudice subi par le souscripteur est distinct de celui de l'assuré, de sorte que le souscripteur a un intérêt d'assurance même s'il n'est pas l'assuré. Sur cette question, *cf.* les développements *infra*.

287. Exemple d'un locataire-gérant d'un fonds de commerce : cass. civ. 2ème, 6 octobre 2011, pourvoi n° 10-24.309 ; exemple du sous-locataire d'un véhicule : cass. civ. 1ère, 15 février 2000, pourvoi n° 97-20.179 ; exemple du preneur d'un bail portant sur des bâtiments d'exploitation agricole : cass. civ. 1ère, 21 janvier 1997, pourvoi n° 94-20.271 ; exemple d'un détenteur précaire d'un véhicule : cass. civ. 1ère, 25 avril 1990, pourvoi n° 88-17.699.

288. Cette admission jurisprudentielle a été consacrée par la suite par le législateur, *cf.* article L.112-1 du code des assurances, et L.132-12 du même code.

289. Civ. 16 janv 1888, *Grands arrêts* n° 171.

290. Par ex., 1ère civ., 24 juin 2003, pourvoi n° 00-17.213.

bonne marche de ses affaires, bien qu'il ne protège pas directement son propre patrimoine. En matière d'assurance sur la vie, l'intérêt est revanche le plus souvent affectif : on peut imaginer le cas d'un grand-père qui souscrit une assurance-décès sur la tête de son fils et dont son petit-fils est le bénéficiaire ; le grand-père souscripteur a un intérêt affectif à ce que son petit-fils ne se retrouve pas dans le besoin du fait de la mort de l'assuré. Non seulement l'intérêt patrimonial subsiste, mais il est doublé par un intérêt affectif qui permet d'établir un lien causal entre le souscripteur et la prestation de l'assureur.

Ainsi, l'exigence d'un intérêt d'assurance peut être satisfaite lorsque le souscripteur contracte afin de protéger un tiers contre un dommage, dès lors que l'exposition de ce dernier à ce dommage est constitutive du préjudice subi par le souscripteur. Par conséquent, tous les contrats d'assurance, qu'ils soient de dommages ou de personnes, sont des contrats d'indemnisation. Admettre que les contrats d'assurances de personnes sont des contrats de garantie suppose donc d'admettre qu'ils ont pour finalité d'indemniser un préjudice.

121 Or, la jurisprudence et la doctrine classique soutiennent que le principe indemnitaire est le propre des assurances de dommages et de certaines assurances de personnes. En revanche, les assurances-vie ne seraient pas soumises au principe, et seraient en revanche gouvernées par son corollaire, le principe forfaitaire. Nous tenterons de démontrer que tous les contrats d'assurance ont comme cause l'indemnisation d'un préjudice (2).

Section 2

La fonction commune à tous les contrats de garantie : la recherche d'une indemnisation

122 Première disposition spécifique aux assurances de dommages dans le code des assurances, le principe indemnitaire, énoncé par l'article L.121-1 du code des assurances, prévoit que « l'indemnité due par l'assureur à l'assuré ne peut pas dépasser le montant de la valeur de la chose assurée au moment du sinistre ». Ce principe est justifié en jurisprudence par la volonté d'éviter l'enrichissement de l'assuré et la transformation de l'assurance en jeu ou en pari. En revanche, les assurances de

personnes sont classiquement²⁹¹ soumises au principe forfaitaire²⁹² : le montant de l'indemnité est prévu contractuellement à l'avance. C'est ce que prévoit, là encore, avant toute autre règle spécifique aux assurances de personnes, le code des assurances à l'article L.131-1 alinéa 1 : « En matière d'assurance sur la vie et d'assurance contre les accidents atteignant les personnes, les sommes assurées sont fixées par le contrat ».

Le principe indemnitaire et le principe forfaitaire sont avancés pour justifier d'une différence de nature entre les assurances. Certes, l'article L. 121-1 du code des assurances est désigné comme un « principe », car il entraîne l'application d'un régime spécifique et complexe, qui implique le régime de la surassurance, du cumul d'assurances, de la sous-assurance et de la subrogation de l'assurance en cas de tiers responsable²⁹³.

123 Plusieurs propositions tentent d'expliquer la distinction entre le principe indemnitaire et le principe forfaitaire. Nous en retiendrons deux (§1) et tenterons de démontrer que ces distinctions ne sont pas justifiées (§2).

§1 Les critères classiques de distinction entre le principe indemnitaire et le caractère forfaitaire

124 On relève deux critères de distinction : le premier, portant sur la fonction de chacun des principes (A) ; le second, sur le mode de calcul de la prestation de l'assureur (B).

A Distinction portant sur la fonction des principes

125 La première distinction reposerait sur la fonction même des principes : le principe indemnitaire aurait pour fonction de limiter légalement la liberté des parties lorsqu'elles déterminent l'étendue de l'assurance, puisqu'elles ne peuvent la fixer au-delà de la valeur de l'intérêt d'assurance (lorsque cet intérêt est patrimonial), ou de la valeur du préjudice que pourrait subir le patrimoine de l'assuré (lorsque l'intérêt

291. Sur la possibilité d'assujettir certaines assurances de personnes non-vie au principe indemnitaire, voir *infra*.

292. Pour une critique du principe forfaitaire, cf. V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse...* cit., §681 et s.

293. L'assureur est subrogé dans les droits du contractant ou du bénéficiaire seulement dans les assurances de dommages. Cela n'est pas possible dans les assurances de personnes (article L131-2 al.1), sauf pour les assurances de personnes non-vie à caractère indemnitaire (article L.131-2 al2, introduit par la loi du 16 juillet 1992).

d'assurance, apprécié du chef du souscripteur, n'est pas patrimonial). En revanche, les assurances soumises au principe forfaitaire ne connaîtraient pas de limitation.

Néanmoins, certaines assurances de dommage sont calculées forfaitairement : ainsi en est-il des assurances de pertes d'exploitation, où la garantie est fixée sur la marge brute du dernier exercice connu. Par ailleurs, l'étude de la pratique montre que la garantie peut être illimitée malgré le principe indemnitaire : en effet, les assurances automobiles offrent une garantie illimitée pour les accidents corporels. En effet, le préjudice pouvant être illimité, la garantie l'est également. Si en réalité les assureurs limitent toujours le montant de la garantie par le biais des plafonds de garantie, c'est par un souci de rationalisation de l'opération d'assurance et non parce qu'ils y sont contraints par le principe indemnitaire.

Par conséquent, la limitation du montant de la garantie, fruit du principe indemnitaire²⁹⁴, n'est pas mise en œuvre systématiquement même lorsqu'il s'agit d'assurances de dommages.

126 La seconde distinction entre le principe indemnitaire et le principe forfaitaire reposerait sur les modes de calcul de la prestation versée par l'assureur. Cette position, qui s'appuie sur une certaine interprétation de la jurisprudence, mérite d'être développée en détail avant d'être réfutée.

B Distinction portant sur la fonction de l'indemnité

127 Nous présenterons d'abord le principe indemnitaire, puis le principe forfaitaire.

128 L'ouverture législative du recours subrogatoire contre le tiers responsable en matière d'assurances de personnes non-vie a donné l'occasion d'interroger la distinction entre le principe indemnitaire et le principe forfaitaire. En effet, en matière d'assurance accident corporel, la loi Badinter du 5 juillet 1985 sur l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation a admis la licéité du recours subrogatoire de l'assureur qui avait fait une avance sur recours. Le principe a été repris et son champ d'application étendu en 1992, par l'article 23 de la loi n°92-665 du 16 juillet 1992 sur le crédit et l'assurance, qui consacre la possibilité d'un recours subrogatoire de l'assureur contre le tiers responsable dans les contrats garantissant l'indemnisation des préjudices résultant d'une atteinte à la personne pour le remboursement des

294. Art. L. 121-1 al. 1 du code des assurances : « L'assurance relative aux biens est un contrat d'indemnité ; l'indemnité due par l'assureur à l'assuré ne peut pas dépasser le montant de la valeur de la chose assurée au moment du sinistre. »

prestations à caractère indemnitaire²⁹⁵. Enfin, l'article 15 de la loi du 8 août 1994 a complété la loi de 1992 en faisant entrer les sociétés d'assurances dans la liste des « tiers-payeurs » habilités à exercer un recours subrogatoire.

La création de ces assurances a posé le problème de la définition des prestations à caractère indemnitaire auquel s'est attelée la jurisprudence. Il ressort de cette dernière qu'il doit exister un lien nécessaire entre le préjudice de la victime au sens du droit commun de la responsabilité civile et la prestation de l'assureur, pour que celui-ci puisse bénéficier du recours subrogatoire ; plus précisément, la prestation dont les modalités de calcul et d'attribution sont « calquées » sur l'évaluation du préjudice selon le droit commun est indemnitaire. Ainsi en a décidé l'assemblée plénière de la Cour de cassation, le 19 décembre 2003 : « Mais attendu que si le mode de calcul des prestations versées à la victime en fonction d'éléments prédéterminés n'est pas à lui seul de nature à empêcher ces prestations de revêtir un caractère indemnitaire, il ressort des motifs propres et adoptés de l'arrêt, d'une part, que le contrat d'assurance de prévoyance de groupe ne comporte aucune disposition spécifique au cas où le dommage subi par l'assuré serait consécutif à un accident de la circulation, et, d'autre part, que les prestations servies par l'assureur au titre de l'incapacité temporaire totale de travail et de l'incapacité permanente partielle sont indépendantes dans leurs modalités de calcul et d'attribution de celles de la réparation du préjudice selon le droit commun ; que la cour d'appel en a exactement déduit, en l'état des textes alors en vigueur, sans encourir les griefs du moyen, que ces prestations, servies au titre d'une assurance de personnes, n'avaient pas un caractère indemnitaire²⁹⁶ ». Ainsi, peu importe que le montant de la prestation prenne en compte des éléments prédéterminés au contrat. Seules les méthodes d'évaluation de la prestation sont pertinentes : l'évaluation du préjudice doit être conforme à son évaluation selon le droit commun ; si barème il y a, celui-ci ne doit pas être contractuel mais être reconnu en droit commun de l'indemnisation²⁹⁷. Par ailleurs, le contrat doit comporter une clause prévoyant la possibilité du recours subrogatoire de l'assureur de la victime²⁹⁸.

La solution nous éclaire sur la signification jurisprudentielle du principe indemnitaire. Depuis l'arrêt rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation, la non-soumission au principe indemnitaire ne naît pas du fait que les sommes assurées sont fixées par avance dans le contrat. Le critère avait pourtant été retenu par la première chambre civile dans plusieurs arrêts, qui considérait que « les prestations

295. Loi n°92-665 du 16 juillet 1992, modifiant l'article L.131-2 du code des assurances.

296. Cass., ass. plén., 19 déc. 2003, *RCA* 2004, comm. 87 et chron. 7, note H. Groutel.

297. Pour plus de précisions, cf Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances* cit., §1000-2.

298. La solution a été réaffirmée par la suite : Cass. civ. 2e, 12 oct. 2004, pourvoi n°02-11647, *RGDA* 2004, 71, note J. Landel ; *RCA* 2004, comm. 387, obs. H. Groutel.

servies en exécution d'un contrat d'assurance de personnes en cas d'accident ou de maladie revêtent un caractère forfaitaire et non pas indemnitaire, dès lors qu'elles sont calculées en fonction d'éléments prédéterminés par les parties indépendamment du préjudice subi²⁹⁹ ». La solution avait été réaffirmée par la suite à plusieurs reprises³⁰⁰. La chambre criminelle s'était en revanche prononcée en faveur du critère dit « préjudiciel »³⁰¹ ; enfin, l'assemblée plénière a fini par trancher en donnant raison à cette dernière, ce qui est heureux, car le montant de la prestation de l'assureur est toujours fonction, au moins partiellement, d'éléments prédéterminés dans le contrat, ne serait-ce que par la fixation d'un plafond. Ainsi, ce qu'il convient de prendre en compte, pour décider du caractère indemnitaire ou non de la prestation, c'est sa méthode d'évaluation³⁰². Ainsi, la prestation de l'assureur est considérée comme indemnitaire si elle est dépendante des modalités de réparation du préjudice subi prévues par le droit commun³⁰³. En d'autres termes, si le contrat stipule que la prestation de l'assureur sera calquée sur l'indemnité à laquelle peut prétendre l'assuré, calculée selon les règles du droit de la responsabilité civile, alors l'assureur peut être subrogé dans les droits de l'assuré.

Néanmoins, certains auteurs ont interprété la jurisprudence de la Cour de cassation comme fondée sur une distinction entre les assurances dont l'objet est de réparer le préjudice subi³⁰⁴, et celles dont l'objet n'est pas l'indemnisation du préjudice. Cette interprétation repose sur le présupposé selon lequel seul le droit commun de la responsabilité civile permettrait l'indemnisation des dommages. Il s'agit pour le moins d'un présupposé contestable³⁰⁵.

299. Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 1993, deux arrêts, *RCA* 1993, chron. 29 et comm. 283.

300. Cass. civ. 2^e, 23 septembre 1999, *RCA* 1999, comm. 37, note H. G. ; Cass. com., 16 nov. 1999, *JurisData* n°1999-003985, *RCA* 2000, comm. 140. Sur la question, cf. H. GROUDEL, « Le cantonnement du caractère indemnitaire de certaines assurances de personnes », *RCA*, 1993, p. 29.

301. Cass. crim. 18 sept. 1996, *B. crim.* 1996 n° 319 p. 962, *RCA* 1997, chron. 2, note H. Groutel : « Attendu, cependant, que, pour accueillir la demande de la MAIF, les juges du second degré, après avoir relevé que le contrat d'assurance prévoit, en cas de préjudice corporel imputable à un tiers, le versement d'indemnités « à titre d'avance sur la réparation attendue de ce tiers ou de son assureur » et « la récupération des sommes avancées » limitée à « l'indemnisation mise à la charge du tiers », retiennent que la prestation servie entre dans les prévisions de l'article 33 de la loi du 5 juillet 1985 ; Attendu qu'en cet état, et dès lors qu'il n'est ni démontré ni allégué par la demanderesse que cette prestation, même calculée en fonction de certaines bases prédéterminées, était en définitive fixée indépendamment du préjudice subi, la cour d'appel a justifié sa décision sans encourir les griefs du moyen, lequel, dès lors, doit être écarté. » Ainsi, selon la chambre criminelle de la Cour de cassation, la prestation dont les modalités de calcul et d'attribution sont calquées sur l'évaluation du préjudice est indemnitaire.

302. En ce sens, voir la note de M. Groutel sous cass. AP, 19 déc. 2003, *RCA* 2004, *chron.* 7.

303. Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 2000, §448.

304. « Seules sont véritablement indemnitaires les prestations qui ont leur cause dans le dommage, et dont l'objet est de réparer les préjudices subis » (Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances* cit., §601).

305. Pour une réfutation de cette position, cf. §2.

129 Le caractère forfaitaire est énoncé à l'article L.131-1 alinéa 1 du code des assurances : « En matière d'assurance sur la vie et d'assurance contre les accidents atteignant les personnes, les sommes assurées sont fixées par le contrat. » Lorsque le sinistre survient, l'assureur est tenu de régler la somme prévue au contrat, de sorte que la valeur du dommage réellement subi n'entrerait pas en considération dans l'évaluation de la prestation de l'assureur. En effet, l'assurance sur la vie ne viserait pas à réparer un dommage, et le versement de la prestation de l'assureur serait causé uniquement par le paiement de la prime par le souscripteur³⁰⁶.

Défini par opposition au principe indemnitaire, le caractère forfaitaire impose que la prestation de l'assureur soit détachée des modalités d'évaluation du préjudice (si préjudice il y a) selon le droit commun de la responsabilité civile. « Si le tiers payeur ne dispose pas d'un recours subrogatoire, c'est que la nature de sa dette est différente de la nature de la dette de réparation, et ne peut donc pas se substituer à elle par le jeu de la subrogation³⁰⁷ ». La prestation a un objet indépendant de toute réalisation d'un dommage, car elle sert l'épargne et la prévoyance. Ainsi, le principe forfaitaire est « un mode de gestion des contrats qui permet de fixer une limite à la prestation de l'assureur, qui est fonction, d'une part, des éléments déterminés dans le contrat, et d'autre part, du volume des primes ou cotisations versées par le souscripteur³⁰⁸ ».

Mme Nicolas analyse le principe forfaitaire comme l'équivalent, pour le législateur des années 30, du principe de l'indisponibilité des personnes. En effet, le principe forfaitaire, est « issu de la peur du législateur, comme de la doctrine, de voir l'individu faire l'objet d'un commerce (...) Le contrat d'assurance ne doit pas conduire à ce qu'il soit porté atteinte à la vie d'un individu quel qu'il soit. Le corps humain est indisponible³⁰⁹. » Ainsi, le principe de l'indisponibilité des personnes constitue un principe permettant d'aménager l'interdiction de contracter sur un être humain³¹⁰ ; dans le même ordre d'idées, le principe forfaitaire ouvre la voie à des contrats d'assurances dont l'objet est la vie ou la santé d'une personne, tout en lui fixant une limite. Cette limite est le refus de spéculer sur la valeur d'une vie humaine ou de sa santé. Elle s'exprime à travers le mode de calcul de la prestation de l'assureur : « Affirmer que la somme octroyée au bénéficiaire du contrat d'assurance doit être indépendante du dommage subi par la victime, revient à dire que son montant

306. J.-A. CHABANNES et N. EYMARD-GAUCLIN, *Le manuel de l'assurance vie*, Ed. l'argus de l'assurance, 2004, p. 50.

307. Y. LAMBERT-FAIVRE, « Le lien entre la subrogation et le caractère indemnitaire des prestations des tiers payeurs », *D.*, 1987, chron. 18, p. 97.

308. V. NICOLAS, in J. BIGOT, J. BEAUCHARD, V. HEUZÉ, J. KULLMANN, L. MAYAUX et V. NICOLAS, *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, t. 3 cit., §1495.

309. V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse...* cit., p. 288, §683.

310. Notamment en matière de don d'organes ou de don du sang, dès lors que la transaction n'est pas rémunérée.

est fixé en fonction du total des primes versées par les autres clients de l'assureur, ainsi que de l'estimation de la probabilité de réalisation du sinistre effectuée par les actuaires. Les éléments pris en considération sont extérieurs à l'objet sur lequel porte le risque, c'est-à-dire la personne³¹¹. » La détermination du montant de la prestation de l'assureur s'impose en amont, lors de la conclusion du contrat, afin d'éviter toute spéculation sur la valeur de la vie ou de la santé de l'être humain sur lequel pèse le risque. Néanmoins, cette analyse n'est pas convaincante, car elle revient en définitive à admettre qu'il est permis de spéculer sur la vie elle-même, mais non sur sa valeur.

En réalité, la limitation du calcul de l'indemnité n'est pas l'apanage des assurances de dommages ; dans les assurances sur la vie, cette indemnité est bien calculée sur le préjudice subi par l'assuré. En effet, le montant sur lequel les parties s'accordent correspond au prix que ces dernières attribuent à la vie de l'assuré. Cette correspondance entre le préjudice subi et le montant de l'indemnité est plus difficilement perceptible, en ce que le préjudice subi ne peut pas être rapporté à une évaluation objective. Il demeure que l'indemnité est bien destinée à compenser le préjudice consécutif au fait d'être encore en vie (ou déjà mort). La distinction entre deux types prétendus de contrat d'assurance doit donc être réfutée (§2).

§2 Réfutation de la distinction

130 Le caractère indemnitaire et le principe indemnitaire ne doivent pas être confondus. En réalité, la cause de l'engagement du souscripteur est toujours la recherche d'une indemnisation, de sorte que tous les contrats d'assurance ont un caractère indemnitaire, et que les distinctions classiques présentées ci-dessus n'emportent pas la conviction (A). En revanche, seuls certains contrats d'assurance sont soumis à un régime spécifique, le principe indemnitaire, dont les conditions de mise en œuvre doivent être précisées (B).

A Le caractère indemnitaire de tous les types d'assurance

131 La position de la jurisprudence relative au principe indemnitaire telle qu'interprétée par certains auteurs soutiendrait implicitement que l'indemnité se définit comme l'exacte compensation du préjudice subi, et que la fixation forfaitaire de la prestation de l'assureur est exclusive de tout caractère indemnitaire. Pourtant, en tant que contrat de garantie, toute assurance a une finalité indemnitaire. Cette finalité

311. *ibid.*, p. 291, §687.

d'indemnisation est indépendante d'une correspondance exacte entre le préjudice subi et la prestation de l'assureur. En effet, il est erroné de considérer qu'une indemnité ne peut pas être évaluée forfaitairement. De plus, il n'est pas toujours possible, même dans les assurances de choses, d'établir une correspondance parfaite entre le montant du préjudice subi et la prestation de l'assureur.

132 La correspondance exacte entre le prix du préjudice et l'indemnisation de l'assureur est impossible. En effet, l'évaluation du préjudice comporte nécessairement une part d'arbitraire, car les conséquences du fait dommageables sont multiples et diffuses, et les intérêts touchés sont parfois impossibles à quantifier en argent. Bien que traditionnellement classée parmi les assurances de dommages et donc considérée comme étant soumise au principe indemnitaire, l'assurance de responsabilité civile n'offre pas une réparation^{312 313}, mais une compensation du préjudice subi par la victime. Les difficultés sont prégnantes même dans la branche des assurances la plus susceptible *a priori* d'une évaluation rigoureuse, celle de dommages aux biens. En effet, « en assurance de choses, (...) c'est moins la chose qui est assurée que sa valeur. Or, cette valeur n'est pas une mais plurale³¹⁴ ». L'évaluation du dommage aux biens présente une part d'arbitraire en raison du choix de la méthode d'évaluation, car il n'existe pas une seule et unique méthode³¹⁵. L'exemple des assurances couvrant les pertes d'exploitation des entreprises est encore plus édifiant : comme on l'a vu, le montant de la garantie est calculé forfaitairement, sur la marge brute du dernier exercice adaptée en tenant compte de la croissance de l'entreprise et du contexte économique³¹⁶.

Par conséquent, l'évaluation comporte nécessairement une part d'arbitraire, et ce, quelle que soit la méthode choisie. Ainsi, pour décrire le calcul de la valeur vénale d'un

312. Il existe néanmoins de rares hypothèses où l'indemnité est une exacte réparation du préjudice subi, comme lorsqu'il s'agit du détournement d'une somme d'argent.

313. La jurisprudence semble d'ailleurs mal à l'aise avec l'application du principe indemnitaire à ce type d'assurance. En témoigne l'arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, le 5 avril 2007 (pourvoi n° 06-12.066), qui énonce que l'article L. 121-1 du code des assurances n'est pas applicable aux assurances de responsabilité : « Mais attendu que l'article L. 121-1 du code des assurances, qui dispose que l'assurance relative aux biens est un contrat d'indemnité, n'a pas vocation à recevoir application lorsqu'est en jeu l'assurance de responsabilité qui, si elle relève de la catégorie juridique des assurances de dommages, n'a pas la nature d'une assurance de biens ;

Et attendu qu'il résulte du jugement déféré que l'action en paiement de Mme X... tendait à obtenir réparation de son préjudice sur le fondement de la responsabilité encourue par l'auteur du dommage ;

D'où il suit que le moyen, qui invoque la violation d'un texte étranger au litige, est inopérant ; »

314. L. MAYAUX, « Indemniser forfaitairement les tempêtes? », *Risques*, 2012, n°91.

315. On recense la valeur de remplacement, la valeur à neuf, la valeur vénale...

316. http://www.ffsa.fr/sites/jcms/c_33817/fr/lassurance-des-pertes-dexploitation-de-lentreprise?cc=fn_7316.

bien, un tribunal de commerce écrit : « On ne peut considérer la ‘valeur raisonnable vénale’ indiquée à l’expertise que comme une construction de l’esprit, quels que soient la compétence de l’expert et le sérieux de son ouvrage ; qu’en effet, cette valeur est le résultat d’une moyenne arithmétique, modifiée par une appréciation personnelle, de plusieurs valeurs théoriques calculées selon différents critères et montrant des variations très importantes allant jusqu’à 70%, alors que la valeur vénale réelle ne peut être valablement reconnue qu’au moment où vendeur et acheteur se sont mis d’accord sur le prix³¹⁷ ». En effet, le calcul de la valeur vénale, généralement utilisée pour l’évaluation des biens destinés au commerce correspond à la valeur du bien à vendre, et prend en compte aussi bien le dommage immédiat que la perte du bénéfice. Or le calcul de la perte de bénéfice comporte nécessairement une part de subjectivité et donc d’arbitraire. Ainsi la valeur vénale présente toujours un caractère partiellement forfaitaire.

Quant à la valeur à neuf, elle renvoie à une appréciation souple de l’évaluation du dommage, puisqu’elle correspond au prix du bien dans le commerce, même si en pratique le bien endommagé est vétuste³¹⁸. Il s’agit d’une sorte de garantie de vétusté³¹⁹, à laquelle le principe indemnitaire ne ferait pas obstacle. La clause prévoyant une garantie « en valeur à neuf » est répandue en matière d’assurances de biens immobiliers. Cette clause est considérée comme licite depuis une jurisprudence constante née dans les années 1970³²⁰. Par un arrêt rendu le 13 septembre 2007, la Cour de cassation énonce, à propos de l’indemnisation d’un bâtiment détruit par un incendie, que la valeur à neuf n’entraîne pas un enrichissement de l’assuré, et respecte le principe posé par l’article L.121-1 du code des assurances, dès lors qu’elle correspond à la valeur de reconstruction³²¹. Ainsi, l’article L. 121-1 du code des assurances ne s’oppose pas à la garantie valeur à neuf. Il faut donc comprendre que le principe indemnitaire qui limite l’indemnité de l’assureur au montant de la valeur de la chose assurée au moment du sinistre n’est pas dévoyé dès lors que l’on adopte une conception large de la notion de valeur : le paiement de la valeur à neuf de l’immeuble correspond non pas à la valeur de la chose, mais au montant du préjudice résultant de sa perte, dès lors que l’on prend en compte la nécessité pour l’assuré de mobiliser

317. T. com. Bordeaux, 23 févr. 1989, *LPA* 21 août 1989, p. 19

318. J. BARBANCEY, « Valeur à neuf et enrichissement », *Gaz. Pal.*, 9 janvier 1988, Doct. p. 28..

319. Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances* cit., §441 et note 1, p. 342.

320. Cass. civ. 2ème, 16 décembre 1970, pourvoi n° 69-12.617.

321. Cass. civ. 2e, 13 sept. 2013, pourvoi n° 06-15.159 : « Mais attendu que l’arrêt retient exactement que le principe indemnitaire posé par l’article L. 121-1 du code des assurances ne fait pas obstacle, en cas de sinistre d’un bâtiment, à l’application d’une clause contractuelle prévoyant le paiement d’une indemnité calculée sur la valeur de reconstruction ; que celle-ci, qui correspond au coût de remise en état du bien détruit, ne peut valoir enrichissement de l’assuré et ce même si la valeur vénale du bien avant sinistre est inférieure au coût de sa reconstruction ».

immédiatement une somme importante pour la reconstruction³²². L'appréciation du préjudice comprend donc les besoins réels de l'assuré ; le principe indemnitaire n'impose pas que l'assiette de la garantie soit limitée à l'évaluation du dommage entendu *stricto sensu*.

Enfin, la valeur d'usage du bien, qui correspond à la valeur de remplacement en l'état, est à l'origine d'un abondant contentieux³²³, car son appréciation est parfaitement subjective³²⁴. M. Beignier donne l'exemple du cheval de course³²⁵ : il est clair qu'établir sa valeur réelle est impossible. De même, si l'on prend comme exemple l'assurance de dommages portant sur une œuvre d'art éphémère, la destruction de cette dernière entraîne un dommage dont l'évaluation est concrètement très difficile. La prestation de l'assureur revête nécessairement un caractère forfaitaire.

133 En somme, dans la majorité des hypothèses, l'évaluation du préjudice présente un caractère discutable, de sorte que le calcul de l'indemnité comporte le plus souvent une part forfaitaire. Il ne correspond parfaitement et objectivement au préjudice subi que si le dommage est constitué par le montant d'une somme d'argent déboursée ou perdue : tel est le cas par exemple dans les assurances couvrant les frais d'hospitalisation. Ainsi, la distinction entre les assurances soumises au principe indemnitaire et les assurances de personnes à caractère forfaitaire ne peut reposer sur une distinction de fonctions, distinction dans le cadre de laquelle les premières serviraient à indemniser exactement un préjudice subi et les autres non. Tous les contrats d'assurance ont une fonction de garantie, et servent donc à compenser un préjudice. Néanmoins, pour des raisons purement pratiques, la correspondance exacte entre le dommage et l'indemnisation effectivement versée est rare. Elle n'est possible que lors que les contrats d'assurance indemnisent un préjudice purement économique, consistant en le paiement ou la perte de sommes d'argent.

Ainsi, la notion d'indemnité n'est pas exclusive de tout calcul forfaitaire. On a vu *supra* les difficultés rencontrées par la jurisprudence pour tenter de dégager un critère de distinction entre les assurances à caractère indemnitaire et celles à caractère forfaitaire. Le fait que les sommes assurées soient fixées par avance dans le contrat ne constitue plus le critère discriminant ; désormais, la prestation est indemnitaire si son calcul est dépendant des modalités de réparation du préjudice subi prévues par le droit commun. De là à affirmer que les prestations à caractère forfaitaire sont décorrélées du préjudice, en d'autres termes que ces prestations n'auraient pas

322. J. BARBANCEY, « Valeur à neuf et enrichissement » cit., p. 29.

323. Par ex., cass. civ. 2ème, 14 janvier 1999, pourvoi n°96-17.562.

324. En ce sens, B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, L.G.D.J., 2015.

325. *ibid.*, §329.

leur cause dans le dommage, il n'y a qu'un pas³²⁶. Néanmoins, une telle affirmation est constitutive d'un contresens sur la cause des contrats d'assurance à caractère forfaitaire.

L'évaluation d'un préjudice n'est pas une science exacte. La notion de préjudice recouvre plusieurs dommages distincts, difficiles à cerner, aussi bien dans leur existence que dans leur étendue. De plus, l'évaluation financière de certains dommages est nécessairement arbitraire, notamment lorsqu'il s'agit de préjudices moraux ou physiologiques. Quant aux critères actuellement retenus par le droit commun pour l'évaluation des dommages, nul ne doute qu'ils sont contestables : ainsi, le préjudice dit « d'agrément », défini par la Cour de cassation comme la « privation des agréments d'une vie normale »³²⁷ est entendu au sens étroit par les experts qui ne paraissent s'attacher, sous ce chef de préjudice, qu'à répertorier les activités spécifiques dont la victime est désormais privée³²⁸. Les préjudices fonctionnels ou physiologiques sont souvent indemnisés par les juges comme s'ils recouvraient les préjudices professionnels et vice-versa³²⁹. Or, « un tel amalgame nuit gravement à la réparation du dommage corporel tout autant en raison d'une certaine distorsion entre le langage des experts et des juges que par l'inadéquation des critères d'évaluation utilisés³³⁰ ». Certes, la critique des méthodes actuelles d'évaluation du dommage ne concerne pas notre propos³³¹. Néanmoins, il est erroné de considérer que le droit commun de la responsabilité civile se fonde sur des critères absolus et indiscutables qui permettraient une indemnisation parfaite du préjudice. On peut donc concevoir qu'au-delà de l'indemnisation couverte par le droit commun, il demeure une part de préjudice que l'assurance aurait pour fonction d'indemniser lorsque la prestation de l'assureur n'est pas calquée sur les critères du droit commun. Par conséquent, le contrat d'assurance à caractère forfaitaire peut servir une finalité d'indemnisation du préjudice. Ainsi, les assurances de personnes non vie à caractère forfaitaire remplissent deux fonctions : soit elles permettent l'indemnisation de préjudices qui ne sont pas ou mal pris en compte par le droit commun, soit elles complètent l'indemnisation de

326. Interprétation *a contrario* de l'affirmation formulée par Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVE-NEUR, *Droit des assurances* cit.§601 ; la cause de la prestation de l'assureur vie serait le paiement des primes, et non la compensation d'un préjudice selon J.-A. CHABANNES et N. EYMARD-GAULIN, *Le manuel de l'assurance vie* cit., p. 50.

327. Cass. crim., 5 mars 1985, pourvoi n° 83-91.157 ; cass. soc, 5 janv. 1995, pourvoi n° 92-15.958 ; cass. civ. 2ème, 19 avril 2005, pourvoi n° 04-30.121.

328. Voir sur cette question I. BESSIÈRES-ROQUES, C. FOURNIER, H. HUGUES-BÉJUI et F. RICHE, *Précis d'évaluation du dommage corporel*, Ed. l'argus de l'assurance, 2001, p. 183, et sur l'ensemble de la question, la préface très critique de M. Patrice Jourdain.

329. *Ibid.*

330. Patrice Jourdain, préface *in ibid.*.

331. Pour une critique approfondie, cf. C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé* cit., p. 243 et s.

préjudices qui ne sont pas objectivement quantifiables.

Par exemple, les contrats souscrits par une commerçante prévoyant le versement d'indemnités journalières en cas de maladie ne sont pas soumis aux règles sur les assurances cumulatives car ces contrats lui permettaient de percevoir une indemnité journalière d'un montant disproportionné avec les revenus que lui procurait son activité de commerçante³³². En d'autres termes, la prestation de l'assureur dont le montant est supérieur au préjudice professionnel présente un caractère forfaitaire. Néanmoins, la commerçante obligée de cesser son activité professionnelle subit un préjudice plus grave que la seule perte de ses revenus ; au préjudice financier, s'ajoute un préjudice d'agrément ainsi qu'un préjudice physiologique. Il est clair que dans cette espèce, le droit commun de la responsabilité civile n'a pas permis l'indemnisation de ces deux préjudices. Le contrat d'assurance permet donc de les indemniser.

Dans une autre espèce, la Cour de cassation a estimé que le recours subrogatoire devait être exclu pour l'assureur qui verse une rente éducation à un enfant mineur dont le père est décédé des suites d'un accident, car le montant de la rente était calculé indépendamment des ressources de l'assuré et de la part consacrée par ses soins aux frais d'entretien et d'éducation de l'enfant³³³. Or, il est évident que l'enfant qui a perdu son père subit un préjudice « d'éducation » plus grand que la seule perte du financement de ses cours particuliers et de ses fournitures scolaires : il perd les conseils, l'exemple, et le soutien moral qu'un parent apporte à son enfant. Dans cet exemple, le contrat d'assurance permet de compléter l'indemnisation d'un préjudice difficilement quantifiable.

134 Ainsi, l'appellation de « principe indemnitaire » est trompeuse. Bien que la qualification d'« indemnitaire » soit réservée à certaines assurances au détriment d'autres, il demeure que toutes les assurances sont des garanties, et qu'elles ont pas conséquent comme cause l'indemnisation de préjudices. Les éléments du régime associé au « principe indemnitaire » ont une mise en œuvre qui dépend non de la classification traditionnelle entre les assurances de dommages et les assurances de personnes, mais de la présence ou non de certaines caractéristiques du contrat, portant sur son objet, le préjudice assuré (B).

332. Cass. civ. 1ère, 15 février 1995, pourvoi n° 93-15.729.

333. Cass. civ. 2ème, 17 avril 2008, pourvoi n° 06-20.417.

B Les conditions de la mise en œuvre du « régime indemnitaire »

135 Les interrogations propres à l'application du régime indemnitaire à certaines assurances de personnes se sont concentrées sur trois éléments du régime : la mise en œuvre de la surassurance, celle de la sous-assurance (1.), et enfin la question de la subrogation de l'assureur (2.).

1. Surassurance, assurances multiples cumulatives, sous-assurance

136 Les régimes propres à la surassurance, hypothèse constituée dès lors que la valeur assurée est supérieure à la valeur assurable³³⁴, et aux assurances multiples cumulatives, lorsqu'elles constituent un excès d'assurance³³⁵, répondent à la nécessité d'empêcher le souscripteur de tirer un bénéfice du contrat d'assurance. Le régime qui est associé aux hypothèses constitutives de la surassurance et du cumul d'assurance découle de la conjonction de l'interdiction de s'enrichir et d'une valeur d'assurance déterminable. En effet, pour qu'il y ait enrichissement, encore faut-il pouvoir déterminer objectivement le montant maximum du préjudice éventuellement subi. Par conséquent, ce cas de figure n'est possible que si la valeur d'assurance est déterminable. Ainsi, dès lors que la valeur d'assurance est illimitée, le régime de la surassurance et du cumul d'assurances ne peut s'appliquer, quelle que soit la classification du

334. Art. L.121-3 du code des assurances : « Lorsqu'un contrat d'assurance a été consenti pour une somme supérieure à la valeur de la chose assurée, s'il y a eu dol ou fraude de l'une des parties, l'autre partie peut en demander la nullité et réclamer, en outre, des dommages et intérêts.

S'il n'y a eu ni dol ni fraude, le contrat est valable, mais seulement jusqu'à concurrence de la valeur réelle des objets assurés et l'assureur n'a pas droit aux primes pour l'excédent. Seules les primes échues lui restent définitivement acquises, ainsi que la prime de l'année courante quand elle est à terme échu. »

335. Art. L.121-4 du code des assurances : « Celui qui est assuré auprès de plusieurs assureurs par plusieurs polices, pour un même intérêt, contre un même risque, doit donner immédiatement à chaque assureur connaissance des autres assureurs.

L'assuré doit, lors de cette communication, faire connaître le nom de l'assureur avec lequel une autre assurance a été contractée et indiquer la somme assurée.

Quand plusieurs assurances contre un même risque sont contractées de manière dolosive ou frauduleuse, les sanctions prévues à l'article L. 121-3, premier alinéa, sont applicables.

Quand elles sont contractées sans fraude, chacune d'elles produit ses effets dans les limites des garanties du contrat et dans le respect des dispositions de l'article L. 121-1, quelle que soit la date à laquelle l'assurance aura été souscrite. Dans ces limites, le bénéficiaire du contrat peut obtenir l'indemnisation de ses dommages en s'adressant à l'assureur de son choix.

Dans les rapports entre assureurs, la contribution de chacun d'eux est déterminée en appliquant au montant du dommage le rapport existant entre l'indemnité qu'il aurait versée s'il avait été seul et le montant cumulé des indemnités qui auraient été à la charge de chaque assureur s'il avait été seul. »

contrat dans les assurances de dommages ou de personnes : certaines assurances de responsabilité, qui appartiennent aux assurances de dommages, ne sont pas soumises au régime de la surassurance dès lors qu'elles couvrent des responsabilités illimitées.

L'origine de ces régimes stricts vient du souci de ne pas dévoyer l'obligation essentielle du contrat, l'indemnisation d'un préjudice. Cet objectif d'indemnisation, exclusif de toute possibilité d'enrichissement, impose donc l'application d'un régime punitif et/ou correctif.

En pratique, il faut donc que le préjudice soit un préjudice économique, afin qu'il puisse être réparé par une indemnisation comprise dans une fourchette précise ; c'est la condition préalable pour qu'il existe un risque d'enrichissement du souscripteur. Seul un préjudice quantifiable constitue un référent suffisamment précis qui permet de déterminer si le souscripteur est susceptible de s'enrichir. Ainsi, le principe de l'article L. 121-1 du code des assurances ne peut être violé que si le contrat d'assurance couvre un dommage économique.

Par conséquent, la condition préalable à la mise en œuvre du régime de la surassurance, élément du « principe indemnitaire », repose sur la nature du dommage couvert, et non sur les modalités de calcul de la prestation de l'assureur. Prenons comme exemple le contrat d'assurance souscrit par un club de football qui engage un joueur célèbre, dans lequel le club de football est à la fois souscripteur et bénéficiaire, tandis que le joueur est l'assuré. Si ce dernier se blesse, le préjudice subi par le club est économique, parfaitement quantifiable, et donc limité dans son montant. Or, si la prestation est décorrélée des modalités de réparation du droit commun, elle revêt, pour la jurisprudence, un caractère forfaitaire qui exclut *de facto* la mise en œuvre pour l'assureur du recours subrogatoire. Par conséquent, le club peut cumuler la prestation de l'assureur et le dédommagement du responsable, et obtenir une indemnisation dont le montant est supérieur au préjudice subi. La finalité de la garantie est trahie par la possibilité qu'a le club de s'enrichir.

137 Le régime de la sous-assurance³³⁶, par l'application de la règle proportionnelle, est également un correctif lorsque la cause du contrat est viciée. La sous-assurance désigne les cas où l'équivalence des prestations est mise à mal par la déclaration d'une valeur assurée inférieure à la valeur assurable : en effet, si les parties sont libres d'assurer une partie seulement de la valeur assurable, il arrive que cette hypothèse survienne sans que les parties ne l'aient voulue. Dans ce cas-là, l'équivalence des

336. Art. L. 121-5 du code des assurances : « S'il résulte des estimations que la valeur de la chose assurée excède au jour du sinistre la somme garantie, l'assuré est considéré comme restant son propre assureur pour l'excédent, et supporte, en conséquence, une part proportionnelle du dommage, sauf convention contraire. »

prestations est mise à mal par le caractère erroné du calcul des primes par l'assureur, car ce dernier rapporte le risque de sinistre total à une valeur assurée qui ne correspond pas à la totalité de la valeur assurable. Les primes payées ne correspondent donc plus à la valeur assurable, elles sont inférieures à ce que le souscripteur aurait dû payer s'il avait recherché la couverture de l'intégralité de la valeur assurable. L'application de la règle proportionnelle rétablit l'équilibre entre les prestations de chacune des parties en appliquant au montant du dommage le rapport existant entre la valeur assurée et la valeur assurable. Là encore, pour que ces dispositions s'appliquent, il faut que la valeur assurable puisse être objectivement évaluée³³⁷.

2. Le recours subrogatoire de l'assureur contre le tiers responsable

138 Si l'existence ou non d'une valeur d'assurance objectivement déterminable conditionne la mise en œuvre du régime de la surassurance, du cumul d'assurance et de la sous-assurance, le critère déterminant pour l'ouverture du recours subrogatoire à l'assureur à l'encontre d'un tiers responsable est plus problématique. Il convient donc d'étudier le fondement du recours subrogatoire afin de déterminer le critère justifiant sa mise en œuvre.

L'étude de la jurisprudence nous a permis de montrer que le recours subrogatoire était ouvert à l'assureur dès lors que sa prestation constituait une avance sur recours, et était prévue comme tel (critère de la clause prévoyant le recours subrogatoire). En effet, pour qu'une indemnité d'assurance soit calquée sur les modalités de réparation prévues par le droit commun, il faut qu'elle prenne en considération le calcul des sommes que le responsable doit effectivement déboursier, compte tenu des éléments entourant l'accident. L'existence d'un plafond de garantie ne permet pas en revanche d'écarter la subrogation. Ainsi, peu importe que l'indemnité d'assurance soit limitée en amont, dès lors que pour l'essentiel son calcul est basé sur le montant de la réparation que le responsable doit à la victime.

139 Cette solution est justifiée par la technique de la subrogation, qui impose une identité d'objet entre les deux dettes. En effet, la subrogation permet la transmission d'une créance à un tiers, malgré le paiement de la dette³³⁸. La subrogation s'apparente

337. Ces dispositions propres au droit des assurances montrent que l'équivalence entre les prestations de chacune des parties est un élément d'appréciation de la licéité des contrats aléatoires. Voir sur cette question, le chapitre précédent, section 2, 2.

338. J. Mestre a, le premier, analysé la subrogation comme une forme de paiement n'entraînant pas l'extinction de la dette mais sa transmission (J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, L.G.D.J., 1979, seconde partie). Voir également, E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, 2004, p. 470; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*,

à un mode de transmission de la créance, un « paiement translatif », et non extinctif³³⁹. Mme Richard a démontré que le paiement de la dette par un tiers n'éteint pas l'obligation mais au contraire porte en germe une obligation nouvelle, en ce que le paiement ainsi effectué, s'il satisfait matériellement le créancier, n'accomplit pas l'élément devoir du rapport obligatoire³⁴⁰.

Le mécanisme répond donc à une justification morale : comme le débiteur n'a rien acquitté, il demeure tenu, non plus à l'égard du créancier mais à l'égard du tiers qui a acquitté la dette auprès du créancier³⁴¹. En droit des assurances, la subrogation trouve sa justification dans l'idée selon laquelle le responsable du dommage ne doit pas s'enrichir par l'assurance, en obtenant que l'assureur paie sa dette à sa place³⁴².

La fonction translative de la subrogation impose qu'il y ait une identité d'objet entre les deux dettes. En revanche, l'absence d'identité de cause entre les deux obligations n'est pas un obstacle : la Cour de cassation a admis que « l'article 1251 3° est également applicable dans le cas d'obligations dont la cause est distincte »³⁴³. Peu importe donc que la cause de la dette de l'assureur trouve son origine dans le paiement des primes par le souscripteur, et que la cause de la dette du responsable du dommage soit issue du principe de réparation intégrale. Si les deux obligations ont le même objet, alors la subrogation est possible.

140 Il faut donc que les deux dettes indemnisent le même préjudice. L'identité doit porter aussi bien sur la nature du préjudice que sur son évaluation. Or, on l'a vu, l'évaluation du préjudice n'est pas une science exacte ; c'est pourquoi l'identité d'objet entre la dette de l'assureur et celle du responsable ne peut être démontrée que si dans ses termes le contrat d'assurance s'analyse comme une avance sur recours. Ainsi, l'admission du recours subrogatoire exige que l'assurance indemnise le même préjudice que celui provoqué par le responsable. En revanche, si l'assureur indemnise un préjudice distinct, comme par exemple celui de la perte d'un père, qui engendre l'impossibilité pour l'enfant de suivre ses conseils et de recevoir son affection, éléments pourtant essentiels à sa croissance, et qui font partie de son éducation, tandis que la dette du responsable compense la suppression de la source de financement pour

P.U.F., coll. Thémis, Droit, 3e éd., 2012, p. 570 ; A. RICHARD, *Le paiement de la dette d'autrui*, préf. Jean-Baptiste Donnier, P.U.A.M., 2007.

339. C. POPULIN-DESCHAMPS, *La cause du paiement, une analyse innovante du paiement et des modes de paiement*, préf. A. Prüm, éd. Larcier, coll. de la faculté de droit, d'économie et de finance de l'université du Luxembourg, 2010, p. 348, §360.

340. A. RICHARD, *Le paiement de la dette d'autrui* cit..

341. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral* cit., p. 569-570.

342. B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances* cit., §454.

343. Cass. civ. 1re, 25 nov 2009, pourvoi n°08-20.438, *Bulletin* 2009, I, n° 237.

l'éducation de l'enfant, alors les dettes n'ont pas le même objet et l'assureur ne peut être subrogé dans les droits de la victime.

Conclusion

141 La garantie est une notion complexe ; nous avons tenté de la définir dans le cadre de la cause de l'engagement du souscripteur. Dans cette perspective, elle recouvre l'intérêt d'assurance, c'est-à-dire l'intérêt qu'a le souscripteur à la non-réalisation du risque. La garantie exprimée dans le contrat d'assurance est donc la recherche d'une indemnisation en cas de réalisation d'un événement susceptible de porter atteinte au niveau d'un patrimoine.

Ainsi, la fonction indemnitaire est le propre des contrats d'assurance. Il ne faut cependant pas confondre la fonction indemnitaire et le régime indemnitaire, car si la fonction concerne tous les contrats, le régime n'est applicable qu'à certains contrats d'assurance : ainsi, les règles relatives à la sous-assurance, la surassurance et au cumul d'assurances ne sont applicables qu'aux contrats qui couvrent des dommages objectivement quantifiables. Quant au recours subrogatoire, il ne peut être mis en œuvre que si la dette de l'assureur et la dette du responsable du dommage ont exactement le même objet, c'est-à-dire qu'elles indemnisent le même préjudice, en nature et dans son montant. Ainsi, la mise en œuvre du régime indemnitaire dépend de considérations purement pratiques.

Conclusion du titre I

142 Nous avons effectué une première tentative de définition de la cause du contrat d'assurance. Cette cause est la recherche d'une chance de gain ou d'un risque de perte corrélatifs en vue de l'indemnisation d'un préjudice. Ainsi, les deux premiers critères de distinction du contrat d'assurance sont son caractère aléatoire, et l'intérêt d'assurance, entendu comme la recherche par le souscripteur de l'indemnisation d'un préjudice.

Néanmoins, la notion de garantie ne se limite pas à l'intérêt d'assurance. En effet, le régime indemnitaire qui en découle n'est pas applicable à l'ensemble des contrats d'assurance. De plus, lorsqu'il est applicable, c'est en raison de considérations pratiques et techniques, et non au regard de considérations propres à la nature même du contrat.

143 Enfin, l'intérêt d'assurance est la cause de l'engagement du souscripteur, et non de l'assureur. Par conséquent, la définition du contrat d'assurance appelle l'identification d'un élément supplémentaire, puisqu'en l'absence de ce critère, la finalité socio-économique du contrat demeure mystérieuse. Il nous est donc encore impossible, malgré l'identification de ces deux éléments, le caractère aléatoire et l'intérêt d'assurance, d'associer au contrat d'assurance un régime adéquat.

La cause de l'engagement du souscripteur étant la recherche de l'indemnisation d'un préjudice, la cause de l'engagement de l'assureur consiste en la perception de la prime en vue de fournir une garantie. Il faut donc à présent de préciser ce que recouvre cette obligation, ce que nous essaierons de faire dans le titre suivant (titre II : Un contrat aléatoire de garantie fondée sur la mutualisation des risques).

Titre II

Un contrat aléatoire de garantie
fondée sur la mutualisation des
risques

144 Deux éléments permettent de qualifier le contrat d'assurance : son caractère aléatoire et sa fonction de garantie, la cause du souscripteur étant la recherche d'une indemnisation. Néanmoins, à ces deux éléments, il faut encore adjoindre la cause de l'engagement de l'assureur, afin de déterminer la cause typique du contrat. Or, cette dernière appelle des éclaircissements.

Certes, elle semble évidente à première vue, car le contrat d'assurance est conclu à titre onéreux : l'assureur s'engage en vue de percevoir une prime ou une cotisation. Néanmoins, une telle définition est très insuffisante pour permettre l'élaboration de la définition de la cause typique du contrat, en ce qu'elle ne permet pas d'établir de distinction entre les contrats d'assurance et d'autres contrats conceptuellement proches (chapitre 1).

145 Nous avons vu que le contrat d'assurance était un contrat aléatoire de garantie. La garantie fait partie intégrante de la définition de la cause de l'engagement du souscripteur, et se définit comme la recherche de l'indemnisation d'un préjudice. La qualification du contrat d'assurance implique la nécessité de préciser la cause de l'engagement de l'assureur, qui ne se limite pas à la perception d'une somme d'argent. Il faut l'associer également à la notion de garantie, selon des modalités qui nous restent à définir (chapitre 2).

Chapitre 1

L'insuffisance de la définition du contrat d'assurance comme contrat aléatoire de garantie

146 Le contrat d'assurance étant conclu à titre onéreux, la cause de l'engagement de l'assureur est la perception d'une prime ou d'une cotisation. Or, une telle cause étant identique dans tous les contrats onéreux, elle ne constitue pas un critère de qualification. La définition du contrat d'assurance reposerait donc exclusivement sur les critères que nous avons identifiés précédemment, c'est-à-dire le caractère aléatoire du contrat et l'intérêt d'assurance, ce dernier impliquant une recherche de la cause de l'engagement du souscripteur.

147 Néanmoins, la mise à l'épreuve de ces deux critères révèle leurs limites : ils ne permettent pas d'exprimer la finalité socio-économique du contrat d'assurance, exprimée par la cause du contrat, puisque les causes de l'engagement de chaque partie ne concordent pas vers un même but, qui devrait être celui de la recherche d'une garantie. Ainsi, il convient de préciser le contenu de la cause de l'engagement de l'assureur, ce qui n'est pas sans soulever des difficultés (1). Nous verrons qu'il est nécessaire d'inclure le souhait de fournir une garantie dans la définition de cette cause. Néanmoins, un nouvel obstacle se dresse alors : l'impossibilité d'associer la notion de garantie à un contenu obligationnel précis (2).

Section 1

Les difficultés pour définir la cause de l'engagement de l'assureur

148 La fonction socio-économique du contrat est un concept dont l'intégration dans la sphère juridique ne semble pas poser de difficulté *a priori*. Ainsi, un contrat de vente entraîne un transfert de propriété en échange du versement d'un prix, un contrat de louage d'ouvrage, la réalisation d'un service par une personne, et un contrat de bail, la mise à disposition d'un bien en vue de son usage. En effet, point n'est besoin d'être un grand spécialiste pour avoir une idée de l'impact économique que la conclusion d'un contrat peut engendrer. C'est probablement la raison pour laquelle les auteurs qui proposent l'intégration de la finalité des contrats dans des concepts juridiques classiques, comme Mme Rochfeld, qui envisage la cause typique comme une « cause-finalité »³⁴⁴, et Mme Lucas-Puget, qui définit l'objet du contrat comme la finalité concrétisée de l'opération³⁴⁵, ne soulèvent pas ou peu le problème de la définition de la finalité socio-économique du contrat³⁴⁶.

149 Cependant certains cas présentent des difficultés ; ainsi en va-t-il de la détermination de la finalité socio-économique du contrat d'assurance. En effet, si l'on se contente de définir la cause de l'engagement de l'assureur comme le souci de percevoir une somme d'argent, de sorte que la notion de garantie est exprimée seulement dans la cause de l'engagement du souscripteur, les finalités recherchées par les parties ne concordent pas vers le même but. Dans cette hypothèse, la distinction entre les contrats aléatoires de garantie et les contrats aléatoires de spéculation repose sur la seule recherche, par le souscripteur, d'une indemnisation. Or, en pratique, la cause de l'engagement du souscripteur est souvent malaisée à déterminer, car il existe des hypothèses dans lesquelles la frontière entre l'intention de se garantir et celle de spéculer est mince. Il est alors impossible de distinguer les deux types de contrat, dont l'objet est identique (§1).

Deux solutions s'offrent alors : soit l'on ignore délibérément les hypothèses où il est difficile de distinguer la volonté de se garantir de celle de spéculer, et l'on

344. J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat* cit..

345. A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat* cit..

346. *ibid.*, p. 201 et s.. Sur cette question, voir également M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, *Economica*, préf. L. Aynès, 2002, p. 98 et s.

fonde le critère distinctif du contrat d'assurance sur la seule prestation de l'assureur, définie comme la prestation caractéristique ; soit l'on définit la cause de l'engagement de l'assureur comme le souhait de fournir une garantie, afin d'associer la finalité socio-économique du contrat à cette notion. Cette démarche implique néanmoins d'adopter une définition souple de la cause (§2).

§1 La nécessité de spécifier le contenu de la cause de l'obligation de l'assureur

150 Si l'on se contente de définir la cause de l'obligation de l'assureur comme le souci de percevoir une prime ou une cotisation, alors il est impossible d'opérer une distinction entre les contrats d'assurance et les paris. En effet, les deux types de contrats présentent le même objet (A) ; en témoignent les contrats financiers, dont le classement dans la catégorie des contrats de garantie ou des contrats de spéculation est non seulement impossible, mais également dépourvu d'intérêt pratique (B).

A L'identité d'objet entre les contrats aléatoires de garantie et les contrats aléatoires de spéculation

151 Mme Lucas-Puget distingue trois objets possibles du contrat³⁴⁷ : l'échange, la fourniture de prestations ou une opération procédant de l'association de prestations.

Dans le schéma de l'échange, est intégré l'ensemble des opérations fondées sur la réciprocité, et structurées par le principe de contrepartie. Les exemples donnés sont la vente, le bail, le contrat d'entreprise, le mandat onéreux et le dépôt onéreux.

La fourniture d'une ou plusieurs prestations est la catégorie naturelle des contrats conclus à titre gratuit³⁴⁸. L'absence de contrepartie est volontaire, de sorte que la finalité globale poursuivie par les parties s'épuise dans la fourniture d'une ou plusieurs prestations d'une partie au profit de l'autre.

La finalité procédant de l'association de prestations sert de catégorie résiduelle. Ce genre « est un instrument d'alliance en ce sens que, par son intermédiaire, des protagonistes qui se trouvent des intérêts immédiats convergents, se donnent les moyens d'agir pour la réalisation d'un objectif commun.³⁴⁹ » Les exemples donnés sont, entre autre, le contrat de société, les contrats-cadre, le partage, la transaction.

347. A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat* cit., p. 216 et s.

348. *ibid.*, §409.

349. *ibid.*, §419.

152 Aucune de ces trois catégories ne semble offrir les caractéristiques satisfaisantes pour accueillir les contrats aléatoires. En effet, les deux dernières catégories sont aisées à écarter, dans la mesure où elles ne correspondent pas du tout au schéma structurel des contrats aléatoires. En revanche, se pose la question de leur classification dans la catégorie des échanges. Cependant, cette proposition doit être écartée. En effet, Mme Lucas-Puget insiste sur les liens très étroits qui unissent l'objet d'échange et la structure contractuelle : « par une correspondance ici caractéristique la réciprocité structurelle traduit la réciprocité voulue »³⁵⁰. La réciprocité invoquée est celle qui repose sur l'échange de contreparties. Ces dernières constituent l'objet des obligations, dont la somme concrétisée forme l'objet du contrat. Or, les contrats aléatoires reposent sur un principe de mise en concurrence (si je gagne, tu perds ; si tu gagnes, je perds), exact opposé d'une réciprocité qui implique l'idée d'une opération positive pour chacune des parties. Par conséquent, ils ne peuvent avoir le même objet que ceux classés dans la catégorie d'« échange » proposée par Mme Lucas-Puget.

Certes, la concurrence mise en œuvre dans les contrats aléatoires est un moyen au service de la satisfaction des deux parties. Néanmoins, cette satisfaction ne s'intègre pas dans le schéma structurel du contrat, et encore moins dans sa finalité concrétisée, objet du contrat dans la théorie de l'auteur. Si les parties n'ont pas pris la peine de contractualiser la finalité spécifique qu'elles recherchent, alors cette dernière est nécessairement reléguée dans les mobiles : c'est, par exemple, le plaisir du jeu. Les contrats aléatoires forment donc bien au maximum deux catégories de contrats (contrats aléatoires de garantie, contrats aléatoires de spéculation), au sein desquelles les motivations contractualisées des parties peuvent tracer les contours d'autres contrats aléatoires. M. Terré en présente un exemple très parlant dans sa thèse³⁵¹. Dans un arrêt rendu par la Cour de Bordeaux, le 4 février 1833³⁵², « un héritier naturel et un tiers, légataire présumé du défunt, avaient contracté l'obligation de se payer réciproquement une certaine somme, suivant que l'on trouverait ou non un testament sous les scellés. L'héritier naturel, en l'espèce la soeur du défunt, s'engageait à payer cette somme à la veuve, laquelle s'engageait à la payer à sa belle-soeur au cas où l'on trouverait parmi les papiers du défunt un testament l'instituant légataire universelle. Les scellés furent levés et aucun testament ne fut découvert. La soeur du défunt demeurait héritière. Elle se refusa à payer la somme promise et invoqua en justice l'exception de jeu. Cette prétention ne fut pas admise par la Cour de Bordeaux, qui refusa de voir dans le contrat passé un jeu ou un pari et se contenta d'y voir « un contrat aléatoire » parfaitement valable et muni d'action. Cette solution équitable se

350. *ibid.*, §407.

351. F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* cit., §289.

352. *DP* 1834-2-38, *préc. cit.*

justifie sur le plan des principes par le choix d'une autre qualification que celle de jeu ou de pari. Or la différence était bien tenue. L'apparition d'une nouvelle qualification s'effectuait, ici encore, rapidement. La cause du contrat examinée, celle du jeu et celle du pari étaient infiniment voisines. Néanmoins, l'importance attribuée à cette différence de mobile permettait de consacrer une nouvelle qualification, d'ailleurs innommée, au sein du groupe des contrats aléatoires. »

153 Nous irons plus loin : dans la mesure où l'objet des contrats aléatoires repose toujours sur une mise en concurrence, et est par conséquent identique, la finalité concrétisée du contrat d'assurance se distingue très difficilement de celle d'un pari à l'échelle du contrat lui-même. L'impact socio-économique d'un contrat aléatoire de garantie est peu ou prou semblable à celui d'un contrat de spéculation, dès lors que l'on s'en tient à l'observation des effets des seuls contrats³⁵³. Pour les distinguer, c'est-à-dire caractériser l'effet de garantie et donc le maintien au niveau du patrimoine d'une des parties, il faut interroger l'environnement économique dans lequel le contrat a été souscrit, dans le cadre d'une recherche allant bien au-delà des impacts directs causés par ce dernier.

C'est le cas pour les contrats financiers, dont l'étude détaillée permet de démontrer, d'une part, qu'il est souvent impossible de les distinguer des contrats d'assurance, d'autre part, que cette recherche n'est pas pertinente juridiquement, dans la mesure où, trop large, elle ne permet pas de dégager des observations utiles pour la détermination de leur régime (B).

B L'exemple des contrats financiers

154 Les contrats financiers, appelés également les produits dérivés, sont des instruments financiers dont la valeur financière fluctue en fonction de la variation du prix d'un autre actif appelé le sous-jacent. Ces contrats peuvent prendre plusieurs formes : les contrats à terme ferme, les contrats optionnels, les contrats d'échange et les dérivés de crédit³⁵⁴.

La qualification de ces contrats est objet de débats ; néanmoins, la majorité des auteurs s'accorde à dire qu'il s'agit de contrats *sui generis*³⁵⁵. Cette affirmation

353. En effet, sur le plan macroéconomique, les effets sont extrêmement différents. Néanmoins, l'observation des impacts des contrats à une plus grande échelle implique de prendre en considération les opérations de mutualisation des risques pratiquées par les assureurs, ce que nous ferons dans le chapitre suivant.

354. A.-D. MERVILLE, *Droit financier*, Gualino, Lextension éditions, 2015, p. 243.

355. S. Praicheux parle de conventions de transfert de risque (S. PRAICHEUX, « Instruments financiers à terme », *Dalloz Rép. Soc.*, 2015, n°94).

est justifiée, comme notre étude tentera de le démontrer. Il demeure que se pose la question du rapprochement avec les contrats d'assurance, dans la mesure où il s'agit de contrats aléatoires. Il semble évident qu'ils trouvent leur place dans les contrats de spéculation ; néanmoins, ce n'est pas toujours le cas, car il existe des hypothèses fréquentes dans lesquelles ils jouent également un rôle de garantie. En réalité, leur finalité est déterminée selon les liens patrimoniaux existants entre l'opérateur et le sous-jacent. En effet, « lorsque l'opérateur a l'intention d'acheter le sous-jacent ou le possède déjà, il cherche alors à se couvrir sur le marché³⁵⁶ », de sorte que le contrat financier est un contrat aléatoire de garantie, tout comme l'est le contrat d'assurance. Si en revanche, l'opérateur ne possède qu'une position sur le produit dérivé, il spéculé, car il recherche un effet de levier, et non une couverture du marché³⁵⁷.

La qualification des contrats financiers comme paris (c'est-à-dire comme contrats aléatoires de spéculation) s'impose au travers de l'évolution législative et jurisprudentielle qu'ont connue ces contrats : dans un premier temps, la jurisprudence³⁵⁸, a admis de faire échapper ces contrats au champ d'application de l'article 1965 du code civil, qui prive les jeux et paris de toute action, dès lors que le marché n'était pas purement « fictif » : l'opération portant sur des titres tombait sous le coup de l'exception de jeu, si le contrat se concluait par le versement d'un différentiel de cours. En revanche, la possession des titres, qui impliquait la livraison effective du sous-jacent, échappait à cette exception.

Le législateur est intervenu avec la loi du 28 mars 1885 qui énonçait : « Tous marchés à terme sur effets publics et autres, tous marchés à livrer portant sur valeurs mobilières, denrées ou marchandises ainsi que tous marchés sur taux d'intérêt sont réputés légaux. Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'article 1965 du code civil, lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence. » Le champ d'application de ce texte a été étendu par trois interventions législatives, la première avec la loi 85-695 du 11 juillet 1985 qui a modifié l'article 1 de la loi du 28 mars 1885 en incluant dans son champ d'application les marchés portant sur des valeurs mobilières et ceux portant sur des taux d'intérêt, puis la loi 91-716 du 26 juillet 1991 qui a fait entrer les marchés sur indices et sur devises ; enfin la loi de « modernisation des activités financières » (MAF) 96-597 du 2 juillet 1996 a abrogé et récrit l'article. Désormais, l'article L. 211-35 du code monétaire et financier³⁵⁹ dispose que « nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui résultent de contrats financiers, se prévaloir de l'article 1965

356. A.-D. MERVILLE, *Droit financier* cit., p. 244.

357. *ibid.*, p. 244.

358. Cass. civ. 7 nov. 1876, *D.P.* 1879. 5. 148 ; Req. 21 août 1882, *D.P.* 1883. 1. 258.

359. Anciennement art. L. 432-20 CMF.

du code civil, alors même que ces opérations se résoudraient par le paiement d'une simple différence ». Ces interventions législatives, loin d'écartier la possibilité de qualification en pari, ne font que la renforcer : en effet, elles ont eu comme finalité celle d'écartier la mise en œuvre d'un point essentiel du régime des jeux et paris, appelé l'exception de jeu. Les termes mêmes de la loi expriment sans ambiguïté qu'il s'agit d'une dérogation légale.

Néanmoins, les auteurs insistent sur la fonction de couverture que servent ces contrats. Ainsi, si la qualification de pari est indiscutable, elle ne permet pas d'embrasser toutes les causes des contrats financiers. Il convient donc d'exposer synthétiquement leur fonctionnement (1.) avant d'envisager d'autres qualifications (2.). Nous verrons que celle de contrat aléatoire de garantie s'impose aux côtés de celle de pari.

1. Description synthétique des contrats financiers

a) *Les contrats à terme ferme*

155 Un contrat à terme (*futures* en anglais) est un engagement ferme de la part d'un vendeur de livrer une quantité déterminée d'un actif sous-jacent, dans des conditions fixées à l'avance, la date et le lieu étant donnés, l'acheteur s'engageant à prendre livraison de l'actif sous-jacent et d'en régler le prix. Néanmoins, le plus souvent, le contrat à terme ferme se dénoue par différence de cours, soit parce que le sous-jacent est fictif (indice), soit parce que c'est le mode de dénouement prévu par les parties au contrat, ou par les règles de l'entreprise de marché qui la déterminent³⁶⁰.

Ces contrats sont nés dans un contexte où la variation de prix des marchandises remettait constamment en cause les prévisions des industriels. C'est donc la nécessité de se prémunir contre ces fluctuations qui ont donné lieu aux premiers contrats à terme ferme. Le vendeur, en acceptant de fournir dans un délai convenu et à un prix convenu une certaine quantité de marchandise, assume le risque de variation des prix³⁶¹. Ainsi, si la valeur de l'actif sous-jacent a diminué entre le moment de conclusion du contrat et le moment où la chose doit être livrée, le vendeur réalise une bonne affaire, puisqu'il vend la marchandise à un prix supérieur à celui du marché ; l'acquéreur, en revanche, en réalise une mauvaise, puisqu'il paie la marchandise à un prix supérieur à celui qu'il aurait payé s'il l'avait achetée à la date de la livraison stipulée. L'avantage entre l'acheteur et le vendeur s'inverse lorsqu'en revanche, le cours de l'actif sous-jacent a augmenté.

360. S. PRAICHEUX, « Instruments financiers à terme » cit., n° 27.

361. A.-D. MERVILLE, *Droit financier* cit., p. 247.

Ainsi, au moment de la conclusion du contrat, le vendeur et l'acquéreur courent une chance de gain ou un risque de perte corrélatifs (si l'un gagne, l'autre perd). Il s'agit donc de contrats aléatoires.

b) *Les contrats optionnels*

156 L'option se définit comme un produit dérivé qui établit un contrat entre un acheteur et un vendeur : l'acheteur paie une somme d'argent appelée prime (*premium*) en échange du droit d'acheter (*call*) ou de vendre (*put*) un actif sous-jacent à un prix fixé à l'avance, pendant un temps donné ou à une date fixée.

Le contrat est aléatoire puisque chacune des parties au contrat court une chance de gain ou un risque de perte corrélatif au gain ou à la perte de son co-contractant : en effet, l'acquéreur de l'option verse une prime ou *premium*, somme fixe, dont le montant constitue le maximum de la perte qu'il est susceptible d'essuyer. Son gain maximum est en revanche théoriquement illimité, ou limité au prix d'exercice diminué de la prime pour un *put* dont le sous-jacent ne peut avoir un prix négatif. Corrélativement, le vendeur d'une option voit son gain maximum limité à la prime qu'il reçoit. En revanche, sa perte peut être illimitée ou en revanche limitée, s'il s'agit de la vente d'un *put* dont le sous-jacent ne peut pas avoir un prix négatif.

Comme tout contrat aléatoire, les options sont soit des contrats de spéculation, soit des contrats de garantie.

Il s'agit de contrat de garantie dès lors que l'acquéreur de l'option cherche à se protéger d'une hausse (*call*) ou d'une baisse (*put*) du cours de l'actif sous-jacent, de sa volatilité, ou bien de la combinaison des deux. Imaginons le cas d'un raffineur de pétrole qui anticipe une hausse importante du cours du prix du pétrole : l'achat de *calls* lui garantit la possibilité d'acheter des barils à un prix intéressant pour lui. Un autre exemple : un investisseur détient dans son portefeuille des actions de la société Y. Il souhaite se prémunir contre une baisse importante du cours de ces actions : l'achat de *puts* lui garantit la possibilité de vendre ces actions à un prix fixé par lui et non par le marché, de sorte que la valeur de son portefeuille ne sera pas affectée.

En revanche, en l'absence d'intérêt d'assurance, c'est-à-dire d'intérêt patrimonial³⁶² à se protéger contre la survenance du dommage, l'option est un contrat de spéculation, qui permet à l'acquéreur de jouer sur une baisse ou une hausse de l'actif sous-jacent, ou de sa volatilité ; le vendeur, pour sa part, court la chance de récupérer la prime en cas de stabilité du marché.

362. L'hypothèse de l'intérêt affectif n'est pas probable.

c) *Les contrats d'échange*

157 Les contrats d'échange sont essentiellement des contrats d'échange de flux d'intérêts ou de devises, appelés également échanges financiers ou *swaps*³⁶³. Dans ces contrats, les parties s'engagent à échanger entre elles des actifs ou des flux financiers liés à des opérations déterminées. Il peut s'agir d'un échange d'une dette comportant certaines caractéristiques contre une autre dette ayant des caractéristiques différentes. Dans les *swaps* de taux, les parties s'engagent à se verser réciproquement les flux financiers correspondant au paiement des intérêts dus au titre des deux emprunts libellés dans la même devise. Dans les *swaps* de devises ou de change, il y a échange d'une devise contre une autre dans une opération au comptant et l'autre à terme dans le sens opposé. La différence entre les cours à terme et le cours au comptant de l'une des devises par rapport à l'autre, qui correspond au différentiel d'intérêt entre les deux devises sur la période considérée, est appelée report si cette différence est positive, déport dans le cas contraire. Ainsi, les parties anticipent chacune, en sens inverse, une évolution de cours. Au moment de la conclusion du contrat, les contractants ignorent qui sera débiteur et qui sera créancier du règlement aux échéances convenues. Par conséquent, les contrats d'échange sont des contrats aléatoires.

Les *swaps* peuvent servir deux objectifs différents, qui sont soit la couverture d'un risque, soit le souci de spéculer, sur certaines devises par exemple. Selon l'intention de l'utilisateur du *swap*, il peut donc s'agir soit d'un contrat aléatoire spéculatif, soit d'un contrat aléatoire de garantie.

d) *Les dérivés de crédit*

158 Un dérivé de crédit est un produit dérivé dont le sous-jacent est un actif de type crédit, c'est-à-dire une créance ou un titre représentatif d'une créance, comme une obligation. Le dérivé de crédit permet de transférer les risques relatifs au crédit, sans transférer l'actif lui-même. « Un dérivé de crédit permet à un « originateur » ou acheteur de protection de transférer le risque lié à un actif de type crédit (dont il est ou non le détenteur) à une ou plusieurs contreparties, les vendeurs de protection³⁶⁴ ». Les dérivés de crédit sont utilisés par les banques afin de diversifier leurs portefeuilles de crédit sans sortir de leur créneau habituel : ainsi par exemple, deux banques, l'une spécialisée dans le crédit au secteur agricole, et l'autre dans le crédit à l'industrie,

363. Les développements qui suivent doivent beaucoup à l'ouvrage de Mme Merville, *cit.*, p. 249.

364. *ibid.*, p. 250.

peuvent acheter chacune une part des revenus liés au portefeuille de l'autre. Comme le note Mme Merville, les dérivés de crédit permettent de se couvrir contre le risque de défaut des contreparties ; lorsqu'ils sont utilisés par des emprunteurs, comme des émetteurs d'obligations, ils permettent de se couvrir contre d'éventuelles fluctuations des conditions de marché qui pourraient amener une dégradation de leur financement.

Plusieurs formes de dérivés de crédit existent, parmi lesquelles on trouve le *credit default swap* (CDS) dont les modalités sont très proches d'un contrat d'assurance : le vendeur de protection s'engage, contre le versement d'une prime, à dédommager l'acheteur en cas d'événements négatifs sur son portefeuille.

2. Les qualifications envisageables

159 Trois hypothèses de qualification sont envisageables : le pari, que nous avons déjà admis, le contrat d'assurance et la vente. Cette dernière qualification n'est pas satisfaisante, contrairement à celle de contrat d'assurance.

a) *Exclusion de la qualification comme contrats de vente*

160 La distinction entre les contrats financiers et les ventes ne pose pas de difficulté particulière, si l'on garde à l'esprit la distinction entre l'*emptio rei speratae* et l'*emptio spei* : dans le premier cas, la vente de la chose espérée, les parties s'accordent pour que l'une d'entre elles acquière la chose à un moment $t+1$, et le contrat est conditionnel. Dans l'*emptio spei*, les parties se mettent d'accord sur une chose et un prix, sachant pertinemment que la chose n'existe pas encore, et peut ne jamais exister : le contrat est aléatoire.

Le fait que le sous-jacent soit livré ou non n'est donc pas le critère discriminant³⁶⁵. En effet, les parties courent corrélativement une chance de gain ou un risque de perte, quel que soit le mode de dénouement du contrat, dès lors que le prix a été fixé à l'avance, et que l'engagement de payer est ferme : le paiement par différentiel ou la livraison du sous-jacent constituent des valeurs financières qui sont toutes les deux susceptibles d'engendrer une perte ou un gain.

Le régime applicable aux contrats sur marchandises confirme cette analyse. Dans un premier temps, l'article L.211-1 II 4° du code monétaire et financier, tel qu'issu de

365. *Contra* S. PRAICHEUX, « Instruments financiers à terme » cit., §85 et T. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, Economica, 2010, p. 229, et n°163, p. 248, qui distinguent les ventes financières à terme et les paris financiers, selon le mode de dénouement de l'opération.

la loi du 2 juillet 1996, ne retenait parmi les instruments financiers que les contrats à terme sur toutes marchandises ou denrées qui ne donnaient pas lieu à livraison. La jurisprudence avait ajouté un critère supplémentaire : il fallait que l'opération présente un caractère spéculatif³⁶⁶. La solution n'étant pas satisfaisante, puisqu'elle niait tout caractère spéculatif ou de couverture aux contrats se dénouant par la livraison physique du sous-jacent, le législateur est intervenu à nouveau avec l'article 91, 1° de la loi Sécurité financière 2003-706 du 1er août 2003, codifié à l'article L. 211-1, II, 4, qui posait deux critères alternatifs : « Les instruments financiers à terme sont : (...) Les instruments financiers à terme sur toutes marchandises, soit lorsqu'ils font l'objet, en suite de négociation, d'un enregistrement par une chambre de compensation d'instruments financiers ou d'appels de couvertures périodiques, soit lorsqu'ils offrent la possibilité que les marchandises sous-jacentes ne soient pas livrées moyennant un règlement monétaire par le vendeur. » Enfin, la transposition de la directive MIF³⁶⁷ a permis de reprendre et d'élargir ces critères : ceux-ci sont désormais au nombre de trois :

- L'article D. 211-1 A 2° du code monétaire et financier énonce que les contrats sur marchandises sont des contrats financiers lorsqu'ils doivent être réglés en espèces ou peuvent être réglés en espèces à la demande d'une des parties autrement qu'en cas de défaillance ou d'autre incident conduisant à la résiliation.
- Les contrats de marchandises qui se règlent par livraison physique sont également des contrats financiers à condition qu'ils soient négociés sur un marché réglementé ou un système multilatéral de négociation³⁶⁸ ;
- Enfin, ces contrats sont financiers s'ils ne sont pas destinés à des fins commerciales, et présentent les caractéristiques d'autres instruments financiers à terme, en tenant compte de ce que, notamment, ils sont compensés et réglés par l'intermédiaire d'une chambre de compensation reconnue ou font l'objet d'appels de couvertures périodiques³⁶⁹.

Le premier critère est relatif au dénouement du contrat. Il implique que la cause du contrat soit identique, quel que soit le support de son dénouement : par livraison physique du sous-jacent ou par paiement différentiel. La solution est logique, si l'on analyse les contrats financiers comme des contrats aléatoires de spéculation ou de garantie : la finalité spéculative ou de couverture est aussi bien servie par une prestation en nature que par un paiement³⁷⁰.

366. CA Paris, 14 juin 2011, *Rev. soc.* 2002, n°101, obs. T. Bonneau.

367. Directive 2004/39/CE du 21 avril 2004.

368. Art. D. 211-1 A 3° CMF.

369. Art. D. 211-1 A 4° CMF.

370. *cf. supra.*

Les deux critères suivants semblent moins pertinents, en ce qu'ils font dépendre la qualification du contrat des conditions extérieures dans lesquelles il se noue. Néanmoins, il ne s'agit là que d'une apparence ; en réalité, le recours à une chambre de compensation ou l'appel de couvertures périodiques permettent d'influer sur le dénouement-même du contrat : en effet, la compensation consiste en l'agrégat de toutes les positions sur un produit ou un actif et permet ainsi l'expression d'un solde et de flux à donner ou à recevoir. Ainsi, l'existence d'une chambre de compensation permet aux souscripteurs de recourir à un paiement par différentiel, même si le contrat a été négocié de gré à gré. Quant au système d'appel de couvertures périodiques, il s'agit d'un mécanisme consistant à calculer sur les marchés réglementés quotidiennement un cours de compensation, correspondant au cours auquel se dénouerait l'instrument s'il devait être exécuté ce jour-là. Le cours est ensuite comparé au cours précédent, et s'il a baissé, l'acheteur doit créditer son compte d'une valeur au moins égale à la différence (la marge) ; s'il a augmenté, c'est le vendeur qui doit payer la marge. Au moment de l'échéance, le contrat se dénoue par le versement de la dernière marge appelée³⁷¹. Ce mécanisme de protection permet en définitive de dénouer le contrat par le paiement d'un différentiel si le donneur d'ordre est, le jour de l'échéance, dans l'incapacité d'exécuter le contrat.

En conclusion, les contrats de marchandises sont des contrats financiers qui se distinguent de contrats de vente dès lors qu'ils peuvent se dénouer de façon alternative, par le paiement d'un différentiel ou par la livraison effective du sous-jacent. Cette solution légale s'explique par la cause du contrat : dans le contrat de vente, une partie paie un prix afin de se voir transférer la propriété de la chose. Dans le contrat aléatoire de spéculation ou de garantie, les parties s'engagent dans l'espoir d'obtenir un gain tout en courant un risque de perte. Or, le gain ou la perte peuvent s'incarner dans n'importe quelle valeur financière. L'alternative légale offertes aux contrats de marchandises met en lumière cette indifférence.

b) *Refus de la qualification comme contrats d'assurance*

161 La qualification des contrats financiers comme contrat d'assurance semble théoriquement justifiée dans certains cas, en ce qu'ils peuvent être analysés comme des contrats aléatoires de garantie ; néanmoins, cette qualification n'est pas satisfaisante, car elle ne permet pas de justifier le régime auquel ces contrats sont soumis. La qualification de contrats *sui generis* s'impose alors.

371. *ibid.*, p. 233.

162 **Une qualification théoriquement justifiée.** Selon certains auteurs, la question de la qualification des contrats financiers comme contrats d'assurance se pose essentiellement pour les contrats à terme ferme, et surtout pour les dérivés de crédit. En revanche, les options seraient exclues de cette qualification, en raison du fait que « les engagements réciproques de l'assureur et de l'assuré sont fermes dès l'origine du contrat »³⁷². Il en serait de même avec les contrats d'échange (*swaps*), qui se distingueraient des contrats d'assurance en raison de l'absence de paiement d'une prime³⁷³.

163 Il convient d'approfondir ces deux problèmes avant d'étudier plus en détail les obstacles à la qualification des autres contrats financiers comme contrats d'assurance :

- L'exclusion des options procède d'une confusion entre les contrats conditionnels et les contrats aléatoires. En effet, elle est soutenue par l'idée que les contrats financiers optionnels impliqueraient des engagements non fermes au moment de la conclusion du contrat. Cette analyse est erronée. Selon la théorie générale des contrats, seuls les contrats conditionnels présentent des engagements non fermes au moment de la conclusion du contrat, puisque l'exécution d'une des obligations au moins est soumise à la survenance ou à la non-survenance d'un événement futur et incertain³⁷⁴. Ainsi, affirmer que les contrats optionnels présentent des engagements non fermes revient à les qualifier de contrats conditionnels. Mais puisque ces contrats permettent l'acquisition d'un droit (droit d'acheter ou de vendre à un prix déterminé au moment de la conclusion du contrat), il ne pourrait s'agir que de contrats conclus au regard d'une condition potestative. Or, l'obligation contractée sous une condition potestative est nulle³⁷⁵.

En réalité, les engagements des parties sont bien fermes au moment de la conclusion du contrat. Il s'agit, comme nous l'avons expliqué *supra*, non pas de contrats conditionnels, mais de contrats aléatoires, permettant à un acheteur d'acheter ou de vendre un sous-jacent à un prix déterminé à l'avance en échange du paiement d'une prime. Il n'y a donc pas d'obstacle au rapprochement entre les contrats optionnels et les contrats d'assurance.

- Si les contrats d'échange se distinguent des contrats d'assurance, ce serait en

372. S. AGBAYISSAH et M.-A. LEPAGE, « Les "caps", "floors" et "collars" à l'épreuve d'une qualification en opération d'assurance », *Revue de droit bancaire et de la bourse*, 1996, n°58, p. 224 et S. PRAICHEUX, « Instruments financiers à terme » cit., n° 86.

373. S. AGBAYISSAH et M.-A. LEPAGE, « Les "caps", "floors" et "collars" à l'épreuve d'une qualification en opération d'assurance » cit..

374. Art. 1168 à 1183 c. civ. Voir sur la question A. BÉNABENT, *Droit des obligations* cit., p. 255 et s.

375. Art. 1174 c. civ.

raison de l'absence de paiement de prime. Or le paiement de la prime (entendue comme somme d'argent) dans les contrats d'assurance n'est pas un élément caractéristique du contrat, puisque l'obligation de verser une somme d'argent se retrouve dans presque tous les contrats³⁷⁶. Ce qui constitue en revanche un élément nécessaire à la qualification d'un contrat comme contrat d'assurance est son caractère onéreux, puisque le contrat conclu à titre gratuit échappe forcément à la qualification de contrat aléatoire, une des parties ne courant, par définition, aucun risque de perte. Or, selon l'article 1107 du code civil, « le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure. » Par conséquent, un contrat conclu à titre onéreux ne comporte pas nécessairement une obligation pécuniaire. Ainsi, un contrat d'assurance peut voir son caractère onéreux assuré non pas par le paiement d'une prime, mais par le versement de toute valeur non pécuniaire³⁷⁷.

Dans le cadre d'un contrat d'échange, les parties échangent des actifs ou des flux financiers liés à des opérations déterminées. Chacune « investit » donc dans l'opération une valeur financière, de sorte que les parties courent chacune une chance de gain ou un risque de perte corrélatifs. Le contrat est bien onéreux et aléatoire, comme l'est le contrat d'assurance.

164 Les arguments avancés afin d'exclure les contrats à terme ferme et les dérivés de crédit de la catégorie des contrats d'assurance sont au nombre de trois : le premier repose sur l'absence de mutualisation des risques³⁷⁸. Il est vrai que les marchés financiers fonctionnent sur un mécanisme de transfert du risque différent de celui de l'assurance³⁷⁹. Néanmoins, lorsque le marché à terme est réglementé, la chambre de compensation opère une compensation multilatérale des risques, qui fonctionne sur un mode relativement similaire à celui de la mutualisation opérée par l'entreprise d'assurance³⁸⁰.

376. *ibid.*, p. 115, §147 et s.

377. C'est le cas de l'assistance, dans laquelle la prestation due par l'assisteur est une prestation en nature. Sur la qualification du contrat d'assistance comme contrat d'assurance, cf. les développements présentés *infra*, section 2.

378. S. AGBAYISSAH et M.-A. LEPAGE, « Les "caps", "floors" et "collars" à l'épreuve d'une qualification en opération d'assurance » cit. et S. PRAICHEUX, « Instruments financiers à terme » cit., n° 88, qui émet cependant des réserves à l'égard de ce critère. Pour une analyse favorable à la qualification des CDS comme contrats d'assurance, cf. G. PARLEANI, « Rehausseurs de crédit et assurance », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Bigot*, 2010, §33 et s..

379. P. PAILLER, *Le contrat financier, un instrument financier à terme*, préf. J.-J. Daigre, IRJS éditions, 2011, §310.

380. *ibid.*, §316, qui émet néanmoins des réserves, soulignant la dépersonnalisation qui règne dans les marchés financiers, alors que la mutualité assurancière repose sur la souscription de contrats.

Le deuxième repose sur une certaine définition du risque³⁸¹. Dans l'assurance, le risque serait nécessairement un évènement objectif subi ou redouté, alors que le risque des dérivés serait un risque « subjectif », qui dépendrait des anticipations personnelles que les parties forment sur la valeur d'une chose sous-jacente dans le futur. Or, outre le fait qu'il est impossible d'enserrer le risque dans une définition trop étroite, il semblerait que cette distinction entre risque objectif et risque subjectif soit dépourvue de pertinence, puisque toute garantie est nécessairement souscrite en raison d'anticipations personnelles sur la survenance d'un évènement. Quant au risque protégé par les contrats dérivés, c'est-à-dire le risque de crédit (*credit event*), il ne fait pas de doute qu'il n'exclut pas la qualification de contrat d'assurance puisqu'il correspond à la branche 15.a (caution directe) désignée par l'article R. 321-1 du code des assurances.

Le troisième argument avancé consiste à nier tout caractère « indemnitaire » à ces contrats financiers³⁸², dans la mesure où ces contrats peuvent parfois servir une finalité spéculative. Cette affirmation ne remet pas en cause l'analyse de ces contrats comme contrats d'assurance, dès lors que l'on admet que la qualification diffère selon la cause du contrat : lorsqu'ils servent une finalité de couverture, il s'agit de contrats d'assurance, et lorsqu'ils permettent aux parties de spéculer, alors il s'agit de paris.

165 Une qualification insuffisante : les contrats financiers, contrats de spéculation. Malheureusement, force est de constater que cette proposition de qualification comme contrat d'assurance n'est pas satisfaisante, et ce pour deux raisons. Comme elle repose sur un critère subjectif, selon la finalité poursuivie par l'acquéreur, on ne peut exclure les hypothèses où les finalités de couverture et de spéculation sont présentes dans une seule et même opération³⁸³. Trancher entre les deux hypothèses implique de déterminer si le souscripteur est propriétaire du sous-jacent, ou si sa position lui a permis de compenser la perte engendrée par d'autres prises de position. La distinction entre spéculation et garantie ne s'impose donc pas comme une évidence au vu de l'impact économique du contrat, et nécessite d'opérer une recherche qui ne relève plus de l'objet du contrat. Elle impose de s'interroger, au mieux, sur la cause du contrat prise dans un sens très subjectif, au pire, sur les mobiles d'une des parties, de sorte qu'elle dépasse largement la sphère de l'opération

381. A. GAUDEMET, *Contribution à l'étude juridique des dérivés*, thèse Paris 2, préf. H. Synvet, 2008, n° 187 et 188.

382. S. AGBAYISSAH et M.-A. LEPAGE, « Les "caps", "floors" et "collars" à l'épreuve d'une qualification en opération d'assurance » cit. ; S. PRAICHEUX, « Instruments financiers à terme » cit., n° 88 ; T. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers* cit., §168, p. 257 ; A. GAUDEMET, *Contribution à l'étude juridique des dérivés* cit., n° 189.

383. Sur la disparité des finalités poursuivies qui caractérise les instruments financiers à terme, cf. P. PAILLER, *Le contrat financier* cit., §249 et s., et spéc. §291.

contractuelle. En effet, le caractère standardisé des contrats financiers interdit toute contractualisation des motifs, comme cela était le cas dans l'arrêt rendu par la cour d'appel de Bordeaux le 3 février 1833 et cité par M. Terré³⁸⁴.

La seconde raison qui discrédite la qualification des contrats financiers comme contrats d'assurance pour encourager celle de contrats *sui generis* naît du fait que cette qualification n'a pas d'impact sur leur régime : en effet, la finalité de spéculation, qui n'est jamais loin, écarte toute possibilité de mettre en œuvre le régime indemnitaire³⁸⁵, tandis que les contrats financiers bénéficient d'un régime spécifique, fondé sur le droit commun assorti d'exceptions prévues aux articles L. 211-35 à L. 211-39 du code monétaire et financier. Ces dérogations portent sur quatre mécanismes, le premier concernant l'exclusion de ces contrats du champ d'application de l'exception de jeu de l'article 1965 du code civil ; le second, la résiliation anticipée et la compensation des créances et des dettes afférentes aux obligations financières issues de ces contrats par dérogation aux lois sur les procédures collectives ; le troisième, la garantie des obligations qui déroge également au droit des entreprises en difficulté ; enfin une procédure simplifiée pour la cession de créances et des contrats³⁸⁶.

Dans la mesure où la qualification « théorique » de ces contrats comme contrats d'assurance n'est que peu satisfaisante, et où cette qualification ne saurait avoir d'impact sur leur régime, il semble plus pertinent de conserver la qualification de contrats *sui generis*, et d'admettre qu'il s'agit bien de contrats de spéculation, même si la finalité de couverture n'en est pas toujours absente. L'exclusion légale de l'exception de jeu, prévue par l'article L. 211-35 du code monétaire et financier, abonde d'ailleurs en faveur de cette qualification.

166 Ainsi, la détermination de l'objet du contrat, au sens où le définit Mme Lucas-Puget, ne permet pas d'opérer une distinction entre les contrats aléatoires de garantie et les contrats aléatoires de spéculation. En effet, la finalité de garantie, lorsqu'elle s'incarne dans une opération structurellement aléatoire, présente un impact économique identique à celui d'un pari. Puisque l'objet du contrat ne constitue pas un concept susceptible de permettre la distinction entre un contrat d'assurance et un pari, il convient à présent d'examiner si la cause constitue un concept plus accueillant pour exprimer la finalité de garantie. Nous verrons cependant qu'un certain nombre d'obstacles doivent d'abord être surmontés (§2).

384. F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* cit., §289.

385. En ce sens, G. PARLEANI, « Les assureurs peuvent-ils être banquiers? », *RGDA*, 2013, §22 à 25.

386. Pour des développements substantiels, cf. F. AUCKENTHALER, « Instruments financiers à terme ou contrats financiers », *J.-Cl. Banque, crédit, bourse*, fasc. 2050, 2013, §62 et s.

§2 Les obstacles à l'intégration de la notion de garantie dans la cause de l'engagement de l'assureur

167 Si l'on s'appuie sur la proposition de Mme Rochfeld, la cause-finale du contrat est l'expression synthétique de la somme des causes des obligations de chacune des parties. Mais qu'en est-il lorsque les intérêts de chaque partie ne se recoupent pas ? L'hypothèse semble relever du cas d'école, et pourtant cette difficulté apparaît dès lors qu'on tente d'inclure la fonction de garantie, traduite comme la recherche d'une indemnisation, dans la définition de la cause typique du contrat d'assurance : la fonction de garantie n'est recherchée que par une seule des parties, le souscripteur, lorsque le contrat d'assurance est souscrit auprès d'une société anonyme ou une société européenne.

En effet, les sociétés anonymes et les sociétés européennes, formes sociales ouvertes à l'assurance, sont des sociétés commerciales. Si l'on s'en tient à l'observation des seuls contrats souscrits, la cause de leur engagement n'est pas la garantie, mais la recherche d'un profit. Il en va différemment des autres formes que peuvent adopter les assureurs : les institutions de prévoyance, régies par le livre 9 du code de la sécurité sociale, les mutuelles dites « 45 », régies par le code de la mutualité, et les sociétés d'assurance mutuelles, régies par le livre 3 du code des assurances. En effet, elles présentent comme point commun le fait d'impliquer les assurés dans leur gestion, de sorte que les causes des engagements des parties se rejoignent dans le souci de fournir une prestation de garantie. Ainsi, dans une société d'assurance mutuelle, les assurés sont les sociétaires, et tout assuré peut participer aux assemblées générales³⁸⁷, tandis que les institutions de prévoyance sont gérées paritairement par les partenaires sociaux, qui comptent donc des représentants des salariés assurés³⁸⁸ ; enfin, dans les mutuelles régies par le code de la mutualité, les adhérents sont membres participants³⁸⁹. Il n'en est pas de même dans les sociétés anonymes, dans lesquelles la gestion de l'assureur n'inclut pas les souscripteurs ni les assurés. L'opération recherchée et conclue par l'assureur constitué en société anonyme ne présente pas de différence avec un pari, dès lors que l'on s'en tient à l'examen de l'intérêt recherché dans la conclusion du seul contrat, qui est l'obtention d'un gain.

387. Art. L. 322-26-1 c. ass. ; P.-G. MARLY, « Entreprises d'assurance », *J.-Cl. Responsabilité civile et assurances*, fasc. 504-60, 2015, n° 26 et s.

388. Art. L. 931-1 et L. 931-3 du code de la sécurité sociale.

389. Voir les art. L. 111-1 et L. 114-1 du code de la mutualité.

Il est déraisonnable de considérer que le contrat d'assurance change de catégorie et se mue en pari selon la qualité de l'assureur. Pour surmonter cette difficulté, deux solutions sont envisageables : soit l'on admet que seul l'intérêt du souscripteur, qui recherche la garantie, est à prendre en considération pour la qualification du contrat. L'intérêt d'assurance serait dès lors le seul et unique critère du contrat d'assurance. Nous verrons néanmoins que cette proposition n'est pas acceptable (A). La seconde solution consiste à introduire la notion de garantie dans la cause de l'engagement de l'assureur, quelle que soit sa forme juridique, en prenant en compte des considérations relatives à la technique d'assurance dans sa définition. Néanmoins, cette proposition implique d'élargir le cadre de la cause (B).

A La prestation caractéristique et la qualification

168 Mme Ancel explique que le rôle économique des contrats a fortement évolué au XXe siècle, avec les développements du capitalisme, du consumérisme et de la société à crédit³⁹⁰. Désormais, « les catégories contractuelles se construisent en considération de résultats sociaux, économiques, plus ou moins précisément définis par le droit objectif, selon ce que requiert l'intérêt général (dans lequel est parfois intégré l'intérêt d'une partie). »³⁹¹ C'est pourquoi les développements doctrinaux récents insistent sur la fonction économique, la finalité du contrat, et y associent la cause ou l'objet, alors qu'à l'origine, ces concepts, présents dans les dispositions du Code Napoléon, avaient une connotation « plutôt inerte³⁹² ». Soulignant cependant le fait que la cause et l'objet du contrat ont désormais tendance à se recouper, Mme Ancel en déduit qu'elles ne sont plus opératoires pour servir de critère de catégorisation du contrat. Il faudrait retenir à présent la fonction économique des contrats pour une telle opération. Or, la prestation monétaire étant une prestation non significative, un résultat banal, seule la prestation rétribuée constitue la prestation caractéristique et permet de déterminer cette fonction. Dans l'archétype de la fourniture rémunérée, la prestation réelle rémunérée permet donc de caractériser la catégorie contractuelle qui la contient³⁹³.

390. M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat* cit., p. 96, §138.

391. *ibid.*, p. 102, §146.

392. *ibid.*, p. 104, §148.

393. *ibid.*, p. 111, §158. Néanmoins, comme le fait remarquer Mme Lucas-Puget, si la prestation caractéristique peut s'ériger comme point de ralliement d'une catégorie de contrats, elle n'a pas pour autant vocation à distinguer les contrats individuels au sein des groupes qu'elle établit (A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat* cit., p. 342, §586). Cette position n'entre pas en contradiction avec les développements de Mme Ancel, qui reconnaît que la notion de prestation caractéristique trouve des limites à l'égard des contrats associatifs, dont la structure

169 En matière d'assurance, la prestation caractéristique est celle exécutée par l'assureur, qui consiste en la fourniture d'une garantie. En termes de cause, cela signifie que la qualification du contrat repose sur la cause de l'engagement du souscripteur, que nous avons identifiée précédemment comme l'intérêt d'assurance évoqué par le code des assurances³⁹⁴. Or, nous avons vu que si l'intérêt d'assurance était bien un critère de qualification du contrat d'assurance comme contrat de garantie, il demeurerait que la notion devait être prise dans une acception très large, comme la recherche d'une indemnisation dont les modalités variaient selon les cas, la garantie recherchée pouvant être patrimoniale ou expatrimoniale, directe ou indirecte. Il est remarquable d'ailleurs que l'expression consacrée par le code des assurances utilise la notion très large d'« intérêt », plébiscitée par les auteurs qui se prononcent en faveur d'une acception économique et subjective de la cause³⁹⁵.

Ainsi, la proposition selon laquelle la fonction économique, et donc la qualification du contrat d'assurance reposerait entièrement sur la prestation de l'assureur (ou sur l'intérêt d'assurance du souscripteur) est erronée. En effet, si la fonction de garantie du contrat d'assurance est exprimée dans cette formulation, il demeure qu'elle est insuffisante pour opérer une distinction entre ce contrat et d'autres contrats aléatoires de garantie, comme par exemple le contrat de vente en viager, contrat aléatoire dans lequel le crédit-rentier recherche une forme de garantie. L'intérêt du recours à la notion de prestation caractéristique est donc limité sur le plan de la qualification, et interdit par conséquent toute limitation de la qualification à seule prestation de l'assureur. Ainsi, en termes de cause, il n'est pas pertinent de soutenir que seul l'intérêt d'assurance du souscripteur, qui recherche la garantie, est à prendre en considération pour la qualification du contrat.

170 Il convient à présent d'examiner la seconde proposition destinée à permettre de surmonter la difficulté selon laquelle le contrat d'assurance ne serait plus un contrat de garantie lorsque l'assureur est une société anonyme ou une société européenne. La solution consiste à élargir le cadre de la cause de l'obligation afin d'intégrer le souci de fournir une garantie dans la cause de l'engagement de l'assureur. Néanmoins, une telle approche implique d'adopter une définition large de la cause (B).

complexe empêche toute organisation de leur régime autour de la prestation fournie par l'un des contractants (M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat* cit., p. 143, §194), ce qui n'interdit évidemment pas toute entreprise de qualification à leur égard.

394. Art. L. 121-6 C. assur., *préc. cit.*

395. Ainsi Mme Rochfeld préconise l'utilisation de ce terme pour définir la cause car elle estime que la notion de contrepartie est trop réductrice. En effet, la contrepartie présente le double défaut de ne pas cerner suffisamment les ressorts d'un engagement, et de ne pas être pertinente dans les hypothèses autres que les contrats synallagmatiques commutatifs (J. ROCHFELD, « La cause » cit., §25 et s.).

B La nécessité d'élargir le cadre de la cause pour y inclure la fourniture d'une garantie

171 La cause de l'obligation, appelée également « cause-contrepartie », a vu son contenu s'élargir et se subjectiver sous l'impulsion de la Cour de cassation (1.). Il convient néanmoins d'examiner les conséquences de la réforme du droit des obligations sur le contenu de la notion de cause (2.).

1. La subjectivisation de la cause objective

172 La cause a été souvent critiquée pour sa complexité : néanmoins, il était possible de schématiser deux acceptions de ce concept, chacune correspondant à un type de contrôle opéré par le juge. Ainsi, la cause dite « objective », ou « cause de l'obligation », renvoyait à l'avantage consenti prévu au contrat, et permettait de contrôler la teneur du contrat, d'apprécier sa consistance³⁹⁶. La cause « subjective » ou « cause du contrat » renvoyait aux mobiles poursuivis par les parties, et permettait de contrôler la licéité de l'opération.

Or, à partir des années 1990, la Cour de cassation a procédé à une certaine subjectivisation de la cause dite « objective », la transformant ainsi en instrument de justice contractuelle. Deux arrêts sont emblématiques de ce moment :

Dans l'arrêt dit « point club vidéo », la Cour de cassation avait introduit une grande part de subjectivité dans l'appréciation de la consistance du contrat, par le biais de la notion d'« économie voulue par les parties »³⁹⁷. La décision a fait l'objet de nombreuses critiques, car il est clair que le rôle du juge n'est pas de réparer les erreurs d'un contractant qui n'a pas fait l'effort d'étudier le marché avant de lancer son commerce. En effet, l'introduction d'une part de subjectivité dans la détermination de la cause de l'obligation doit demeurer limitée afin d'établir un juste équilibre entre l'exigence d'équité et la sécurité juridique. Or, la solution de l'arrêt « point club vidéo » engendre l'effet pervers de permettre à un cocontractant négligent

396. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral* cit., , p. 426.

397. Cass. civ. 1re, 3 juillet 1996, *op. cit.*, D. 1997, Jur. p. 500, note P. Reigné; JCP 1997, I, 4015, note F. Labarthe; RTD civ. 1996, p. 903, obs. J. Mestre; *Deffrénois* 1996, p. 1015, obs. Ph. Delebecque : « Mais attendu qu'ayant relevé que, s'agissant de la location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce, l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, la cour d'appel en a exactement déduit que le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes, souscrite par M. et Mme Y... dans le cadre de la convention de création d'un 'point club vidéo' ».

d'obtenir facilement l'annulation de son engagement, ce qui dévoie le principe de justice contractuelle. Cette jurisprudence n'est d'ailleurs plus d'actualité, la Cour de cassation ayant opéré un revirement dans une affaire très proche en 2009³⁹⁸.

La Cour de cassation a rendu l'arrêt « Chronopost »³⁹⁹ seulement quelques mois après l'arrêt « point club vidéo ». Censurant les juges du fond qui avaient refusé de retenir, de la part de la poste, l'existence d'une faute lourde exclusive de la limitation de responsabilité prévue au contrat, la Cour de cassation énonce : « Attendu qu'en statuant ainsi alors que, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Bancheureau dans un délai déterminé, et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé le texte susvisé⁴⁰⁰ ». La Cour de cassation consacre l'idée que l'opération contractuelle ne pouvait être juste et donc valable si elle ne respectait pas une certaine cohérence. Sur le fondement de la cause, le juge avait donc le pouvoir et le devoir d'apprécier l'existence d'un intérêt raisonnable à l'acte pour chacune des parties, cette appréciation pouvant être subjectivée dans les cas « atypiques »⁴⁰¹, ce qui impliquait donc la nécessité de dépasser l'examen passif et objectif des engagements. Par cet arrêt et d'autres encore⁴⁰², la Cour de cassation s'est fondée sur la cause afin de défendre l'idée selon laquelle il n'est pas socialement admissible qu'un engagement dépourvu de rationalité soit juridiquement obligatoire⁴⁰³.

173 Cette notion de cause telle qu'elle a été élaborée par la Cour de cassation offre un cadre propice à l'inclusion de la notion de garantie dans la cause de l'engagement de l'assureur. En effet, la Haute Cour a ouvert la définition de la cause objective, dépassant ainsi l'appréciation abstraite de la prestation contrepartie, pour prendre

398. Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-11.420, *RTD civ.* 2009, p. 719, obs. B. Fages. Voir déjà, Cass. com., 27 mars 2007, n° 06-10.452, F-D, H. c/ Sté MDM Multimédia, *Contrats, conc. consom.* 2007, comm. 196, note L. Leveneur.

399. Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *BC IV*, n° 261, *D.* 1997, somm. 175, obs. P. Delebecque, *RTD civ.* 1997, 418, obs. J. Mestre, *D.* 1997.121, note A. Sériaux, *JCP* 1997.I.4002, obs. M. Fabre-Magnan, *Contrats, conc. consom.* 1997, comm. 24, obs. L. Leveneur, *Deffrénois* 1997, art. 36516.333, obs. D. Mazeaud ; Ph. Delebecque, *Dalloz Affaires* 1997, chron. 235 ; C. Larroumet, *D.* 1997, chron. 145.

400. Le visa portait sur l'ancien article 1131 du code civil : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. »

401. On pense aux structures contractuelles inconnues ou celles qui, bien que connues, ont une finalité modifiée par les parties. Voir sur cette question J. ROCHFELD, « La cause » cit., n° 51 et 52.

402. Voir, à propos des contrats inter-dépendants, Cass. com. 15 dév. 2000, n° 97-19.793, *BC IV*, n° 29, *RTD civ.* 2000. 325, obs. J. Mestre et B. Fages, *Deffrénois* 2000, art. 37237.1118, obs. D. Mazeaud, *D.* 2000, somm. 364, obs. Ph. Delebecque.

403. R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause) », *D.*, 2015, p. 335, §10.

en compte les enjeux économiques propres à chaque contractant⁴⁰⁴. Or, l'intérêt économique de l'assureur à l'opération repose sur le souci de mutualiser le risque souscrit afin de mettre en place une technique de garantie à grande échelle. Ainsi, dans une vision subjectivée de la cause de l'obligation, la fourniture d'une garantie entre dans la définition de la cause de l'engagement de l'assureur.

174 Toutefois, la notion de cause a été balayée par la réforme issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations⁴⁰⁵. Néanmoins, ses fonctions semblent avoir été maintenues au travers d'autres formulations ; nous essaierons d'éclaircir ces questions, ce qui nous permettra d'examiner si les nouvelles expressions de la cause facilitent l'inclusion de la garantie dans la cause de l'engagement de l'assureur.

2. Les problèmes soulevés par la réforme du droit des obligations

175 Le contrôle de la licéité du contrat semble maintenu grâce au nouvel article 1162 du code civil qui dispose que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». En effet, la cause du contrat de l'ancien article 1133 du code civil s'entendait comme le but poursuivi par les parties⁴⁰⁶. Le contrôle de la consistance de l'opération semble quant à lui maintenu grâce à l'article 1169 du code civil, qui dispose qu'« un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. ». On notera cependant que ce nouvel article, reposant sur la notion de « contrepartie », ne semble rédigé que pour les contrats commutatifs, ce qui, couplé à la rédaction contestable du nouvel article 1108 alinéa 2 du code civil, rend mystérieuse la distinction entre les contrats commutatifs et les contrats aléatoires.

176 Plus généralement, on regrettera que la réforme du droit des obligations ait décidé de remplacer la notion de cause, suffisamment souple pour justifier l'annulation des contrats dans tous les cas où l'opération se révélait inique, par un certain

404. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations* cit., §342.

405. *J.O.R.F.* n° 0035 du 11 février 2016, n° 26.

406. En ce sens, F. CHÉNEDÉ, « La cause est morte... vive la cause? », *Contrats, concurrence, consommation*, n° 5, mai 2016, dossier 4, §4, citant Cass. 1re civ., 12 juill. 1989, *BC* 1989, I, n° 293, p. 194 ; *GAJC*, T. II, 13e éd., *D.*, 2015, n° 156 : « Si la cause de l'obligation de l'acheteur réside bien dans le transfert de propriété et la livraison de la chose vendue, la cause du contrat de vente consiste dans le mobile déterminant, c'est-à-dire celui en l'absence duquel l'acheteur ne se serait pas engagé ».

nombre d'exemples nécessairement limités. En effet, contrairement à ce qu'affirme un auteur⁴⁰⁷, il ne nous semble pas que les jurisprudences célèbres « point club vidéo » et « Chronopost », pourraient perdurer sur le fondement du nouvel article 1169 du code civil. En effet, l'usage du terme « contrepartie » semble constituer un retour en arrière sur le mouvement de subjectivisation de la cause au profit de la seule cause de l'obligation ou « cause-contrepartie ».

177 Certes, le nouvel article 1170 du code civil, selon lequel « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite » est réputé codifier la jurisprudence « Chronopost »⁴⁰⁸. On exprimera néanmoins quelques doutes sur l'efficacité de cette substitution, tant les notions objectivistes de « substance de l'obligation essentielle » et de « contenu » semblent bien trop étriquées pour servir la justice contractuelle comme l'a fait la cause. Il suffit de s'interroger sur le devenir des clauses limitatives de garantie dans le domaine de l'assurance de responsabilité, que la Cour de cassation a condamnées sur le fondement de la cause dès lors que leur durée était limitée à un temps inférieur à la responsabilité de l'assuré⁴⁰⁹. En effet, une clause limitant la garantie ne vide pas totalement de sa substance l'obligation de l'assureur, puisque l'assuré en bénéficie pendant la période prévue au contrat⁴¹⁰, de sorte qu'une lecture trop rigoureuse du nouvel article 1170 du code civil empêche toute sanction de ce type de clause.

178 En conclusion, la réforme du droit des obligations a supprimé la cause tout en gardant ses fonctions essentielles. Néanmoins, la substitution d'un mot pour un autre n'est pas anodine. La théorie de la cause procurait un instrument général de mesure de l'équilibre contractuel, qui permettait d'éviter la multiplication des régimes spéciaux de protection et empêchait l'inflation législative⁴¹¹, tout en offrant

407. D. MAINGUY, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *JCP E*, n° 7, 2016, act. 151.

408. M. MEKKI, « Réforme du droit des obligations: clauses et substance de l'obligation essentielle (c. civ., art. 1170) », *JCP N*, 2016, act. 1227.

409. Cass. 1re civ., 19 déc. 1990, 7 arrêts, n°87-15.834, n°87-11.717, n°88-12.863, n°87-17.586, n°88-14.756, n°87-19.588, n°88-19.441, *JCP*. 1991. II. 21656, note J. Bigot, *RCA* 1991, n° 81 ; la solution a été confirmée par la suite à de nombreuses reprises : Cass. civ. 1re, 16 déc. 1997, n° 94-17.061, *BC I*, n° 370 ; *D.* 1998. 287, note Y. Lambert-Faivre ; *JCP* 1998. II. 10018, concl. P. Sargos, et I. 144, obs. G. Viney. Com. 14 déc. 2010, n° 08-21.606, *BC IV*, n° 200 ; Civ. 1re, 12 juill. 2005, n° 03-19.820 ; Civ. 2e, 21 avr. 2005, n° 03-20.683, *BC II*, n° 108 ; *D.* 2005. 1303 ; *Just. et cass.* 2006. 308, rapp. R. Lafargue, et 314, concl. R. Kessous ; Civ. 1re, 12 avr. 2005, n° 03-20.980, *BC I*, n° 185 ; *D.* 2005. 1302 ; Cass. civ. 3e, 26 nov. 2015, *Gaz. Pal.* 2016, n° 3, p. 28, obs. N. Blanc ; *RGDA* 2015. 569, note P. Dessuet.

410. En ce sens, R. BOFFA, « La cause, une assurance tous risques », *D.*, 2016, p. 458, §9.

411. O. TOURNAFOND, « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français », *D.*, 2008, p. 2607.

au juge un outil susceptible de s'adapter à toutes les situations. Il semble donc probable que malgré sa disparition formelle, la cause subsistera implicitement, grâce à une interprétation téléologique des nouvelles dispositions⁴¹². On peut donc espérer que la cause subjectivée, qui permet d'accueillir la fourniture d'une garantie dans la définition du contrat, a encore vocation à être mise en œuvre.

179 A présent que nous avons tenté de démontrer la nécessité de lier la cause de l'engagement de l'assureur à la notion de garantie, il nous faut examiner en quels termes cette dernière doit s'exprimer afin de permettre l'élaboration d'un critère de qualification. La recherche d'une indemnisation, définition que nous avons retenue pour l'expression de la cause de l'engagement du souscripteur, n'est pas suffisamment précise pour définir celle de l'assureur. De plus, si l'on s'en remet à la seule notion de garantie, cette dernière, multiforme, est rétive à toute tentative de définition générique. Nous verrons donc dans quelle mesure la fourniture d'une garantie ne peut renvoyer à un contenu obligationnel précis (2).

Section 2

L'absence de contenu obligationnel propre à la notion de garantie

180 Certains auteurs ont tenté de définir la notion de garantie en lui associant un type d'obligation. Garantir reviendrait alors à accomplir une prestation définie. Pourtant il nous semble qu'en l'absence de précision technique, il est impossible d'exprimer cette notion en termes obligationnels. En effet, elle est beaucoup trop vague pour correspondre à une prestation précise, de sorte qu'il est impossible de réunir tous les contrats de garantie dans une seule et même catégorie (§1). La notion de garantie ne permet pas non plus de classer les contrats de garantie selon leur objet, puisque l'action de garantir ne correspond pas à un type objectif de prestation (§2).

412. En ce sens, R. BOFFA, « La cause, une assurance tous risques » cit., §11.

§1 L'impossibilité d'identifier la garantie à une prestation définie

181 Deux obligations peuvent être rattachées à la notion de garantie : la plus ancienne et la plus classique est l'obligation de couverture, formulée pour la première fois par M. Christian Mouly, et qui a connu un succès immense en doctrine, au point d'être reprise et de voir son contenu transformé par des auteurs plus récents, en particulier M. Vincent Mazeaud. La seconde est la cession ou le transfert de risque, proposition originale présentée dans deux thèses récentes⁴¹³.

Nous verrons que ni l'obligation de couverture (B), ni la cession de risque (A) ne permet de définir la notion de garantie de façon satisfaisante.

A Le rejet de la définition de la garantie comme cession ou transfert de risque

182 Deux auteurs ont récemment défini la garantie offerte par le contrat d'assurance comme une prestation de transfert ou de cession de risque. Nous présenterons ces deux propositions afin d'expliquer pourquoi elles se heurtent à des objections.

1. La garantie définie comme un contrat de transfert d'un risque : la thèse de Mme Hage-Chahine

183 L'étude de Mme Hage-Chahine consiste à identifier une nouvelle catégorie juridique, celle des contrats de transfert de risque, parmi lesquels elle range les contrats d'assurance. Cette catégorie se distingue par l'existence d'un risque, et une prestation caractéristique constituée par une obligation de couverture différée.

Malgré l'intitulé de la catégorie, le risque n'est pas un bien. En effet, « il ne peut pas être soustrait à un usage collectif dans le but d'une appropriation individuelle (sa réalisation affecte pécuniairement tous les opérateurs économiques), et il ne fait pas partie du gage des créanciers. »⁴¹⁴ L'auteur adopte une définition classique du risque comme évènement incertain dans sa réalisation, dans le moment ou dans l'étendue de sa réalisation, auquel s'attachent des conséquences dommageables. A défaut de

413. B. DEMONT, *L'aléa dans le contrat d'assurance* cit. et J. HAGE-CHAHINE, *Les contrats de transfert de risque*, sous la dir. de F. Drummond, L.G.D.J., 2016.

414. *ibid.*, §161.

constituer un bien, il est un élément catégorique de qualification, et le transfert de risque ne doit pas être confondu avec un transfert de propriété. Il s'agit du déplacement d'une charge pécuniaire d'un patrimoine à un autre, déplacement qui se traduit par un mouvement comptable d'inscription et de suppression de provisions⁴¹⁵.

Dans son souci d'identifier une vaste catégorie de contrats de garantie, Mme Hage-Chahine n'apporte pas de précision sur le rôle et la signification du risque dans le contrat d'assurance. La catégorie définie ne peut être associée à un régime spécifique, en particulier à celui applicable aux contrats d'assurance, de sorte que sa définition est dépourvue de fonction qualificative.

184 Nous présenterons donc en détail la proposition de M. Demont, qui analyse le contrat d'assurance comme un contrat de cession d'un risque (2.). La proposition prend appui sur l'analyse technique du contrat d'assurance, et propose une transposition de cette analyse dans le domaine juridique. Si elle permet d'expliquer de nombreux points par l'éclairage nouveau que cette présentation apporte, il n'en demeure pas moins qu'elle n'est pas fondée, car le risque n'est pas un bien.

2. La garantie définie comme un contrat de cession d'un risque : la thèse de M. Demont

185 D'après M. Demont⁴¹⁶, les difficultés de définition du contrat aléatoire naissent d'une erreur de perspective. Pour y remédier, il propose de renouveler l'analyse du contrat d'assurance en substituant à « l'approche obligationnelle », qui repose sur une analyse des prestations réciproques des parties, une « approche réelle » du contrat, en vertu de laquelle l'expectative, c'est-à-dire la chance ou le risque, sont l'objet même de commutation entre les parties⁴¹⁷. Les contrats aléatoires s'analyseraient donc comme des contrats commutatifs permettant la cession d'un risque ou d'une chance. Ainsi, le contrat d'assurance serait une variété particulière de contrat commutatif, dans lequel « la chance est la contrepartie immatérielle fournie (ou reçue) par le cocontractant »⁴¹⁸.

Le postulat de cette théorie est que l'expectative est une chose, un élément du patrimoine, qui répond aux trois critères de caractérisation d'un bien : valeur, appropriation et cession⁴¹⁹.

415. *ibid.*, §189.

416. B. DEMONT, *L'aléa dans le contrat d'assurance* cit..

417. *ibid.*, §4.

418. *ibid.*, §6.

419. *ibid.*, §10.

186 La proposition de M. Demont se heurte à un écueil : son étude pose comme postulat la réification du risque, point que nous tenterons de réfuter.

Selon M. Demont, la réification du risque serait envisageable dans la mesure où il répondrait aux trois critères traditionnellement imposés permettant de considérer une chose comme un élément du patrimoine : valeur, appropriation, et cession⁴²⁰.

Concernant le premier critère, M. Demont soutient que le risque est doté de valeur, de sorte qu'il peut être cédé et faire l'objet d'une appropriation, en se fondant essentiellement sur des analogies. Ainsi, pour prouver que le risque a une valeur, il le rapproche de « la perte de chance » ; pour démontrer qu'il peut être cédé, il estime que la jurisprudence relative à la cession de clientèle civile constitue un premier exemple édifiant de réification d'une expectative⁴²¹.

Ainsi, M. Demont affirme que, désormais, le risque « tend à devenir un préjudice autonome doté d'une valeur propre »⁴²². Le risque serait en lui-même un dommage certain, indépendamment de sa réalisation incertaine. Citant L. Raschel, il affirme : « Plus précisément, l'existence d'un risque peut donner lieu, dans certains cas, à un préjudice patrimonial, et a minima, à un préjudice moral ». Là, M. Demont rapproche le risque de la perte de chance, considérée comme indemnisable par la jurisprudence. Selon lui, le rapprochement serait justifié parce qu'« il existe au moins deux hypothèses dans lesquelles, sous couvert d'un certain dévoiement de la notion de perte de chance, c'est en réalité de la réparation d'un risque créé par un manquement à un devoir d'information ou de mise en garde dont il est question. Tel est le cas en matière médicale, où la jurisprudence admet qu'un patient puisse obtenir réparation de la « perte de chance d'éviter le dommage » subi par lui, à la suite d'un manquement du médecin à son devoir d'information sur le risque lié à l'opération, lorsque ce dernier s'est finalement réalisé. Tel est également le cas en matière de prêt bancaire, où la jurisprudence reconnaît à la caution de l'emprunteur un droit à la réparation de la « perte de chance de ne pas contracter » subi par elle, à la suite d'un manquement du banquier à son devoir de mise en garde sur le risque d'endettement né de l'octroi du prêt⁴²³ ».

Or ce rapprochement entre le risque et la perte de chance est hasardeux : en effet, la perte de chance suppose toujours une perte actuelle, par exemple le procès perdu d'un plaideur qui a été privé de sa chance de gagner parce qu'un auxiliaire de justice a négligé d'accomplir un acte de procédure en temps utile⁴²⁴. De plus, la

420. *ibid.*, introduction, p. 15.

421. *ibid.*, §14.

422. *ibid.*, §12. *Contra* J. HAGE-CHAHINE, *Les contrats de transfert de risque* cit., p. 111, §161.

423. *Ibid.*

424. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations* cit., §701.

détermination de l'étendue du dommage subi en raison de la perte de chance est souvent problématique, comme en témoigne l'arrêt cité par M. Demont à l'appui de son développement⁴²⁵. En effet, en matière contractuelle, la perte de chance s'analyse toujours en la perte de chance de conclure ou non le contrat, et la jurisprudence refuse d'aligner le montant de l'indemnisation de la perte de chance (de contracter ou de ne pas contracter) sur le montant des gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat⁴²⁶ ou sur le montant de la perte que l'absence de conclusion aurait permis d'éviter⁴²⁷. Ainsi la perte de chance n'est jamais l'objet d'une obligation contractuelle. Elle est seulement une forme de dommage, et peut être indemnisée en tant que telle. Or, les dommages et intérêts versés pour compenser un dommage ne sont pas une quantification monétaire de ce dernier. Si dans notre société, la justice consiste à donner une compensation financière à une victime, cela ne revient en rien à faire du dommage une chose pourvue d'un prix⁴²⁸.

C'est pourquoi le risque du contrat d'assurance ne peut pas être rapproché de la perte de chance. En premier lieu, dès lors qu'il s'agit d'un contrat d'assurance, le souscripteur n'a précisément pas subi une perte, puisqu'il cherche au contraire à s'en prémunir. De plus, la perte de chance n'est jamais l'objet d'une obligation contractuelle, puisqu'il s'agit d'un dommage, et qu'un dommage n'est pas dans le commerce.

187 Ensuite, M. Demont affirme que le risque peut faire l'objet d'une appropriation. Selon lui, le critère de l'appropriation du risque pourrait redonner du sens à la notion d'intérêt d'assurance. Ce dernier ne serait pas, comme il est souvent défini, comme un lien purement économique avec la chose, mais bien plutôt « un véritable rapport juridique avec, non pas la chose elle-même ou sa valeur économique, mais avec le risque de perte de cette chose et sa valeur probable.⁴²⁹ » L'intérêt d'assurance serait donc le lien entre le risque et la personne de l'assuré, considéré comme une charge patrimoniale. L'évaluation de cette charge patrimoniale disposerait « d'une certaine autonomie »⁴³⁰, comme M. Demont prétend l'avoir démontré précédemment

425. Cass. com. 20 octobre 2009, pourvoi n° 08-20.274. Dans cette affaire, un établissement de crédit avait accordé un prêt à un particulier en vue de la création d'un fonds de commerce ; l'affaire s'étant révélée défailante, ce dernier a reproché à la banque d'avoir manqué à son obligation de mise en garde. Les juges du fond ont condamné l'établissement de crédit à payer une indemnité égale au montant de la dette, retenant que le préjudice consistait à devoir faire face au remboursement du prêt. La Cour de cassation a censuré l'arrêt, estimant que le préjudice né du manquement à l'obligation de mise en garde consistait en la perte de chance de ne pas contracter.

426. Cass. com. 26 nov. 2003, pourvoi n° 00-10243 et n° 00-10949.

427. Cass. com. 20 octobre 2009, pourvoi n° 08-20.274, *préc. cit.*

428. Le dommage changerait-il de nature dans les sociétés pratiquant la loi du Talion ?

429. B. DEMONT, *L'aléa dans le contrat d'assurance* cit., §13.

430. *Ibid.*

en rapprochant le risque de la perte de chance. Pourtant nous avons vu que la perte de chance, en tant que dommage, n'était pas évaluée par un prix, mais indemnisée par des dommages et intérêts. Le « prix » de la perte de chance n'a pas de sens. On ne peut donc en déduire qu'un risque aurait également un prix. Par conséquent, le risque ne peut pas être une charge patrimoniale déterminée.

188 Enfin, M. Demont tente de démontrer que le risque peut faire l'objet d'une cession. Il propose de raisonner par analogie avec la jurisprudence relative aux cessions de clientèles civile, qui les a déclarées licites⁴³¹. En effet, citant M. Daigre, M. Demont analyse les contrats de cession de clientèle comme des contrats commutatifs portant sur un espoir, une chance de conserver tout ou partie de la clientèle. Néanmoins cette interprétation est contestable, et si la cession de clientèle commerciale est admise depuis longtemps, c'est bien parce que la « clientèle », raccourci de langage, désigne en réalité le pouvoir d'attraction qu'un fonds de commerce exerce sur certains clients. La cession de clientèle commerciale ne pose pas de problème particulier car le législateur décide que ce pouvoir résulte de choses objectives, ou de leur réunion. Céder les éléments objectifs du fonds de commerce revient donc à céder la clientèle. Le pouvoir d'attraction étant ainsi lui-même objectif, il peut être réifié et cédé⁴³². La querelle relative aux cessions de clientèles civiles, est née du fait que le pouvoir d'attraction était considéré comme le fruit de la réunion d'éléments subjectifs ; le pouvoir d'attraction n'étant plus objectif, il ne pouvait donc pas être aliéné. L'intérêt de cette querelle est qu'elle démontre que contrairement à ce qu'affirme M. Demont, la clientèle n'est pas une simple expectative, comme le serait le risque. En effet, si la Cour de cassation a admis la licéité de la cession des clientèles civiles, c'est parce qu'il lui a paru artificiel de considérer que le pouvoir d'attraction du médecin était purement subjectif, tout en considérant que le pouvoir d'attraction des fonds de commerce aurait été purement objectif. En réalité, il en va un peu des deux, et la cession de clientèle consiste à céder les éléments du commerce ou du cabinet, qui, mis ensemble, créent un pouvoir d'attraction sur une clientèle. Il est donc erroné d'affirmer que la clientèle peut être cédée en tant que simple expectative : c'est le pouvoir d'attraction résultant de l'agencement de choses diverses qui lui donne corps. Le risque en revanche n'a pas de consistance tangible. Il n'existe donc pas, au sens où une chose doit exister pour être l'objet d'une obligation.

431. Cass. civ. 1ère, 7 nov. 2000, pourvoi n° 98-17.731 : « Mais attendu que si la cession de la clientèle médicale, à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral d'exercice de la profession, n'est pas illicite, c'est à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient. »

432. En ce sens, F. ZENATTI, « Nullité d'une cession de clientèle médicale, faute d'objet et de cause », *RTD civ.*, 1991, p. 560 ; O. TOURNAFOND, « La cession directe de clientèle civile et la vente du "fonds libéral" en droit français », *D.*, 2002, p. 930.

189 En conclusion, il nous semble qu'en aucun cas le risque est un bien, susceptible d'être l'objet d'une cession. La qualification du contrat d'assurance comme contrat de cession de risque est séduisante, car elle repose sur une métaphore. Cependant, en dehors de sa fonction descriptive, elle est dépourvue de toute signification juridique.

190 A présent que nous avons tenté de démontrer que les contrats de garantie ne pouvaient être définis comme des contrats de cession de risque, nous allons nous pencher sur la possibilité de définir la garantie en référence à la très classique obligation de couverture (B).

B L'introuvable obligation de couverture

191 Nous présenterons dans un premier temps le contenu originel de l'obligation de couverture, suivi de son évolution (1.). Enfin, nous verrons qu'un auteur contemporain a proposé de renouveler l'analyse de l'obligation de couverture. Sa proposition est fort intéressante mais ne peut être totalement partagée (2.).

1. Présentation de la notion d'obligation de couverture

a) *Origines de l'obligation de couverture*

192 Les origines de l'obligation de couverture sont bien connues : présentée pour la première fois par M. Mouly dans sa thèse, *Les causes d'extinction du cautionnement*⁴³³, elle a rencontré un succès immense en doctrine, et selon certains, dans la jurisprudence⁴³⁴, au point qu'un auteur⁴³⁵ a cru bon de proposer d'élever l'obligation de garantie, composée de l'obligation de couverture d'une part, de l'obligation de règlement d'autre part, au rang de critère objectif de classement, aux côtés des obligations de faire, de ne pas faire ou de donner.

193 Pourtant, l'obligation de couverture a été présentée par M. Mouly dans un but précis : elle permet d'expliquer les effets de l'extinction de l'engagement de la caution (par résiliation unilatérale, par son décès, par la cession du contrat garanti par la caution) dans un cautionnement de dettes futures. En effet, la résiliation par la

433. C. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Université de Montpellier I, 1977.

434. V. MAZEAUD, *L'obligation de couverture*, préf. P. Jourdain, I.R.J.S. Editions, 2010, p. 68, n° 48.

435. N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », *Mélanges en l'honneur de Christian Mouly*, t. 2, v.Litec, 1998, p.375.

caution de son engagement ne met pas fin à son devoir de garantie, puisqu'elle reste tenue des obligations nées à la charge du débiteur avant sa résiliation. La distinction entre obligation de couverture et obligation de règlement permet l'analyse, sous forme obligationnelle, de la durée dans le temps des cautionnements de dettes futures⁴³⁶.

Définissant l'objet de chacune des obligations qu'il distingue, Mouly écrit que l'objet de l'obligation de couverture est de « tracer le cadre de la garantie offerte par la caution »⁴³⁷. « La deuxième obligation, qui a pour seul objet le règlement d'une dette déterminée, se retrouve à l'identique dans les cautionnements de dettes présentes et dans ceux de dettes futures lorsque les dettes garanties sont devenues certaines ; elle remplit le cadre tracé par l'obligation de couverture. » Il convient de les distinguer car elles présentent des différences sensibles : ainsi, l'obligation de couverture est née et certaine dès la formation du cautionnement, elle est immédiatement exigible ; elle est également pérenne, c'est-à-dire qu'elle est une « obligation de durée » (*sic*) : c'est une obligation à exécution successive et apte en cela à recevoir un terme extinctif⁴³⁸.

M. Mouly ajoute que l'objet de l'obligation de couverture est l'intérêt d'assurance ou l'intérêt cautionné dans le cadre d'un cautionnement⁴³⁹, c'est-à-dire « la valeur patrimoniale pouvant être perdue par l'assuré ou le bénéficiaire à la suite d'une sinistre »⁴⁴⁰ ; dans le cautionnement de dettes futures, l'intérêt cautionné est la valeur économique de la créance principale. Enfin, il considère que « l'obligation de couverture de la caution dans les cautionnements de dettes futures comporte un double objet : d'une part déterminer l'étendue de l'intérêt cautionné, en poser les bornes puisque les créances garanties ne sont pas encore nées, d'autre part préserver cet intérêt contre les atteintes dont il peut être l'objet, en un mot couvrir le risque, l'aléa du non paiement »⁴⁴¹.

194 Certains auteurs ont généralisé le recours à la notion d'obligation de couverture. Ainsi, selon Mme Bourassin⁴⁴², l'analyse dualiste (selon laquelle le contrat génère pour le garant deux obligations : celle de couverture et celle de règlement) caractérise l'ensemble des garanties personnelles. « En effet, envisagée comme « un service » ayant pour objet d'assurer l'aléa du non paiement, l'obligation de couverture est présente dans l'ensemble des garanties personnelles, car ce risque est inhérent à la

436. La dette future se définit comme celle dont la naissance se place postérieurement à la conclusion du cautionnement (C. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement* cit., §255).

437. *ibid.*, §255.

438. *ibid.*, §256.

439. *ibid.*, §259.

440. M. Mouly cite M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, L.G.D.J., 1975, p. 308, §181.

441. C. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement* cit., §260.

442. M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles* cit., §264, p. 131 et s.

notion même de garantie. Cela explique notamment que, quelle que soit la nature de son engagement, le garant puisse percevoir une rémunération, abstraction faite de tout règlement effectif. »

Nombreux sont les auteurs qui constatent que l'obligation de couverture est consacrée en droit des assurances. Ainsi, selon M. Bigot, l'expression garantie recouvre dans l'assurance la couverture d'un risque. Citant M. Mayaux, il écrit⁴⁴³ : « La définition retenue pour le contrat d'assurance insiste sur la couverture d'un risque qui constitue à nos yeux l'obligation essentielle du contrat. L'assureur est tenu d'une obligation de couverture née du jour de la conclusion du contrat et enfermée dans une certaine durée fixée contractuellement, dont l'exécution est assurée par la fourniture de la prestation convenue en cas de sinistre. Cette prestation est l'objet d'une obligation de règlement qui a un caractère conditionnel puisqu'elle est subordonnée à la réalisation du risque couvert par la police. En d'autres termes, l'assureur est tenu de deux obligations : de couverture et de règlement... ». Selon M. Bigot, le code des assurances ferait en filigrane la distinction entre obligation de couverture et obligation de règlement : « L'obligation de maintien de la garantie pendant la durée du contrat a pour contrepartie l'obligation du preneur de payer les primes : la cessation du paiement des primes met fin à l'obligation de couverture du risque. »

b) *Les résistances à l'admission de cette obligation*

195 Néanmoins, la notion même d'obligation de couverture a été très critiquée : si l'analyse présente l'avantage de mettre en avant le fait que les contrats de garantie présentent une structure complexe, la présentation en termes obligationnels n'est pas admissible. En effet, comme l'ont fait remarquer nombre d'auteurs⁴⁴⁴, l'obligation de couverture est dépourvue de tout objet, puisque la caution n'est tenue d'accomplir aucune prestation pendant la période d'attente. Elle est également dépourvue de toute sanction, puisque le créancier ne peut en demander ni l'exécution forcée, ni obtenir des dommages et intérêts pour inexécution. En réalité, si l'on restitue à la notion d'obligation son sens exact, technique, qui est celui d'un rapport entre un créancier et un débiteur, alors l'obligation de couverture est un non-sens.

196 La critique la plus convaincante a été développée par M. Pascal Ancel⁴⁴⁵, qui,

443. L. MAYAUX, *Encyclopédie Dalloz, Droit civil, Ass. terr.*, §141.

444. Voir P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999 ; cette analyse est d'ailleurs reprise dans des thèses récentes, V. MAZEAUD, *L'obligation de couverture* cit. et N. BARGUE, *Essai sur la notion de garantie*, Th. dactyl. Université Paris I, 2008, §161 et s.

445. P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat » cit..

dans la lignée de Kelsen, défend l'idée selon laquelle le contrat a un effet normateur, qui constitue sa force obligatoire. Cette force obligatoire « ne se réduit pas à son contenu obligationnel »⁴⁴⁶, car elle est plus vaste. Elle peut également transférer ou éteindre un droit, créer un droit ou une situation juridique nouvelle, distincte d'une relation entre un créancier et un débiteur. Surtout, le caractère obligatoire de la norme contractuelle est indépendant de son contenu ; peu importe qu'il soit obligationnel ou non obligationnel, « la norme née du contrat va s'imposer aux parties comme s'imposerait à elles une norme légale ; (le caractère obligatoire) signifie aussi que cette norme va servir de référence au juge lorsqu'il sera chargé de régler un litige entre les parties : il devra alors appliquer le contrat comme il appliquerait la loi ». Bien entendu, la norme créée par le contrat « se situe à l'étage inférieure de la pyramide et elle tient sa valeur de la norme supérieure qui autorise les contractants à la créer. »⁴⁴⁷ Or, la structure complexe du cautionnement de dettes futures peut s'extraire sans difficulté de l'analyse purement obligationnelle si l'on admet la distinction entre la force obligatoire du contrat et son contenu obligationnel : M. Ancel explique en effet que le cautionnement n'est qu'un exemple de dissociation entre l'avènement de la force obligatoire et la naissance des obligations nées du contrat⁴⁴⁸. « La soi-disant obligation de couverture qui pèse sur la caution n'est que la traduction de la force obligatoire du contrat de cautionnement : dès la signature du contrat, la caution, même si elle n'est pas encore débitrice, est tenue par le contrat qui stipule que lorsque la personne cautionnée deviendra débitrice, la caution le deviendra également. »⁴⁴⁹ Dès lors, « la naissance des obligations de règlement (qui sont les seules véritables obligations) apparaît comme une effet juridique différé de la norme contractuelle ».

S'inspirant des développements de M. Ancel, deux thèses récentes ont récusé le caractère obligationnel de l'obligation de couverture, soit par un affaiblissement de la notion, soit par sa modification.

197 Ainsi M. Bargue, dans une thèse consacrée à la notion de garantie, substitue à la notion d'obligation de couverture celle de « période de couverture »⁴⁵⁰. Selon lui, le seul et unique but de l'obligation de couverture est la délimitation dans le temps de la protection offerte au bénéficiaire. Le détour par la notion d'obligation n'est donc pas nécessaire. La période de couverture fait en réalité partie du cadre non obligationnel du contrat, cadre pendant lequel le garant est tenu en vertu de la seule

446. *ibid.*, p. 774.

447. *ibid.*, p. 775.

448. *ibid.*, p. 797.

449. *ibid.*, p. 798.

450. N. BARGUE, *Essai sur la notion de garantie* cit. §161 et s.

force obligatoire du contrat ⁴⁵¹. Ainsi, tous les contrats de garantie comportent une structure dualiste car ils présentent une dualité de phases. Lors d'une première période, au cours de laquelle plane l'incertitude, le garant, qui s'est déjà irrévocablement engagé, n'offre généralement aucune prestation particulière. C'est uniquement une fois réalisé l'événement redouté qu'il doit accomplir des actes de nature à restaurer les intérêts du bénéficiaire. Ces deux phases sont dissociées, aussi bien au moment de leur naissance que de leur extinction.

198 Cette analyse est partiellement reprise par M. Vincent Mazeaud, qui propose dans sa thèse une analyse très approfondie et très complète de la notion d'obligation de couverture ⁴⁵². Se penchant sur son origine et son évolution, il conclut à l'existence de deux significations contemporaines de l'obligation de couverture, l'une matérielle et l'autre temporelle. La première correspond bien à une obligation, mais dont les caractéristiques sont quelque peu différentes de celle imaginée par M. Mouly, puisque le règlement, loin d'être une obligation distincte, en est l'exécution. La seconde est proche de la présentation structurale de M. Bargue, mais cantonnée à la garantie de dettes futures.

199 Concernant la signification matérielle de l'obligation de couverture ⁴⁵³, elle contribue à un renouvellement contemporain de la notion, dans lequel elle tend à se confondre, du moins partiellement, avec celle de garantie : lorsque dans un contrat

451. *ibid.*, §178.

452. V. MAZEAUD, *L'obligation de couverture* cit..

453. La signification temporelle de l'obligation de couverture présentée par M. Vincent Mazeaud ne présente pas de pertinence pour notre étude. En effet, elle permet à l'auteur de distinguer la période de couverture, de la période de mise en œuvre de la garantie, au sein d'une typologie des durées d'efficacité des garanties. La justification de la période de couverture vient de la particularité des garanties couvrant un ou des risques futurs, « risque d'apparition d'un risque en quelque sorte » (§336). En matière de garanties de paiement, le risque est futur lorsque la dette principale n'est pas encore née. C'est pourquoi les garanties de dettes futures conjuguent une période d'inscription du risque (qui correspond à la période dite « de couverture »), qui encadre la naissance des risques futurs, une période de réalisation du risque, qui permet de délimiter la période au sein de laquelle le risque doit se réaliser pour être couvert, et enfin une période de mise en œuvre de la garantie, qui fixe une durée au sein de laquelle le créancier doit réclamer le bénéfice de la garantie (§337).

Ainsi, la période de couverture encadre la formation du risque, et non sa réalisation : « La distinction entre la période d'inscription du risque et la période de réalisation du risque peut être ainsi résumée : la première encadre la formation du risque, tandis que la seconde encadre la réalisation du risque, c'est-à-dire le sinistre. L'une et l'autre peuvent influencer sur l'étendue de l'engagement du garant. Néanmoins, leur régime est sensiblement différent : l'extinction de la période de réalisation du risque va interdire l'exigibilité de l'obligation du garant pour les risques réalisés postérieurement à son écoulement. Ainsi, la résiliation de l'assurance emporte la cessation de la prise en charge des sinistres postérieurs, tandis que l'achèvement de la période d'inscription d'un risque futur emporte le maintien de la garantie pour tous les risques formés antérieurement, quelle que soit leur date de réalisation. Les périodes d'inscription d'un risque futur peuvent ainsi être distinguées des périodes de réalisation d'un risque présent » (§336).

une des obligations premières est une obligation de couverture, alors il s'agit d'un contrat de garantie. La définition de l'obligation de couverture « contemporaine » est centrée autour du risque et du principe d'exécution conditionnée à la réalisation de ce dernier.

Il nous semble que cette définition contemporaine de l'obligation de couverture pourrait permettre de donner à la notion de garantie un contenu obligationnel. Nous allons exposer les développements de M. Mazeaud dans un premier temps, puis nous verrons que la proposition doit être réfutée (2.).

2. Le renouvellement contemporain de l'obligation de couverture

200 M. Mazeaud distingue deux formes de garantie, qui se caractérisent par leur finalité : « Toute obligation de garantie n'est pas une obligation de couverture »⁴⁵⁴. En effet, la garantie comprend aussi bien la prévention d'un risque que sa couverture ; prévention et couverture donnent lieu toutes les deux à une obligation. Néanmoins, « on peut être obligé de prévenir un risque sans devoir nécessairement le couvrir, et inversement. »⁴⁵⁵ Ainsi, ni la caution ni l'assureur n'ont l'obligation juridique de prévenir le risque, bien qu'ils le couvrent.

La garantie recouvre donc deux fonctions distinctes : la prévention et la couverture. Cette dernière, qui fait l'objet d'une analyse approfondie, présente un aspect double : elle se distingue, d'une part, par sa finalité, d'autre part, par sa structure. Si l'analyse de M. Mazeaud relative à la finalité de la couverture est convaincante, celle relative à la structure est plus critiquable.

201 La finalité est entendue par M. Mazeaud comme le but ou la fonction typique conférée à l'obligation envisagée⁴⁵⁶. Il distingue deux finalités : les obligations qui réalisent l'échange et celles qui sanctionnent l'échange. Les premières ont vocation à être exécutées selon le cours normal des choses, et sont constitutives d'un bienfait pour les parties. En revanche, les « obligations-sanction » sont des obligations pathologiques, qui n'ont vocation à être exécutées qu'en présence d'un accident dans le cours de la convention, d'un risque. Au sein de la catégorie des obligations-sanction, M. Mazeaud distingue deux sous-catégories⁴⁵⁷ : les obligations pénales et les obligations de couverture. La première a pour but de punir et l'autre de compenser.

Nous embrassons pleinement l'idée que la garantie se confond avec celle de

454. *ibid.*, §217.

455. *ibid.*, §217.

456. *ibid.*, §315.

457. *ibid.*, §316.

compensation. Néanmoins, M. Mazeaud ne se contente pas de présenter la garantie sous l'angle d'une analyse purement fonctionnelle. Il présente une analyse structurelle de l'obligation de couverture qui est critiquable.

202 En effet, selon cet auteur, la spécificité de la prestation est constituée aussi bien par sa structure que par sa finalité. Elle est hypothétique et finalisée⁴⁵⁸.

Par hypothétique, M. Mazeaud entend dire qu'elle épouse le mécanisme de la condition. Il s'agit d'une condition essentielle, distincte de la condition modalité. « En présence d'une modalité, lorsque l'évènement constitutif de la condition suspensive est certain (...), l'obligation envisagée n'est pas annulée, mais devient pure et simple, tandis qu'en présence d'une condition essentielle, c'est l'efficacité de l'obligation principale qui est en cause »⁴⁵⁹. La condition essentielle n'affecte pas la formation de l'obligation, mais seulement son exécution⁴⁶⁰.

Par ailleurs, l'auteur insiste sur le fait qu'il convient de distinguer obligation conditionnelle et obligation aléatoire. Seul un contrat peut être aléatoire, c'est-à-dire « en raison de son économie propre et d'un déséquilibre entre les prestations réciproques des parties, que celui-ci soit d'ordre structurel ou bien qu'il affecte la valeur de l'une des prestations »⁴⁶¹. Comme on l'a vu dans le premier chapitre, dans les contrats aléatoires, les obligations ne sont pas toujours conditionnelles : le contrat peut revêtir diverses structures, qu'il s'articule autour d'obligations à terme, comme dans la vente immobilière où le prix prend la forme d'une rente viagère, d'obligations pures et simples comme dans la vente d'un coup de filet, et bien sûr d'obligations conditionnelles, comme dans l'assurance et le pari.

Or, si l'on suit le raisonnement de M. Mazeaud, la conclusion qui s'impose consiste à définir le contrat aléatoire de garantie comme celui qui est aléatoire parce qu'une des obligations est affectée d'une condition essentielle. Si le contrat aléatoire ne présente pas une obligation essentiellement conditionnelle, alors il ne peut être qualifié comme contrat de garantie. Pourtant il existe une catégorie de contrat d'assurance qui ne présente pas une obligation conditionnelle⁴⁶² : le contrat d'assurance en cas de décès vie entière, dans lequel l'assureur est tenu de verser le capital fixé par le contrat au

458. *ibid.*, §286.

459. *ibid.*, §301.

460. Mme Nicolas soutient l'existence d'une obligation conditionnelle dans le contrat d'assurance identique à celle décrite par M. Mazeaud (V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse...* cit., n°155 à 157).

461. V. MAZEAUD, *L'obligation de couverture* cit., §303.

462. Nous n'incluons pas dans notre analyse les assurances mixtes car il s'agit d'opérations constituées par la réunion de deux contrats : un contrat d'assurance en cas de vie et un contrat d'assurance en cas de décès. Notre étude porte sur le contrat lui-même, et non sur les opérations plus globales dans lesquels ils sont parfois inscrits.

moment du décès du souscripteur, à quelque moment que ce soit. Le contrat est bien aléatoire car les parties courent une chance de gain ou un risque de perte corrélatifs selon le moment où interviendra le décès du souscripteur⁴⁶³.

En effet, dans le contrat d'assurance, l'aléa peut porter sur la survenance de l'évènement aléatoire ou bien sur le moment de sa survenance. Dans le cadre des assurances vie entière, l'aléa porte sur le moment de survenance de l'évènement aléatoire, puisque la survenance du décès est certaine⁴⁶⁴. Dès lors, il semble hasardeux d'affirmer, comme le fait M. Mazeaud, que les contrats de garantie dont la finalité est de couvrir un risque, présentent structurellement une obligation essentiellement conditionnelle.

203 En conclusion, il nous semble que les tentatives pour exprimer la notion de garantie à travers un type de contrat n'emportent pas la conviction : la qualification de la garantie comme cession d'un risque fait d'une métaphore un concept juridique ; l'image est belle, mais elle ne permet pas d'y associer un régime. L'obligation de couverture, qui a le mérite de poser dans le temps les limites de l'étendue de l'obligation du garant, est quelque peu dépourvue de consistance. Quant à sa présentation moderne, qui a été proposée par M. Mazeaud, elle n'est pas rapportable à une structure obligationnelle type. La fourniture d'une garantie ne peut donc être associée à une prestation typique.

204 Nous verrons à présent que la fourniture d'une garantie ne peut pas non plus être associée à une catégorie de prestations. En effet, elle est irréductible à un classement selon l'objet de l'obligation, car elle peut prendre corps aussi bien dans une obligation de donner que dans une obligation de faire (§2).

463. En effet, si le souscripteur a payé un capital en une fois, le montant de ce dernier a été calculé sur des tables de mortalité ; ainsi, si l'assuré a vécu plus longtemps que la moyenne, il a fait une perte. S'il a vécu moins longtemps, c'est l'assureur qui perd. La cause du contrat étant la recherche d'une chance de gain ou d'un risque de perte corrélatifs, le caractère aléatoire des contrats d'assurance décès vie entière ne fait pas de doute. Certes, la qualification de ce type d'opérations comme contrats d'assurance a pu être contestée ; il demeure qu'elles ne contredisent en rien les deux critères de qualification que nous avons précédemment dégagés, c'est-à-dire le caractère aléatoire du contrat et l'intérêt d'assurance.

464. Il est vrai que la qualification de ce contrat comme contrat d'assurance est contestée par Mme Nicolas (V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse...* cit., §735), qui lui reproche de ne pas être suffisamment aléatoire, comme doit l'être un contrat d'assurance, qui « exige un déséquilibre absolu, c'est-à-dire dans lequel l'une des prestations peut être égale à zéro. » Selon elle, « si cette hypothèse est exclue, le contrat examiné n'est pas aléatoire au sens où le contrat d'assurance l'est ». Néanmoins, cette critique porte sur le caractère aléatoire du contrat, et non sur sa fonction de garantie.

§2 L'impossibilité de classer la prestation de garantie selon son objet

205 L'ancien article 1101 du code civil classait les types d'obligation selon leur objet : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. » La réforme portée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a modifié le contenu de cet article qui est à présent rédigé ainsi : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. » La définition du nouvel article 1101 du code civil est à la fois évasive, en ce qu'elle ne définit plus le type d'obligations contractuelles, et restrictive, en ce qu'elle limite les effets du contrat à la création d'obligations. Néanmoins, l'ancien 1101 du code civil faisait l'objet de critiques justifiées⁴⁶⁵.

206 Il demeure que s'est posée, en matière d'assurances, la question de savoir si une prestation en nature pouvait constituer une garantie. L'enjeu du problème concernait l'assistance et son éventuelle assimilation avec le régime du contrat d'assurance.

C'est une réponse affirmative que, sous l'impulsion du droit de l'Union européenne⁴⁶⁶, le législateur français a admise : l'article 33-I de la loi du 7 janvier 1981 modifie l'article L. 113-5 du code des assurances, afin que l'assureur puisse être tenu d'une obligation de faire. Par la suite, le décret du 27 avril 1988 a ajouté la branche 18, intitulée : « Assistance aux personnes en difficulté, notamment au cours de déplacements », dans la nomenclature des assurances énoncée à l'article R. 321-1 du code des assurances.

Il faut donc en conclure que, d'une part, la prestation de l'assureur peut être une prestation en nature, et que, d'autre part, l'assistance couvre un risque spécifique. Ce risque spécifique ne se recoupe pas avec celui que couvrent d'autres branches d'assurance, puisqu'il consiste en la nécessité de financer et d'organiser l'intervention de prestataires en certaines situations⁴⁶⁷.

207 Si le problème de l'inclusion de l'assistance dans l'assurance semble être résolu, en réalité certaines questions demeurent en suspens. La première consiste

465. Ces critiques sont présentées *infra* (B).

466. La directive européenne 84/641/CEE du 10 décembre 1984 a intégré l'assistance dans la réglementation de l'assurance.

467. S. BEAUGENDRE, *Contrat d'assistance et activité d'assurance*, L.G.D.J., préf. F. Collart Dutilleul, 2000, §66.

à nous interroger sur la compatibilité entre une obligation de faire et la notion d'indemnisation, alors que sur ce point, la rédaction de l'article L. 113-5 du code des assurances recèle des ambiguïtés.

En effet, le législateur, en modifiant la rédaction de l'article L.113-5 du code des assurances, a substitué le terme de « prestation » à celui d'« indemnité » : l'ancienne rédaction de cet article disposait : « Lors de la réalisation du risque ou à l'échéance du contrat, l'assureur est tenu de payer dans le délai convenu l'indemnité ou la somme déterminée d'après le contrat », tandis que la nouvelle prévoit que : « lors de la réalisation du risque ou à l'échéance du contrat, l'assureur doit exécuter dans le délai convenu la prestation déterminée par le contrat et ne peut être tenu au-delà ». Certes, dans l'ancienne rédaction, l'indemnisation occupait une place circonscrite, puisqu'elle était opposée à la « somme déterminée d'après le contrat », de sorte qu'en filigrane, il était clair que la fonction d'indemnisation était attribuée aux seules assurances de dommages⁴⁶⁸. Il n'en demeure pas moins que cette notion était présente dans l'esprit du législateur, alors que dans la nouvelle rédaction, toute référence à l'indemnité a disparu. Or, en l'absence de toute définition légale du contrat d'assurance, tout se passe désormais comme si les parties avaient une entière liberté de définir contractuellement la nature de la prestation de l'assureur, voire la cause du contrat. Le souci d'étendre l'obligation de payer, dont était originellement tenu l'assureur, à une obligation de faire a conduit le législateur à adopter une définition si large qu'elle ne remplit plus sa fonction descriptive. Cela engendre une situation délicate, puisque la prime ne permettant pas de discriminer le contrat d'assurance de tous les autres contrats conclus à titre onéreux, la « prestation caractéristique » du contrat repose sans nul doute sur la prestation de l'assureur. Si cette dernière consiste en l'accomplissement de ce que les parties ont prévu au contrat, alors on pourrait imaginer des situations absurdes dans lesquelles les parties décideraient contractuellement qu'en échange du paiement de la « prime » par le souscripteur, l'assureur ferait des claquettes au moment de la survenance du risque. Le spectacle pourrait être amusant, mais la qualification du contrat comme contrat d'assurance serait peu convaincante.

Par conséquent, la faiblesse qui affecte la rédaction de l'article L.113-5 du code des assurances nous permet de considérer que la disparition de la notion d'indemnité ne constitue pas un obstacle dirimant à la définition de la prestation de l'assureur comme une indemnisation.

468. Cette affirmation a été réfutée dans le chapitre précédent : l'indemnisation forfaitaire est parfaitement concevable, de sorte qu'il est erroné de réserver la fonction d'indemnisation aux seules assurances de dommages.

208 Par ailleurs, au-delà de la compatibilité entre la fourniture d'une indemnisation et celle d'une garantie en nature, d'autres questions méritent d'être soulevées. La première est la nécessité de déterminer si la distinction portée par les anciens articles 1101 et 1126 du code civil entre l'objet de la prestation, suivant le schéma obligation de donner/ obligation de faire ou de ne pas faire, doit avoir une incidence sur la définition de la cause typique (A). Ensuite, il faut vérifier qu'il n'existe pas une opposition théorique irréductible entre l'obligation de payer une somme d'argent et l'obligation en nature, de sorte que, si c'était le cas, le contrat d'assistance ne pourrait pas être un contrat d'assurance (B).

A L'incidence des distinctions relatives à l'objet de l'obligation sur la définition de la cause typique

209 L'obligation de payer une somme d'argent et la fourniture d'une prestation de service n'appartiennent pas à la même catégorie de prestations, lorsqu'elles sont classées d'après leur objet. Or, admettre que les contrats d'assistance entrent dans la catégorie des contrats d'assurance revient à passer outre cette distinction pour attribuer aux deux contrats la même cause typique. La tension qui existe entre la structure et la finalité du contrat nous incite à nous demander quelle est l'incidence des distinctions relatives à l'objet de l'obligation sur la définition de la cause typique.

210 En vertu de la fonction de modèle et d'ordre de la cause typique, l'obligation fondamentale (dans son rôle d'ordre) ou l'obligation essentielle (dans sa fonction de modèle) implique une nécessaire cristallisation de la prestation. Par conséquent, les contrats dont l'objet de la prestation diffère, appartiendraient à des types distincts. Néanmoins, cette assertion doit être nuancée, en raison du lien étroit présenté par Mme Rochfeld entre les obligations imposées par la causalité typique et la finalité recherchée par les parties. L'appréhension finaliste de la cause est prépondérante aussi bien dans la présentation de la fonction de modèle que dans celle d'ordre. Ainsi, à propos de la fonction de modèle, Mme Rochfeld écrit : « Si la poursuite d'une finalité connue pousse les parties à s'engager dans un même type de contrat, il suffit que leur accord se forme sur le choix de ce dernier. Celui-ci étant effectué, il implique automatiquement les obligations composant les éléments essentiels de cette figure contractuelle. Aussi, que les parties prévoient l'ensemble de leurs obligations ou qu'elles s'en tiennent au choix du type de contrat, leur structure contractuelle est dessinée selon un schéma préétabli et induit, de façon inhérente, la présence des

obligations composant la cause »⁴⁶⁹. A propos de la fonction d'ordre, elle évoque « le lien tracé entre une finalité connue et une structure contractuelle donnée [qui] implique non seulement que les différents termes de l'échange soient automatiquement impliqués par le choix de ce type (...), mais également que ces contreparties ne puissent être remises en question »⁴⁷⁰. Certes, il ressort de ces affirmations que Mme Rochfeld n'envisage pas clairement l'hypothèse d'un conflit entre la structure contractuelle et la finalité recherchée. Néanmoins, elle cite à l'appui de son exposé sur la cause typique la jurisprudence relative aux clauses *claim made* rendue en matière de contrats d'assurance de responsabilité, ainsi que la célèbre jurisprudence dite *Chronopost*⁴⁷¹. Ces deux jurisprudences illustrent la sanction qui frappe les contrats dont la finalité est dévoyée, malgré la constatation d'une contrepartie, de sorte que si la portée de l'engagement est trahi, le contrat est dépourvu de cause. Or l'appréciation de cette « trahison » n'est possible qu'au regard d'une référence pré-établie, qui est précisément, pour Mme Rochfeld, la cause typique du contrat. Il faut donc en conclure que la finalité recherchée par les parties constitue l'essence même de la cause typique, et que les obligations n'en sont que le support.

La tension qui existe entre le contenu structurel du contrat et sa finalité globale est expliquée par Mme Lucas-Puget, qui encourage le dépassement de l'analyse purement analytique du contrat et son approche globale pour en appréhender l'objet⁴⁷² : « L'objet, quoique intimement lié à ce contenu⁴⁷³, s'en distingue toutefois conceptuellement. Défini comme la finalité immédiate poursuivie par les parties, il est le résultat juridique voulu de ce contenu et non pas le contenu lui-même. Or, pour les contrats de structure échangiste, l'échange des prestations constitue à n'en pas douter ce résultat. Il y a correspondance entre les prestations promises agencées dans un rapport de réciprocité et la finalité poursuivie. C'est pour cette raison que la distinction entre structure et objet n'est pas aisée à percevoir »⁴⁷⁴. Or, parmi les objets possibles du contrat présentés par Mme Lucas-Puget, qui identifie l'échange, la fourniture de prestations ou une opération procédant de l'association de prestations⁴⁷⁵, il est clair que le contrat d'assurance se classe dans l'échange de prestations : « Vaste catégorie des contrats ayant pour objet un échange de prestations, ceux qui ont pour finalité l'accomplissement d'une prestation en contrepartie du paiement

469. J. ROCHFELD, « La cause » cit., §61.

470. *ibid.*, §62.

471. *ibid.*, §62.

472. Nous avons vu, dans le chapitre introductif, que la notion d'objet du contrat au sens où l'entend Mme Lucas-Puget est très proche de celle de cause du contrat pour les contrats présentant une cause typique.

473. Il s'agit du contenu contractuel.

474. A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat* cit., §378.

475. *ibid.*, §406 et s.

d'un prix »⁴⁷⁶, les deux autres catégories s'adressant, pour la première, aux contrats conclus à titre gratuit, et pour la seconde, aux contrats « instruments d'alliance »⁴⁷⁷, comme le contrat de société. On comprend mieux pourquoi Mme Rochfeld n'envisage pas explicitement l'hypothèse d'un conflit entre la structure analytique du contrat et sa finalité, puisque le cas est extrêmement rare. Mme Lucas-Puget, si elle a le mérite d'envisager la question, ne la présente que comme une hypothèse théorique. Il nous semble pourtant que le problème posé par l'inclusion de l'assistance dans l'assurance est une illustration de cette hypothèse, illustration permise par le fait que l'élément principal de la cause typique du contrat d'assurance repose sur une notion fonctionnelle, la garantie. En effet, les moyens mis en œuvre par l'assureur sont dénués de pertinence au regard de la qualification du contrat dès lors que la finalité de garantie est respectée. Par conséquent, du point de vue de l'analyse globale du contrat, le fait que la prestation de l'assureur consiste en une obligation de payer une somme d'argent ou bien de fournir une prestation de service n'a pas d'impact sur la cause typique.

211 De plus, si les contrats d'assurance et les contrats d'assistance peuvent servir tous deux une finalité de garantie, l'étude du contenu de chacune des prestations permet de déterminer qu'il n'existe pas d'opposition irréductible entre elles⁴⁷⁸.

En effet, les obligations de payer une somme d'argent et les obligations de faire correspondent à deux types d'obligations très proches. Nous tenterons donc de démontrer que la distinction des objets des obligations ne constitue pas un obstacle du point de vue de la qualification (B).

476. *ibid.*, §407.

477. *ibid.*, §419.

478. Le classement de l'obligation de payer une somme d'argent a suscité nombre de difficultés (sur cette question, voir P. SIMLER, « Contrats et obligations, classifications des obligations, distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *J.-Cl. Civil code*, fasc. 10, 2016, §70). Un auteur a même proposé, de façon peu convaincante, de classer cette obligation dans le *dare* ou le *facere* selon le mode de paiement utilisé (G. SOUSI, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », *RTD civ.*, 1982, p. 514). Pour une présentation détaillée des diverses propositions doctrinales, cf. R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. Mayer, L.G.D.J., 1992, §441.

B L'absence d'obstacle relatif à la distinction de objets entre l'obligation de payer une somme d'argent et l'obligation de faire du point de vue de la qualification

212 Le classement entre obligation de faire et obligation de donner est dépourvu de pertinence : en effet, donner c'est déjà faire quelque chose. La distinction entre le donner et le faire ne peut se justifier que si l'on limite le *dare* au transfert de propriété. Or, une certaine doctrine considère, à juste titre nous semble-t-il, que l'obligation de donner ainsi conçue est dépourvue de consistance : en effet, le transfert de propriété est un effet légal automatique du contrat en droit français. Or, « il est impossible de dire d'un fait qui se produit de plein droit qu'il correspond à une obligation pesant sur une partie »⁴⁷⁹.

L'idée sous-jacente de cette théorie est que la prestation suppose une action positive de la part de son débiteur : « Le transfert de propriété ne peut au demeurant pas constituer une obligation en ce sens qu'il s'agit non pas de quelque chose de matériel, de tangible, qu'un contractant pourrait accomplir, mais d'un concept abstrait, purement juridique »⁴⁸⁰. On retrouve en filigrane la théorie de M. Ancel, qui distingue le contenu obligationnel du contrat de ses autres effets. Appliquée à la distinction entre les différents objets de l'obligation, la théorie est susceptible d'aboutir à une disparition du *dare* au profit d'une nouvelle *summa divisio*, qui distinguerait les obligations en nature de celles de sommes d'argent⁴⁸¹.

213 Néanmoins, le versement d'une somme d'argent destinée à compenser un préjudice doit-il être considéré comme l'équivalent du paiement d'un prix, sous prétexte qu'il s'agit dans les deux cas d'une obligation monétaire ?

La théorie de la dette de valeur propose une réponse à ce problème : les dettes de valeur, issues de la doctrine allemande des années 1925, forment une catégorie hybride : « Comme l'obligation de somme d'argent, elle s'exécute en monnaie. Mais à la différence de l'obligation purement monétaire, dont la monnaie constitue l'objet, la dette de valeur a pour objet, dit-on, une valeur, non de la monnaie. En cela elle se rapproche de l'obligation en nature. Elle ne trouve son expression monétaire qu'au stade de son exécution. La monnaie s'y trouve seulement *in solutione*, point *in*

479. M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.*, 1996, p. 85, n°5.

480. *ibid.*, n°5.

481. Sur cette question, voir L.-F. PIGNARRE, *Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé, essai d'une théorisation à partir d'une distinction*, préf. J.-P. Tosi, L.G.D.J., 2010.

obligatione »^{482 483}.

214 M. Libchaber, qui part d'une distinction opérée par le doyen Carbonnier⁴⁸⁴, distingue les situations dans lesquelles il y a une correspondance parfaite entre l'objet de l'obligation et la prestation, et celles où ce n'est pas le cas. Il donne comme exemple de correspondance parfaite l'hypothèse dans laquelle un conducteur maladroit a endommagé le mur du voisin, et doit le reconstruire. L'objet de son obligation est la reconstruction du mur. La prestation attendue de lui correspond en tout point à l'objet de l'obligation : c'est de construire ou de faire reconstruire le mur. En revanche, et cela est patent dans les prestations monétaires, la prestation (le versement d'une somme d'argent) ne se confond pas nécessairement avec l'objet de l'obligation : ainsi la dette de réparation n'a pas pour objet une somme d'argent mais le préjudice subi : « Qu'à un certain moment, en raison d'un paiement prochain, ce préjudice soit converti en monnaie ne doit pas masquer que la monnaie n'est ici qu'un mode obligé de réparation, mais pas l'objet de l'obligation »⁴⁸⁵, si l'on ne veut pas dénaturer certains types d'obligation. M. Libchaber distingue donc deux types d'obligations : celles qui présentent une identité matérielle entre l'objet de l'obligation et la prestation, et celles dont la connaissance de l'objet de l'obligation ne permet pas de savoir *a priori* quel sera le *quantum* de la prestation⁴⁸⁶. Néanmoins, dans ce second type d'obligation, l'objet demeure déterminable, puisqu'on sait que l'obligation s'exécutera en monnaie : la seule inconnue est la quantité de monnaie nécessaire pour éteindre l'obligation⁴⁸⁷. C'est sur ces bases que M. Libchaber pose la distinction entre les obligations en nature et les obligations en valeur, qui s'opposent dans leur structure et dans leur régime, les obligations en nature se définissant par l'identité de leur objet avec celui de la prestation qui l'exécute, tandis que les obligations en valeur présenteraient une dissociation entre l'objet de l'obligation et l'objet de la prestation.

215 Par la suite, M. Libchaber s'interroge sur la place de l'obligation monétaire au sein de cette distinction. Selon lui, le classement des obligations monétaires implique

482. F. GRUA et N. CAYROL, « Monnaie, dettes de valeur. principales applications, liquidation », *J.-Cl. Civil code*, fasc. 21, 2012, §2.

483. La dette de valeur est une réponse au principe du nominalisme monétaire, instauré par l'article 1895 du code civil.

484. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations, tome 4*, P.U.F., 2000, §12 : « Dans le cas de la dette de monnaie, le débiteur est tenu d'une obligation de *donner* : il doit donner un certain nombre d'unités monétaires, qu'il appartiendra ensuite au créancier d'utiliser. Ici, le débiteur est tenu d'une obligation de *faire* : il doit procurer au créancier un certain résultat, quel qu'en soit le prix ».

485. R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé* cit., §225.

486. *ibid.*, §226.

487. *ibid.*, §226.

au préalable de distinguer les obligations libellées en unités de valeur de celles libellées en unité de paiement⁴⁸⁸. Les obligations libellées en unité de paiement sont des obligations en nature, car dans ces obligations « la monnaie n'est plus qu'une variété de marchandise considérée dans son *quantum*, et non pour sa valeur »⁴⁸⁹, de sorte qu'elles présentent bien une identité matérielle de l'objet de l'obligation et de celui de la prestation. Ainsi, constituent des obligations monétaires en nature toutes les situations où le versement d'une somme d'argent n'est pas motivé par l'extinction d'une dette préexistante libellée en unités de valeur. M. Libchaber distingue trois causes possibles de transfert de monnaie de paiement⁴⁹⁰ : le paiement est justifié par l'existence d'une dette ; il est justifié par l'intention libérale du *solvens* (hypothèse de la donation de somme d'argent) ; enfin, l'obligation de restitution naît de contrats réels.

En revanche, les obligations monétaires libellées en unités de valeur constituent des obligations en valeur, car il existe une dissociation entre l'objet de l'obligation et l'objet de la prestation : l'objet de l'obligation est composé d'unité de valeur, tandis que la prestation est exécutée par un versement d'unités de paiement. Par cette appellation, M. Libchaber propose une nouvelle analyse conforme à la théorie des dettes de valeur⁴⁹¹.

216 La théorie de M. Libchaber permet d'expliquer pourquoi les obligations qui se

488. *ibid.*, §236.

489. *ibid.*, §237.

490. *ibid.*, §240.

491. La critique principale opposée à la théorie de M. Libchaber et d'une façon plus générale, aux partisans de la dette de valeur, repose sur le fait que la valeur ne peut être l'objet d'une obligation. Ainsi, M. Grua écrit (F. GRUA et N. CAYROL, « Monnaie, dettes de valeur » cit., §4) : « Dire qu'une dette a pour objet une valeur n'est qu'une manière de parler, car une valeur est un concept psychologique ou économique, point une prestation. On ne fait ni ne donne une valeur, mais quelque chose qui en a une. Présenter la valeur comme l'objet de la dette peut seulement vouloir signifier que la valeur est la mesure de la somme d'argent qui est due. Elle est bien *in obligatione*. Mais elle n'est pas l'*obligatio*. On ne peut pas confondre l'objet de la dette avec la référence qui sert à déterminer cet objet dans son *quantum* (...). L'objet réel, la seule prestation véritable, est ce qu'on trouve *in solutione*, c'est-à-dire une certaine somme d'argent. » Dans le même sens, cf. L.-F. PIGNARRE, *Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé* cit., §221.

Nous souscrivons à l'idée que l'objet de l'obligation ne peut pas être une valeur : toute chose pouvant être rapportée à une valeur, la catégorie de dette de valeur présente une vocation extensive qui la prive de tout intérêt en matière de classification. D'ailleurs, dans la théorie de M. Libchaber, la catégorie des obligations en valeur libellées en unités de valeur (autrement dit : les dettes de valeur) recouvre quasiment tous les types de contrats, exceptés quelques cas spécifiques. En réalité, la valeur entendue comme objet de l'obligation n'est autre qu'une métonymie, dans laquelle l'objet de l'obligation est désigné par son évaluation monétaire. Ainsi, dans la dette de dommages et intérêts, qui est l'exemple topique de la dette de valeur, il apparaît clairement que l'objet de l'obligation de la partie qui indemnise n'est pas une valeur, mais le préjudice subi par l'autre partie, préjudice lui-même rapporté à un montant financier.

dénouent par le versement d'une somme d'argent n'ont pas toutes nécessairement le même objet, grâce à la distinction qu'il opère entre les deux fonctions de la monnaie, unité de valeur et unité de paiement⁴⁹². Cette analyse repose sur une distinction entre l'objet de l'obligation et l'objet de prestation, entre lesquels il peut exister un hiatus.

En effet, le mérite de la notion de dettes de valeur est qu'elle permet d'offrir une grille d'analyse pour les hypothèses dans lesquelles il existe une dissociation entre l'objet de l'obligation et l'objet de la prestation : le préjudice donne lieu au paiement d'une somme d'argent. Lorsque le préjudice a engendré des dépenses (frais de médicaments par exemple), alors il existe en quelque sorte un glissement du préjudice physique au préjudice financier, de sorte que la réparation, donc l'objet de la prestation, qui consiste dans le versement d'une somme d'argent, peut être parfaitement calqué et dans sa nature et dans son montant sur « l'objet » de l'obligation. Cependant, il s'agit là d'un leurre, car le préjudice, qu'il soit financier, physique ou psychologique, n'est pas de même nature qu'une dette de somme d'argent. La dette n'est que la quantification financière du préjudice ; le préjudice et la dette sont dans tous les cas distincts, de sorte que l'objet de l'obligation ne correspond pas à l'objet de la prestation.

Ainsi, l'objet de l'obligation de l'assureur est le dommage⁴⁹³ subi par le cocontractant ou par la victime tiers au contrat (qui se traduit par un préjudice financier pour le souscripteur d'assurance), et non le versement d'une somme d'argent. L'objet de l'obligation est identique à celle de l'assisteur.

Quant à la prestation, elle présente un visage polymorphe, en raison du caractère fonctionnel de la garantie : le mode qu'utilise l'assureur/assisteur pour prendre en charge le dommage ne constitue pas un critère de qualification du contrat. D'ailleurs les modalités de prestation ne diffèrent pas toujours, et consistent parfois en le versement d'une somme d'argent à des tiers, afin d'éviter au bénéficiaire de s'endetter et d'avoir à coordonner lui-même les prestataires. Ainsi, dans les assurances de biens, l'assureur paie directement les entreprises afin que ces dernières réparent le dommage subi par le bien (travaux de peinture, etc), tandis que l'assisteur (en matière médicale par exemple) verse de l'argent à des organismes afin que ces derniers prennent en

492. R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé* cit., §17 et s.

493. C'est pourquoi nous ne souscrivons pas à l'analyse de M. Pignarre (L.-F. PIGNARRE, *Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé* cit., §227 et 244), selon laquelle la notion de dette de valeur ne serait en réalité qu'un mécanisme permettant de différer la date de naissance d'une obligation de somme d'argent, afin de la faire échapper au nominalisme monétaire. En effet, prenant prétexte de l'inadéquation de la notion de valeur pour définir l'objet d'une obligation, cette analyse ignore toute distinction entre les différentes obligations se résolvant par le paiement d'une somme d'argent.

charge le rapatriement du souscripteur bénéficiaire.

217 En conclusion, les obligations qui s'exécutent par le versement d'une somme d'argent appartiennent à différentes catégories, caractérisées selon l'objet de l'obligation. Certaines d'entre elles n'ont pas comme objet de l'obligation une somme d'argent, même si elles s'exécutent par le versement d'une somme d'argent. Ce versement ne constitue qu'une des modalités possibles d'exécution de l'obligation, qui pourrait également s'exécuter « en nature », par un acte positif du débiteur⁴⁹⁴.

218 Finalement, aucune tentative pour associer la fourniture d'une garantie à un type de prestation ne résiste à l'examen. Elle ne renvoie pas à une prestation bien définie, ni même à un type objectif de prestation.

Conclusion

219 Nous avons vu que lorsque l'on limite la définition de la cause de l'engagement de l'assureur au souci de percevoir une prime ou une cotisation, les causes de chaque obligation ne se rencontrent pas sur la notion de garantie, de sorte que la finalité socio-économique du contrat demeure mystérieuse. En effet, les éléments qualificatifs que nous avons dégagés précédemment sont insuffisants pour tracer une frontière

494. La Cour de cassation a explicitement admis cette analyse pour le bail à nourriture, en analysant la prestation en nature du bailleur comme une modalité d'exécution de l'obligation, par opposition à l'objet de l'obligation, que le juge peut transformer en obligation de payer une somme d'argent en cas d'impossibilité d'exécution en nature. En témoigne l'arrêt rendu par la Cour de cassation (Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 1978, pourvoi n° 76-12.110, *BC* n° 194, p. 156), dans lequel un couple de personnes âgées avait cédé divers immeubles à un autre couple en échange de soins nécessaires à leur existence (« tous les soins nécessaires à l'existence, et notamment les nourrir, éclairer, chauffer, blanchir et raccommoquer jusqu'à leur décès »). Le mari décède et la veuve, preneuse du bail à nourriture, est obligée de vivre dans une maison de retraite. Elle demande dès lors aux bailleurs d'acquitter le prix de la pension. Les bailleurs refusent et la veuve les assigne en justice. Elle obtient gain de cause devant la cour d'appel et les bailleurs forment un pourvoi en cassation, selon lequel lorsque l'inexécution du contrat est du seul fait de la créancière, le juge ne peut transformer une obligation de faire en obligation de donner, en l'absence d'agrément ou de faute de la part du débiteur. La Cour de cassation rejette le pourvoi, estimant que l'impossibilité d'exécuter le contrat est due au fait non fautif des deux parties, de sorte que la cour d'appel avait pu, dans ces conditions, « substituer au mode d'exécution prévu au contrat un autre mode d'exécution mieux adapté aux circonstances et mieux approprié aux rapports des parties entre elles, en remplaçant l'obligation de faire qui découlait du bail à nourriture par une obligation en argent ayant le même objet ». Pour une solution très proche, *cf.* Cass. civ. 1^{ère}, 26 mars 1969, *BC* I, n°129 : « La cour d'appel, après avoir constaté que les mauvaises relations des parties rendaient impossible l'exécution en nature de la charge d'entretenir la donatrice, a pu en prescrire l'exécution par équivalent, sans que le bien-fondé de sa décision soit affecté par le rapprochement auquel elle procède de la situation sur laquelle elle statue et de celle qui résulte d'un bail à nourriture. »

nette entre la garantie et la spéculation : dans la mesure où l'objet de tous les contrats aléatoires est une mise en concurrence des parties, la finalité concrétisée du contrat d'assurance se distingue très difficilement de celle d'un pari à l'échelle du contrat lui-même. L'impact socio-économique d'un contrat aléatoire de garantie est semblable à celui d'un contrat de spéculation, comme en témoigne l'étude des contrats financiers qui servent parfois une fin de spéculation, parfois une fin de garantie, et parfois les deux, sans que cette distinction n'ait un impact sur le régime applicable.

Il est donc nécessaire, pour qualifier le contrat d'assurance, de définir la cause de l'engagement de l'assureur en lien avec la notion de garantie. Néanmoins, lorsque l'assureur est une société anonyme ou une société européenne, il faut bien reconnaître que seul l'espoir de gain constitue la cause de son engagement. Ainsi, l'intégration de la notion de garantie dans la finalité socio-économique du contrat ne peut se faire qu'au prix de deux solutions : soit l'on admet que seule la cause de l'engagement du souscripteur, qui recherche la garantie, doit être prise en considération pour la qualification du contrat ; soit l'on replace l'opération économique du contrat d'assurance dans un ensemble plus vaste qui révèle la finalité de garantie offerte par l'assureur. Si la première proposition n'est pas convaincante, il en va différemment de la seconde, qui implique néanmoins la nécessité d'adopter une vision subjectivée de la cause.

220 Après avoir tenté de démontrer la nécessité de lier la cause de l'engagement de l'assureur au souci de fournir une garantie, nous avons tenté d'analyser le contenu de la notion même de garantie. Nous avons vu cependant que, dépourvue d'autres précisions, elle ne renvoyait pas à un contenu obligationnel précis.

En effet, il est impossible de l'associer à un type de prestation : ainsi, les propositions doctrinales qui définissent le contrat d'assurance comme un contrat de transfert ou de cession de risque n'emportent pas la conviction, car elles reposent sur une réification du risque qui relève plus de la métaphore que de la réalité juridique. L'obligation de couverture, qui a été « découverte » par M. Mouly, ne résiste pas à la critique formulée par M. Ancel, selon laquelle il s'agit d'une obligation dépourvue de contenu obligationnel. La proposition alternative de l'obligation de couverture proposée par M. Mazeaud n'emporte pas non plus la conviction, en ce qu'elle repose sur un schéma structurel conditionnel trop rigide.

Enfin, l'étude du rapprochement entre l'assurance et l'assistance permet de démontrer que la notion de garantie se classe aussi bien dans les obligations de donner que dans les obligations de faire : elle est donc irréductible à toute catégorie d'obligations classées selon leur objet.

221 Par conséquent, on ne peut faire appel à la notion générale de garantie pour préciser la cause de l'engagement de l'assureur. Nous examinerons donc à présent la possibilité d'adopter une définition technique et non juridique de la garantie, en lien avec la technique d'assurance. Nous tenterons de présenter cette proposition et d'en étudier les implications dans le chapitre suivant.

Chapitre 2

La mutualisation des risques, critère de qualification du contrat d'assurance

222 Nous avons vu dans le chapitre précédent combien il était difficile de caractériser la notion de garantie lorsque l'on tente de définir la cause de l'engagement de l'assureur. Rétive aux concepts juridiques, elle ne permet pas de définir un type de prestation, et ne peut être invoquée comme finalité socio-économique du contrat que si l'on adopte une vision subjective de la cause.

L'enjeu de la définition est pourtant de taille : si la prestation de l'engagement de l'assureur n'est pas définie comme la fourniture d'une garantie, alors la distinction entre les contrats d'assurance et les contrats de pari est impossible. En effet, le caractère aléatoire est commun aux deux types de contrat⁴⁹⁵, tandis que l'intérêt d'assurance n'emporte que des conséquences limitées sur le régime applicable au contrat d'assurance, de sorte qu'il ne constitue pas un critère suffisant pour permettre sa qualification. Pourtant les régimes applicables aux contrats de pari et aux contrats d'assurance diffèrent radicalement.

223 L'étude du régime applicable au contrat d'assurance nous permettra de démontrer que la technique de garantie par mutualisation des risques constitue un critère distinctif du contrat (1). Elle correspond à la fonction économique du contrat, qui définit le besoin économique justifiant l'existence du contrat d'assurance en tant que fait générateur d'obligations (2).

495. Titre I, chapitre 1.

Section 1

La garantie par mutualisation des risques, critère distinctif du contrat d'assurance

224 Nous rappellerons les étapes de la construction du régime du contrat d'assurance (§1), afin d'éclairer les spécificités de son régime actuel (§2).

§1 La construction du régime du contrat d'assurance

225 Le régime du contrat d'assurance a comme socle la loi du 13 juillet 1930. Le projet ayant abouti à cette loi a été élaboré par une commission désignée le 5 juillet 1924, présidée par Henri Capitant⁴⁹⁶, après vingt-huit ans d'atermolements⁴⁹⁷. Dès 1902, moment où le ministère du commerce prit un arrêté afin de nommer une commission extra-parlementaire chargée de préparer un projet de loi, la protection de l'assuré fut l'idée déterminante de l'intervention du législateur⁴⁹⁸. Néanmoins, en raison des mouvements de résistance très forts exercés par les assureurs, l'objectif de protection des assurés a été progressivement remplacé par le souci de prévenir les conflits en fixant les règles du contrat ; tant et si bien d'ailleurs, que, selon Balcet, c'est le souci de protéger l'assureur contre les revendications inconsidérées de l'assuré qui l'emporte sur la protection de l'assuré dans l'avant-dernier projet, dit « projet Godart »⁴⁹⁹. Par la suite, ce projet, bien qu'il constitue le fond de la loi de 1930, a subi un certain nombre de modifications pour trouver sa forme définitive dans le projet Lafarge, présenté à la Chambre des députés le 5 août 1926 et au Sénat le 15 novembre 1927. A propos des intérêts protégés par la loi, M. Ancey, membre de la commission préparatoire du projet final, écrit⁵⁰⁰ : « La tâche s'imposait donc au législateur de rendre obligatoires, sans que les conventions puissent s'en écarter :

- Certaines conditions qui constituent l'essence même du contrat d'assurance ;

496. V. NICOLAS, *Droit des contrats d'assurance*, Economica, 2012, §108, p. 53.

497. Pour un récapitulatif des différents projets présentés au cours de ces années, cf. L.-M. BALCET, *La protection de l'assuré et la loi française du 13 juillet 1930 (assurances contre l'incendie)*, Th. université de Strasbourg, 1931, §16, p. 19.

498. *ibid.*, §19, p. 24.

499. La commission comportait six assureurs sur onze membres.

500. C. ANCEY et L. SICOT, *La loi sur le contrat d'assurance (loi du 13 juillet 1930)*, L.G.D.J., 1930, p. 7.

- Certaines dispositions correspondant au minimum de garanties auxquelles tout assuré peut prétendre sans avoir à les discuter avec l'assureur ».

En résumé, la loi de 1930 avait comme souci d'énoncer des dispositions impératives dont l'objet était double : protéger, d'une part, les intérêts de la mutualité constituée grâce à l'assureur, d'autre part, les intérêts des assurés contre les abus trop souvent commis par les assureurs.

226 Après sa codification en 1976, la loi de 1930 a connu plusieurs réformes profondes, allant souvent dans le sens d'une plus grande protection pour le consommateur d'assurance. En effet, après une longue période de calme législatif⁵⁰¹, les réformes à finalité consuméristes se sont succédées à partir des années 80, concomitamment à l'éclosion et la multiplication, dans les années 1970 et 1980, des règles protectrices des consommateurs en général⁵⁰², sous l'impulsion également des directives européennes dont le rythme s'est progressivement accéléré⁵⁰³.

501. V. NICOLAS, *Droit des contrats d'assurance* cit., p. 53, §105.

502. J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. précis, 2015, p. 3, §1.

503. La première réforme notable est intervenue avec la loi n° 81-5 du 7 janvier 1981, relative au contrat d'assurance et aux opérations de capitalisation (*JORF* du 8 janvier 1981, p. 194), dont la finalité était la protection de l'assuré épargnant dans un domaine de plus en plus complexe : « La philosophie générale du présent projet de loi est, en effet, tout en favorisant le développement des assurances de personnes, d'améliorer la protection et l'information de l'assuré dans un domaine aussi complexe, voire aussi ésotérique que l'assurance sur la vie. » (Rapport de M. Geoffroy, présenté le 28 octobre 1980 devant le Sénat, http://www.senat.fr/rap/1980-1981/i1980_1981_0061.pdf). Ainsi, par exemple, la loi écarte la nullité lorsque l'assuré s'est donné la mort plus de deux ans après la souscription du contrat, et crée un droit de renonciation au bénéfice du souscripteur lorsqu'il a été démarché.

Par la suite, cette réforme a été suivie par deux autres en 1989 :

En premier lieu, la loi Evin n° 89-1009 du 31 décembre 1989 (*JORF* du 2 janvier 1990, p. 13), dont l'objectif est le renforcement des garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, a instauré les modalités de la mutuelle complémentaire de protection sociale au sein des entreprises en prévoyant des dispositions protectrices du salarié et de ses ayants droit. Ainsi, par exemple, en est-il de l'article 4, selon lequel les anciens salariés peuvent bénéficier du maintien de la couverture maladie complémentaire dont ils bénéficiaient en tant qu'actifs ; ou encore l'article 11, qui permet au salarié employé avant la mise en place d'une assurance collective de prévoyance par une décision unilatérale de l'employeur de refuser d'adhérer au système.

En second lieu, la loi Bérégovoy n° 89-1014 du 31 décembre 1989 (*JORF* n° 2 du 3 janvier 1990, p. 63), portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen, ne se contente pas d'adapter le droit européen, contrairement à ce que suggère son intitulé ; elle procède également à une « modernisation » du droit du contrat d'assurance, en adoptant des dispositions favorables à l'assuré. Ainsi, l'article 8 (art. L. 112-2 nouveau du code des assurances) crée une obligation d'information préalable à la charge de l'assureur, qui doit désormais fournir une fiche d'information sur le prix et les garanties du contrat, afin de permettre au souscripteur de comparer les offres des assureurs. La loi apporte une autre modification majeure en supprimant le caractère spontané de la déclaration initiale des risques par le souscripteur. Enfin, la loi modifie l'article L. 113-4 du code des assurances en créant la possibilité de réduire la prime en cas de diminution du risque, corollaire de la majoration de la prime en cas d'aggravation.

227 Cette présentation succincte permet de mettre en lumière le fait que les interventions du législateur en droit des assurances sont concomitantes avec le développement du droit de la consommation. Les lois successives qui ont modifié la loi du 13 juillet 1930 avaient pour finalité de renforcer la protection de l'assuré, qui, en tant qu'épargnant, salarié ou encore emprunteur, recherchait la satisfaction d'un besoin de garantie.

En résumé, le régime du contrat d'assurance est au service de deux objectifs distincts : la protection du souscripteur ou de l'assuré, et le bon fonctionnement de la technique d'assurance. Or, les dispositions relatives au premier objectif n'ont pas de valeur qualificative, car elles ont un rôle à jouer dans tous les contrats souscrits par ceux que le législateur a défini comme des « parties faibles », et non pas seulement dans les contrats d'assurance. Il en va différemment des dispositions ayant comme fonction la mise en œuvre de la technique d'assurance, qui ne se retrouvent dans aucun autre régime (§2).

§2 Les dispositions spécifiques du régime du contrat d'assurance

228 Hubert Groutel, dans son ouvrage sur le contrat d'assurance⁵⁰⁴, écrit : « Les techniques de la mutualité ont un *caractère universel*, de telle sorte que les règles juridiques qu'elles engendrent, ont du moins pour les plus importantes, une uniformité qui ignore les frontières. Le droit du contrat d'assurance est une sorte de *droit naturel*. D'autre part, entre les membres d'une mutualité, il existe des liens que l'on ne trouve pas habituellement entre les clients d'une entreprise. Ici, la *solidarité* commande que des sanctions soient prévues contre les membres qui ne respectent pas les lois de la collectivité. Elles participent du **caractère institutionnel** de la relation d'assurance et ne sauraient apparaître comme des conséquences seulement déduites de son **caractère contractuel**. »⁵⁰⁵

M. Groutel décrit parfaitement les deux caractéristiques du régime spécifique au contrat d'assurance : le caractère universel de ce régime (ou du moins de ses éléments

Par la suite, les assurances de responsabilité ont été modifiées par la loi n° 2003-706 du 1er août 2003, dite de Sécurité financière, qui autorise les clauses de réclamation.

Enfin, les dernières grandes étapes sont marquées par la loi dite « loi Chatel » n° 2005-67 du 28 janvier 2005, tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur, qui a introduit une obligation d'information dans le domaine de la reconduction tacite, elle-même complétée par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite « loi Hamon ».

504. H. GROUDEL, *Le contrat d'assurance* cit., p. 4.

505. C'est l'auteur qui souligne.

essentiels), et le principe de solidarité. Ces deux principes sont la conséquence directe de la mise en œuvre, par l'assureur, de la technique d'assurance, c'est-à-dire la mutualisation des risques inscrits dans les contrats.

En effet, l'assureur souscrit des contrats afin de mettre en œuvre une opération d'assurance. Celle-ci consiste à transférer les risques de l'assuré vers l'assureur, qui, en vertu de la loi des grands nombres, bénéficie des effets de la mutualisation et est donc moins exposé au risque que l'assuré⁵⁰⁶.

229 Nous présenterons en premier lieu les principes de la technique de mutualisation des risques (A), avant d'en examiner les conséquences sur le régime juridique du contrat (B).

A Présentation synthétique de la technique de mutualisation des risques

230 Pour que l'assureur puisse jouer son rôle de garant, il mutualise les risques, c'est-à-dire qu'il paie, avec les primes reçues de l'ensemble des souscripteurs de contrats, les sinistres qui frappent certains d'entre eux. L'opération est calculée rationnellement, par la mise en œuvre de deux lois mathématiques : l'évaluation du risque est effectuée par le théorème central limite, selon lequel si les risques sont indépendants, homogènes et de variance finie, alors la loi de la charge totale est approximativement gaussienne⁵⁰⁷. Ainsi, en assurance, pour les risques courants, le calcul de la prime passe nécessairement par le calcul de la fréquence, c'est-à-dire le nombre de fois où le risque se produit effectivement⁵⁰⁸. La difficulté d'établissement de la fréquence repose dans la définition du risque. En effet, elle ne peut être calculée que sur des risques homogènes, en nature et en valeur. L'assureur doit donc segmenter les risques, opération définie comme celle par laquelle « l'assureur s'emploie à distinguer les risques qu'il prend en charge afin de les classer dans des catégories homogènes et de leur appliquer un traitement adéquat tenant compte de leurs caractéristiques particulières »⁵⁰⁹.

La seconde loi mise en œuvre dans l'opération d'assurance est la loi des grands

506. P.-E. THÉRON, *Mesure et gestion des risques d'assurance: analyse critique des futurs référentiels prudentiels et d'information financière*, thèse, Paris 1, 2007, p. 9.

507. A. CHARPENTIER, « La loi des grands nombres et le théorème central limite comme base de l'assurabilité? », *Risques*, 2011, n° 86.

508. B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances* cit., §13.

509. B. DUBUISSON, « Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. nouveau débat, nouvelles question », *Mélanges Jean Bigot*, L.G.D.J., 2010, p. 109 et s.

nombres. Selon cette loi, introduite par Jacob Bernoulli, la probabilité que la différence entre le coût moyen (par contrat) et la prime pure soit plus petite que n'importe quelle constante arbitraire tend vers 1 (événement certain) lorsque la taille du portefeuille augmente à l'infini⁵¹⁰. Ainsi, si on lance une pièce en l'air un très grand nombre de fois, il y aura 50% de chances pour qu'elle tombe sur le côté pile et 50 % pour qu'elle tombe sur le côté face. En termes d'assurance, la loi des grands nombres permet d'affirmer que plus le portefeuille de risques est grand, plus le montant aléatoire de sinistres à indemniser sera certain.

231 La mise en œuvre rationnelle de l'opération d'assurance engendre donc un certain nombre d'exigences pesant sur le risque. L'assureur cherche à souscrire le plus grand nombre de contrats possible, afin de les compenser par la mise en œuvre de la loi des grands nombres. En effet, plus le nombre d'assurés est élevé, plus le coût de chaque sinistre sera divisé⁵¹¹. Ainsi, les risques souscrits doivent présenter certaines qualités : ils doivent être de réalisation incertaine, pour ne pas que les calculs statistiques soient faussés ; ils doivent être homogènes, aussi bien en nature qu'en valeur. En effet, les statistiques se basent sur des risques classés en catégories et sous-catégories : par exemple, les statistiques d'accidents de la circulation sont ventilées en fonction d'un certain nombre de critères, comme l'utilisation de la voiture, sa puissance, ou encore son rattachement géographique⁵¹². Les risques doivent également être homogènes en valeur, car l'équilibre financier de la mutualité peut être rompu par un risque dont la valeur est notablement plus élevée que les autres. En pratique, les assureurs écartent généralement les risques de sinistres catastrophiques afin d'en répartir l'excès sur plusieurs années⁵¹³.

232 Ces exigences techniques ont une traduction juridique, à travers certains principes qui construisent le régime du contrat d'assurance. Néanmoins, l'identification de ces principes n'est pas aisée, dans la mesure où le contrat d'assurance est la rencontre de plusieurs intérêts divergents, que le législateur a cherché à équilibrer. On remarque néanmoins que le risque est au cœur de la technique d'assurance. C'est pourquoi le législateur a énoncé un certain nombre d'obligations impératives qui pèsent aussi bien sur son existence que sur son évaluation (B).

510. A. CHARPENTIER, « La loi des grands nombres » cit..

511. Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances* cit., §39-1.

512. *ibid.*, §38.

513. *ibid.*, §38.

B Les conséquences juridiques de la technique de mutualisation des risques

233 La protection de la mutualité engendre un certain nombre d'obligations à la charge du souscripteur, qui consistent à permettre à l'assureur un calcul précis de ses engagements, à travers une appréciation exhaustive et pertinente du risque couvert, ainsi qu'une information rapide sur le sinistre lorsque ce dernier survient. Le dommage garanti doit être incertain, soit dans sa survenance, soit dans sa date de survenance⁵¹⁴. De plus, le risque doit être réel, afin que le contrat ne soit pas nul pour défaut de cause⁵¹⁵. C'est pourquoi tous les éléments et les circonstances susceptibles de porter atteinte au caractère incertain du risque, comme la faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré, sont sanctionnés⁵¹⁶.

234 La déclaration du risque est une obligation fondamentale du souscripteur, car c'est sur la base de ses déclarations que l'assureur peut « former son opinion sur le risque à garantir, le classer dans les catégories de risques répertoriés par ses statistiques et déterminer ainsi le coût, donc le risque de cette garantie »⁵¹⁷. Ainsi, le souscripteur est tenu non seulement d'informer l'assureur sur le risque qu'il prend en charge mais il est également tenu de déclarer les circonstances nouvelles qui ont pour conséquence l'aggravation du risque ou la création de nouveaux risques⁵¹⁸. Les modalités de déclaration du sinistre, qui constitue la réalisation du risque, sont également encadrées⁵¹⁹. De plus, l'aggravation du risque en cours de contrat ouvre la possibilité pour l'assureur de dénoncer le contrat ou d'augmenter la prime⁵²⁰.

235 On notera que l'originalité du contrat d'assurance s'exprime également dans les sanctions prévues en cas de fausse déclaration. En effet, les articles L. 113-8 et L. 113-9 du code des assurances prévoient un régime spécifique, fondé sur la distinction entre la fausse déclaration intentionnelle et celle qui ne l'est pas. La première est sanctionnée par la nullité du contrat (« indépendamment des causes ordinaires de nullité ») et la

514. *ibid.*, §311.

515. Ce serait le cas si le bien assuré était déjà détruit, sur le fondement de l'article L. 121-15 du code des assurances. L'hypothèse de la perte de la chose assurée est envisagée par l'article L. 121-9 du code des assurances.

516. Art. L. 113-1 c. ass.

517. *ibid.*, §312.

518. Art. L. 113-2 2° et 3° c. ass.

519. Art. L. 113-2 4° c. ass.

520. Art. L. 113-4 c. ass. Cette disposition n'est pas applicable aux assurances-vie par manque de pertinence : on imagine mal une aggravation du risque d'être en vie ou de celui d'être mort.

possibilité pour l'assureur de garder les primes payées et de prélever toutes les primes échues à titre de dommages et intérêts, la seconde par la règle proportionnelle de prime, qui consiste en une réduction de l'indemnité proportionnellement au rapport entre le taux de prime payé et celui qui était dû. L'objectif de ce régime est de décourager les fraudes, et de rétablir l'équilibre mathématique des compensations au sein de la mutualité.

236 En conclusion, l'étude du régime applicable au contrat d'assurance nous incite à entendre la garantie offerte par l'assureur dans une acception technique, qui est celle de la mutualisation des risques. La cause de l'engagement de l'assureur est donc la perception de la prime en vue de mettre en œuvre la mutualisation des risques. La technique d'assurance est le troisième critère distinctif permettant de qualifier le contrat.

Or, désigner la technique d'assurance comme critère de qualification implique d'utiliser une notion de nature économique dans une définition juridique. Certes, on a vu dans le chapitre précédent que la cause du contrat pouvait constituer un réceptacle souple et suffisamment malléable pour y intégrer des notions non juridiques. En effet, la subjectivisation de la cause a permis à la Cour de cassation d'intégrer des éléments d'ordre économique afin d'apprécier l'équilibre de chacun des engagements.

Néanmoins, l'admission de la technique d'assurance comme critère de qualification n'est pas anodine. En effet, si elle s'impose en raison de la nécessité d'adopter un critère qui permet d'opérer une distinction entre le contrat d'assurance et les autres contrats aléatoires, et de justifier ainsi la mise en œuvre de son régime spécifique, elle implique d'admettre que la qualification juridique se teinte fortement de considérations purement techniques et économiques.

Cette corrélation entre instruments économiques et qualification juridique est justifiée au regard de ce que recouvre le concept juridique de contrat : l'expression juridique d'une fonction économique. Nous tenterons d'expliquer que le contrat d'assurance est reconnu en tant que tel par le droit objectif car il est le support d'une technique de garantie, qui constitue sa fonction économique (2).

Section 2

La technique de mutualisation des risques, fonction économique du contrat d'assurance

237 Le contrat est reconnu par le droit objectif comme fait générateur d'obligations lorsqu'il répond à un besoin économique spécifique. Ce besoin s'exprime dans la finalité socio-économique du contrat (§1). La fonction économique du contrat d'assurance est étroitement liée à la technique de mutualisation des risques (§2).

§1 La fonction économique du contrat, critère de qualification

238 On ne peut définir une catégorie de contrat sans s'interroger sur ce qu'est un contrat. Or, il nous semble, dans le sillage de Mme Ancel⁵²¹, que le contrat doit être qualifié au regard de sa fonction économique, et même sociale. La reconnaissance d'un contrat par un système juridique implique la prise en compte de l'opération économique et de l'impact social que ce dernier engendre. Le contrat n'est pas un pur concept juridique, il est un instrument économique.

239 Nous tenterons de démontrer que la notion de contrat varie selon le modèle économique dans lequel il s'inscrit (A), avant de nous intéresser au passage du concept économique au concept juridique, en étudiant les interprétations juridiques de la notion de contrat (B).

A Le régime du contrat, miroir des politiques socio-économiques

240 Les notions de contrat diffèrent selon le système économique choisi ; même au sein d'un ordre juridique donné, le régime du contrat évolue pour s'adapter aux nécessités de la vie économique.

241 Dans les sociétés occidentales, le contrat est l'expression d'un type d'interaction entre les individus, type fondé sur la liberté individuelle et le principe de justice

521. M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat* cit., p. 98 et s.

commutative. Contrat et liberté sont étroitement liés. En effet, la liberté contractuelle est un principe fondamental unanimement admis dans leurs systèmes juridiques⁵²², bien que comme tout droit, elle ne soit pas absolue.

Instrument essentiel du commerce, le contrat est devenu un paradigme d'organisation du pouvoir avec l'avènement de la société bourgeoise. Fondement idéologique des démocraties libérales, c'est sur son modèle que la loi et les détenteurs du pouvoir d'Etat ont la compétence de gouverner. Il est le modèle juridique de règlement des rapports sociaux, ce qui n'est pas le cas pour les sociétés fondées sur d'autres modèles⁵²³. Comme le souligne M. Farjat, « le droit des obligations n'a acquis sa généralité qu'avec l'avènement des démocraties libérales ou bourgeoises. L'idéologie du contrat social est liée à l'avènement économique et politique de la bourgeoisie, la classe des marchands et entrepreneurs. Ceux-ci ont étendu aux mécanismes d'Etat, à la famille un mode d'organisation d'inspiration contractuelle⁵²⁴ ». C'est pourquoi la « crise du contrat » trouve ses racines dans les courants économiques et idéologiques qui traversent notre société. La remise en question du contrat, dans sa définition ou dans son rôle, est alimentée par les évolutions sociales et nourrit les changements de modèle économique. En effet, « la liberté contractuelle dépend des variations des idéologies relatives aux relations entre intérêt général et intérêts particuliers »⁵²⁵. Sans verser dans le relativisme, il est possible d'admettre que le droit des contrats est modulé selon l'idéologie sociale dans laquelle il s'inscrit^{526 527}.

522. E. LEIN et B. VOLDERS, « Liberté, loyauté et convergence, la responsabilité précontractuelle en droit comparé », *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, P.U. d'Aix-Marseille, 2009, p. 18.

523. Ainsi, les Romains ne concevaient pas « le contrat », mais des types de contrats (J. GHESTIN, « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables, rapport de synthèse », *La relativité du contrat, Travaux de l'association Henri Capitant*, L.G.D.J., 1999, p. 225).

524. G. FARJAT, *Droit privé de l'économie, 2, Théorie des obligations*, PUF, 1975, Introduction, pp. 8 et 9.

525. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t.1, le contrat, le consentement*, L.G.D.J., 2013, p. 375, §510.

526. En ce sens, *ibid.*, p. 377, §512 : « Il serait possible, dans une perspective plus historique, voire géographique, de s'interroger sur l'influence sur le droit des contrats des choix entre des idéologies différentes, voire de la conciliation entre celles-ci au sein d'un même système juridique ».

527. L'étude du rôle économique des contrats dans d'autres systèmes juridiques permet d'identifier des fonctions différentes, appuyées par des règles de fonctionnement très éloignées des nôtres. Ainsi par exemple, le rôle du contrat en droit soviétique ne présente aucun point commun avec celui qu'on lui attribue dans les pays libéraux. En effet, en U.R.S.S., dès 1928, l'industrie et le commerce furent entièrement collectivisés ; en 1935, le commerce fut étatisé dans les villes et, dans les campagnes, exploité principalement par des coopératives, tandis que tout commerce fut interdit aux particuliers et sanctionné par le délit pénal de spéculation (R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI et M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 2016, p. 158). Dans ce contexte, les seuls contrats existants étaient ceux conclus entre établissements publics et avaient pour cause les données du plan de développement économique de la nation (*ibid.*, p. 180). Ainsi, bien que le contrat fût défini de la même manière que dans les droits de la famille romano-germanique, sa fonction était totalement différente de celle dévolue dans les pays économiquement libéraux. La majorité des

242 En France, contrat et liberté sont indissociablement liés : l'idéologie dominante reconnaît la personne humaine, et en particulier de la reconnaissance de ses droits et libertés fondamentales, comme une composante essentielle de l'intérêt général⁵²⁸. Ainsi, la liberté contractuelle a valeur de principe constitutionnel⁵²⁹, et donne naissance à certains droits, parmi lesquels, pour citer ceux de nature économique, le

contrats étaient des « contrats économiques », qui intervenaient dans le secteur collectivisé géré par des entreprises d'Etat, des coopératives ou des *kolkhozes* conformément aux directives des organismes de planification, et étaient causés par un acte administratif de planification. Dans ce contexte, le « contrat » se distinguait peu ou prou de l'acte administratif, et seul le souci de bonne gestion administrative a justifié le maintien de la technique des contrats dans le secteur collectivisé. Néanmoins, deux types de contrat peuvent être distingués, selon la précision de l'acte administratif de planification : si l'acte en question fixait de manière précise les éléments principaux du contrat (les parties, les quantités de produits à transférer et leur prix), alors le contrat n'avait pour seule utilité que celle de concrétiser les données du plan. Si, en revanche, les actes administratifs de planification se contentaient d'imposer à une entreprise, l'accomplissement d'une certaine tâche, en lui laissant le choix des moyens (en pratique limité), il y avait là une forme de liberté contractuelle.

La spécificité du rôle du contrat dans les économies socialistes impliquait la mise en œuvre d'un régime original. Ainsi, au stade de la formation, si le contrat ne faisait que reproduire un acte de planification détaillé, alors sa conclusion était obligatoire pour les deux entreprises. En cas de désaccord, elles étaient contraintes de conclure le contrat par la décision d'un organisme d'arbitrage. L'exécution des contrats qui entraient dans la réalisation du plan était une matière d'ordre public (*ibid.*, p. 198). L'inexécution ne se résolvait pas par le paiement de dommages et intérêts, mais par une exécution forcée en nature, assortie éventuellement de peines.

L'étude du droit des contrats en Chine permet également de démontrer que le contrat, ou plutôt ce que nous identifions comme tel, a un rôle et un régime distincts de ce que nous connaissons. Avant l'avènement de la Révolution de 1911 qui a entraîné la proclamation de la République de Chine, et avec elle l'élaboration d'un nouveau système juridique inspiré des droits romano-germaniques (H. LECLERCQ, *Introduction au droit chinois des contrats*, GLN Joly éditions, 1994, p. 7), il n'existe pas réellement de droit des contrats, avec un corpus de règles bien définies. Ainsi, sous la dernière dynastie des Qing, seules quelques dispositions éparses figuraient dans le Code dynastique (*ibid.*, p. 6), comme dans les codes dynastiques précédents. En réalité, il n'existait pas à proprement parler de droit privé, car l'Etat était omniprésent dans les relations entre les sujets de droit. Les règles applicables aux relations civiles et commerciales trouvaient leur source dans la coutume et dans la doctrine confucéenne, c'est-à-dire dans des règles de comportement traditionnelles, et non dans le Droit. Comme l'explique Yves Dolais, « jusqu'à notre époque, l'idée de droit n'a jamais vraiment pénétré dans la vie quotidienne des Chinois, comme des Asiatiques, l'essentiel demeurant les règles de comportement établies par la tradition (. . .). Dans les relations contractuelles privées, on ne réclamera pas spontanément le respect de ses droits contractuels comme on n'ira pas systématiquement devant le juge pour faire valoir ses droits. L'aversion traditionnelle des Chinois à l'égard des tribunaux, due tant à l'ignorance de la loi qu'à la crainte de perdre la face, de même que l'importance de la conciliation, mode privilégié de règlement des litiges, aboutissant à une solution équitable, sont demeurées des constantes de l'ordre social en Chine » (*ibid.*, préface de Y. Dolais, p. VI). Or, l'absence de juridicité dans le processus contractuel ouvre la voie à des interrogations sur la qualification de ces accords comme contrats.

528. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t.1 cit., p. 377, §512.

529. Décision du Conseil constitutionnel n° 2000-437, DC, 19 décembre 2000, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, dans lequel il énonce que la liberté contractuelle découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Voir également la décision n° 2013-672, DC, publiée sur le site du Conseil constitutionnel, *JORF* du 16 juin 2013, p. 9976, telle qu'interprétée par J. Ghestin *in ibid.*, p. 402 et s.

droit au respect de ses bien, le droit au libre exercice d'une activité professionnelle, le droit de réunion et d'association^{530 531}.

243 Bien que le contrat soit un instrument économique et que son régime soit tributaire des politiques et des idéologies, il demeure qu'il s'agit d'un concept juridique. Comment le droit appréhende-t-il cette réalité économique? Existe-t-il un hiatus entre le contrat au sens économique et le concept juridique? Si c'est le cas, il faudra admettre que les contours de la définition juridique d'un contrat sont tributaires du rôle économique et social joué par la relation inter-humaine désignée. Il nous faut donc à présent examiner comment le droit appréhende la réalité économique constituée par les contrats (B).

B Les interprétations juridiques d'une réalité socio-économique

244 Le contrat est défini comme un accord de volontés visant à produire des effets de droit liant les parties⁵³². La loi, ou plus largement le système juridique, investit les cocontractants du pouvoir de créer des normes juridiques par un accord de volontés caractérisant la procédure de formation du contrat. Ces normes peuvent être exécutoires, et sont elles aussi soumises au double contrôle de légalité et de conventionnalité. Les normes contractuelles sont de plus obligatoires, car leur exécu-

530. *ibid.*, p. 425.

531. Néanmoins, le lien associant la liberté et le contrat a connu et connaît encore des degrés plus ou moins forts, comme en témoigne l'étude des évolutions qui ont marqué le droit civil. En effet, bien que la liberté contractuelle demeure un principe constant tout au long de l'histoire de France, le régime général des obligations a connu nombre de modifications qui reflètent les évolutions économiques et sociales (Sur cette question, il convient de se référer à l'œuvre de J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Puf, 2e éd., 2012). Ainsi, au moment de la rédaction du code civil, le contexte politique était favorable à la prédominance des impératifs d'ordre public sur la libre expression des volontés individuelles, de sorte que l'article 1134 du code civil devait être compris comme l'expression de l'idée selon laquelle le contrat, émanation de la loi, oblige les particuliers à respecter leurs propres engagements (*ibid.*, p. 24); par la suite, le développement du libéralisme économique qui s'est imposé en France à partir des années 1860 a engendré la consécration de la volonté comme fondement de toutes les obligations contractuelles ou délictuelles. Comme le souligne M. Halpérin, « les libéraux n'ont pas toujours obtenu gain de cause, mais le droit des obligations civiles et commerciales a été véritablement repensé à travers cette vague de réformes. Dans le domaine du droit civil *stricto sensu*, l'individualisme libéral a fait de la volonté le fondement de toutes les obligations contractuelles ou délictuelles, tandis que la révolution des transports et du crédit affectait de nombreux contrats spéciaux » (*ibid.*, p. 141). Comparer avec F. CHÉNEDÉ, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, du mythe à la réalité », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2012, 4, pp. 155-181, qui impute à Gounot la naissance du dogme de l'autonomie de la volonté.

532. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t.1 cit., §56, p. 47.

tion est juridiquement sanctionnée⁵³³. A la suite de Kelsen, M. Ghestin souligne que la caractéristique essentielle du contrat réside dans son mode de formation⁵³⁴, qui permet, à l’instar de la loi, de créer des normes juridiques.

Néanmoins, la libre volonté n’est pas suffisante pour justifier la force obligatoire du contrat. Le juste et l’utile⁵³⁵ constituent les principes directeurs, les finalités sociales du contrat⁵³⁶, au même titre que la liberté contractuelle qui est un « élément caractéristique essentiel et véritable moteur du contrat comme expression du pouvoir d’initiative reconnu aux parties »⁵³⁷. Selon M. Ghestin, « le législateur, conformément au droit objectif qui le dépasse, ne sanctionne le contrat que parce qu’il est utile et à la condition qu’il soit juste. »^{538 539}

245 La justice contractuelle, qui justifie le caractère obligatoire du contrat, est une justice commutative ou correctrice : la restriction de la liberté du débiteur trouve sa justification dans la nécessité de maintenir ou de rétablir l’équilibre entre les patrimoines⁵⁴⁰. C’est en vertu de ce principe d’équilibre entre les patrimoines que chacune des parties doit recevoir l’équivalent de ce qu’elle donne.

246 L’utilité du contrat recouvre deux intérêts : l’intérêt particulier de l’une des parties (mais non l’utilité particulière du contrat pour chacune des parties), et l’utilité publique, en vertu de laquelle le contrat est juridiquement obligatoire lorsqu’il permet des opérations socialement utiles, c’est-à-dire qu’il offre une réponse à la satisfaction de besoins concrets, et qu’il protège la sécurité juridique en étant l’instrument privilégié de la prévision et de la responsabilité des individus. En d’autres termes, « l’utilité sociale du contrat résulte de sa fonction économique et sociale »⁵⁴¹. Il s’ensuit nécessairement qu’un contrat ne peut recevoir cette qualification que s’il sert une fonction économique et sociale. Ainsi, non seulement la qualification en tant que

533. *ibid.*, §65, p. 52 et s.

534. *ibid.*, §66, p. 54.

535. J. GHESTIN, « L’utile et le juste dans les contrats », *D.*, 1982, chron. 1 à 10 et J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu’échange économique », *Revue d’économie industrielle*, v.92, 2e et 3e trimestres, 2000.

536. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t.1 cit., §175, p. 140.

537. *ibid.*, §175, p. 140.

538. J. GHESTIN, « L’utile et le juste dans les contrats » cit., p. 3.

539. Voir également V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux*, GLN, 1990, p. 82, §154 : « Le législateur ne peut reconnaître comme obligatoires que les stipulations des contrats qui permettent la réalisation d’opérations socialement utiles, dans le respect de la justice commutative. »

540. J. GHESTIN, « L’utile et le juste dans les contrats » cit., p. 6.

541. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t.1 cit., p. 204, §269.

contrat est tributaire du rôle économique et social joué par la relation interpersonnelle examinée, mais il faut de plus admettre qu'au-delà de l'idée de contrat, le droit sert à sanctionner et à donner une force juridique à différentes modalités de rapports. Il n'y aurait donc pas seulement « le contrat », formé par l'expression de la volonté, mais également « des contrats », chacun correspondant à un type économique de rapport inter-humains dans un système juridique donné.

247 Il nous semble par conséquent que toute entreprise de qualification d'un contrat ne peut omettre l'étape d'identification du rôle économique que ce dernier est appelé à jouer dans la société envisagée. En effet, le passage du *Sein* au *Sollen*, c'est-à-dire de la réalité sociale et économique au concept juridique, implique la reconnaissance d'une utilité au sens où l'entend M. Ghestin. En l'absence de toute utilité, particulière et surtout publique, l'accord entre les individus n'a pas vocation à se voir reconnaître le statut de concept juridique, qui ouvre la voie à la sanction judiciaire en cas d'inexécution. C'est pourquoi cette fonction doit nécessairement être exprimée dans les critères de définition d'une catégorie contractuelle. Or la reconnaissance du contrat d'assurance comme fait générateur d'obligations est indissociablement liée à son rôle dans la mise en œuvre de la mutualisation des risques. La technique d'assurance est donc le support de sa fonction économique, qu'il convient de préciser (§2).

§2 La technique d'assurance, fonction économique du contrat d'assurance

248 L'évolution du rôle économique des contrats a incité certains auteurs à identifier de nouveaux types, notamment le contrat de coopération.

En tant qu'instrument privilégié d'une société de marchands, le contrat du Code Napoléon était un simple instrument d'échange économique. En effet, comme le note M. Ghestin, « au XVIIIe et plus encore au XIXe siècle, le développement du travail et la spécialisation ont multiplié les échanges. La doctrine économique du XVIIIe siècle considère 'le contrat individuel d'échange' comme 'le phénomène élémentaire de tout ordre social'⁵⁴². Dépourvu d'existence propre en tant que phénomène juridique spécifique, il ne sert qu'à créer des effets juridiques au moment de sa formation, sans évolution possible dans la durée. C'est pourquoi le contrat modèle du code civil est la vente, « qui incarne jusqu'à la caricature l'immédiateté et la simplicité de

542. J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats » cit., p. 2.

l'échange »⁵⁴³. Cette vision du contrat s'est imposée jusqu'au milieu du XXe siècle, jusqu'à la « crise du contrat »^{544 545}.

249 Selon M. Libchaber, le contrat a désormais évolué et offre à présent de nouveaux visages : certains contrats, qu'il désigne comme étant « d'intérêt commun », présentent désormais une relation établie dans le temps, dépourvue d'antagonisme entre les parties, et fondée sur la poursuite d'intérêts convergents⁵⁴⁶. Ces modifications ont entraîné un bouleversement du rôle du juge qui s'est permis quelques intrusions dans le champ contractuel, notamment à travers le développement de notions telles que la bonne foi, l'équilibre contractuel, la proportionnalité, le raisonnable ou les attentes légitimes du créancier^{547 548}.

Deux conceptions du contrat s'affrontent donc : d'une part, une conception instrumentale, dans laquelle le contrat est conçu comme une simple technique de réalisation d'obligations, un instrument d'échange économique. D'autre part, une conception institutionnelle, dans laquelle le contrat crée une relation sociale entre les personnes^{549 550}.

543. R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à J.-L. Aubert*, 2005, p. 223.

544. H. BATIFFOL, « La "crise du contrat" et sa portée » cit..

545. Cette crise est née de l'évolution des politiques économiques liée à la permanence du contrat dans les sociétés bourgeoises. Ainsi, comme le souligne M. Libchaber, « à intervalles de vingt ans, le contrat a chancelé sous les coups du dirigisme dans les années cinquante, du consumérisme à partir des années soixante-dix, du solidarisme enfin à partir des années quatre-vingt-dix - nouveau cycle de contestation ou de réajustement, dont il n'est pas encore sorti » (R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat » cit., p. 225). Voir également F. CHÉNEDÉ, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative » cit., spéc. pp. 175-176, qui distingue les deux crises traversées par le contrat : la première, marquée par le développement des contrats de masse, dont le contenu est imposé unilatéralement par une des parties, et pour lesquels l'abus se situe non dans les termes principaux de l'échange, mais dans les clauses accessoires ; la seconde, qui tient au développement des contrats de dépendance, c'est-à-dire des contrats de distribution au sens large, dans lesquels l'abus infiltre les termes principaux de l'échange comme le prix et la durée. Un des apports essentiels des modifications qui ont affecté le contrat est l'acceptation du changement dans le cours du contrat.

546. R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat » cit., p. 232.

547. *ibid.*, note 18.

548. L'analyse de M. Libchaber repose sur une distinction opérée entre deux conceptions du contrat, au fondement desquelles se trouve une question fondamentale : celle de la nature du contrat. « Le contrat a-t-il une existence en soi, en tant que phénomène juridique spécifique, ou n'est-il qu'un artifice commode destiné à couvrir de son ombre le jeu de la volonté des parties dans l'organisation de leurs désirs juridiques ? » (*ibid.*, p. 211). Cette question s'incarne dans celle, plus précise, de déterminer si un accord de volontés existe au-delà et en dehors des obligations auxquelles il donne naissance, question à laquelle M. Ancel avait répondu positivement (P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat » cit.).

549. J. ROCHFELD, « La rupture efficace », *Droit et économie des contrats*, sous la dir. de Ch. Jamin, L.G.D.J. 2008, p. 169.

550. Cette opposition trouve ses racines théoriques dans la distinction proposée par Ian Macneil entre les contrats « discrets » (ou transactionnels) et les contrats « relationnels » (I. R. MACNEIL, « Relational contract theory: challenges and queries », *94 Nw. U. L. Review* 877, 1999-2000 ; Y.-M.

250 Ainsi, si l'on schématise, la fonction économique des contrats peut être regroupée dans deux catégories : les contrats d'échange, dans lesquels chaque partie retire son propre avantage économique de l'opération, et les contrats de coopération, dans lesquels les parties s'accordent en vue de la satisfaction d'un intérêt commun. Ces derniers sont proches de l'institution, tandis que les premiers reposent sur un principe de justice commutative. Afin de préciser la fonction économique du contrat d'assurance, nous étudierons la question de son classement dans l'une ou l'autre catégorie (A).

Nous verrons cependant qu'aucune alternative ne semble convaincante. Nous tenterons dès lors de démontrer que le contrat d'assurance est un contrat au service d'une fonction économique spécifique, qui ne se confond ni avec la coopération, ni avec l'échange, et qui est celle incarnée par les contrats aléatoires socialement « utiles » (B).

A Exclusion du contrat d'assurance des fonctions économiques distinguées par l'échange et la coopération

251 Le contrat d'assurance est généralement classé dans la catégorie des contrats d'échange, alors qu'il semble toujours exclu des contrats de coopération⁵⁵¹. Nous étudierons en premier lieu cette hypothèse, dont nous verrons qu'elle rencontre un certain nombre objections (1.).

De plus, la question du rapprochement entre le contrat d'assurance et le contrat de coopération mérite d'être posée dans la mesure où, par l'intermédiaire de l'assureur, la mutualisation des risques implique la création d'une communauté d'assurés. Il

LAITHIER, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.*, 2006, p. 1003 ; H. MUIR-WATT, « Du contrat « relationnel » », *La relativité du contrat, Travaux de l'association Henri Capitant*, 1999, p. 169). Selon cette théorie, le contrat est « discret » si l'intensité du rapport est faible et instantané. Aucun lien psychologique n'est noué entre les parties ; à l'opposé, le contrat est relationnel lorsque l'intensité du rapport est forte et s'étend dans la durée. Les exemples types seraient, pour le contrat discret, l'achat d'une canette dans un distributeur, et pour le contrat relationnel, le contrat de travail. Les conséquences pratiques de cette distinction sont difficiles à justifier. Voir sur cette question, Y.-M. LAITHIER, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français » cit., spéc. p. 1007. *Contra*, cf. J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC*, 2004, p. 47, spéc. n° 23 et s. Il demeure qu'elle sert de toile de fond à toute analyse économique du contrat. Voir également sur cette question, P. DIDIER, « Le consentement sans l'échange: contrat de société », *RJ com., numéro spécial: L'échange des consentements*, 1995, p. 74 et P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *L'avenir du Droit, mélanges en l'honneur de François Terré*, 1999, pp. 635-642, ainsi F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé, contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, spéc. n° 121 et s., p. 112, J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, Economica, préf. N. Molfessis, 2012 et S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération*, Economica, préf. C. Brenner, 2012.

551. Par exemple, F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé* cit., p. 176, §194.

est donc envisageable que la fonction économique du contrat d'assurance soit la coopération, et non l'échange. Nous envisagerons la question, afin de réfuter en définitive cette hypothèse (2.).

1. Rejet de la théorie du contrat d'échange

252 M. Chénéde classe le contrat d'assurance parmi les contrats-échange, c'est-à-dire les contrats qui opèrent une commutation, un transfert entre patrimoines⁵⁵². Pourtant, son analyse des commutations ne semble pas pouvoir s'appliquer aux contrats aléatoires, et en particulier aux contrats d'assurance. Deux objections peuvent être formulées :

253 Selon M. Chénéde, la conciliation des intérêts des parties prend un tour conflictuel dans les contrats à titre onéreux, car ces intérêts sont antagonistes. Chacune des parties cherche à maximiser ses gains et à minimiser ses pertes⁵⁵³. Néanmoins, « la conclusion du contrat impose le rapprochement de leurs positions, soit que chacune d'elles accepte de faire des concessions, soit que l'une d'entre elles finisse par se plier aux exigences de l'autre »⁵⁵⁴. Cette présentation analyse les contrats à titre onéreux comme des opérations de conciliation d'intérêts antagonistes, et s'accorde mal avec les contrats aléatoires. En effet, dans ces derniers, on a vu que l'antagonisme constituait les fondations du contrat, dont la cause est la chance de gain ou le risque de perte corrélatifs. Les parties s'engagent dans l'espoir de faire un gain, tout en sachant pertinemment que ce gain entraînera une perte pour l'autre partie. La conciliation des intérêts est par principe étrangère à la cause des contrats aléatoires. C'est pourquoi les contrats aléatoires semblent peu compatibles avec la catégorie des contrats-échange, qui impliquent l'idée d'un gain pour les deux parties.

254 Par ailleurs, le contrat d'assurance présente une spécificité qui contredit l'analyse que M. Chénéde fait des contrats aléatoires. Lorsqu'il analyse la cause de ces derniers, il minimise le rôle de l'aléa et soutient que « comme dans tous les contrats à titre onéreux, la cause de l'obligation des contractants réside dans l'avantage patrimonial escompté. » Par conséquent, « si le défaut d'aléa entraîne la nullité du contrat pour absence de cause, c'est précisément parce que l'absence d'aléa annihile toute chance pour une des parties de percevoir cette contrepartie »⁵⁵⁵.

552. *ibid.*, p. 176, §194.

553. *ibid.*, pp. 58 et 59, §52.

554. *ibid.*, pp. 58 et 59, §52.

555. *ibid.*, p. 177, §194.

Enfin, M. Chénéde conclut : « La cause des obligations dans les contrats aléatoires n'est pas l'aléa, mais comme dans tous les autres contrats à titre onéreux, l'avantage économique escompté, étant évidemment entendu que cet avantage variera en fonction de l'aléa, c'est-à-dire en fonction de la survenance ou non de l'évènement incertain.(...) Si l'absence d'aléa entraîne l'absence de cause, ce n'est pas parce que l'aléa s'identifie à la cause, c'est parce que la contrepartie attendue devient illusoire en l'absence d'aléa ». Il faut donc comprendre que les contrats aléatoires, à l'instar de tous les contrats-échange, constituent une conciliation d'intérêts antagonistes. Or, dans un contrat d'assurance, aucune partie n'a véritablement intérêt à la réalisation du risque. Pour l'assureur, cela est évident, mais il faut noter que c'est également le cas pour le souscripteur, et même l'assuré, qui ne réalisent pas réellement un « gain », ou du moins, ne le recherchent pas. Les intérêts de chacune des parties ne sont donc pas antagonistes, de sorte que la classification du contrat d'assurance dans les contrats-échange au sens où l'entend M. Chénéde ne semble pas tout-à-fait convaincante.

255 Nous allons voir à présent que la classification du contrat d'assurance dans la catégorie des contrats de coopération n'emporte pas non plus la conviction (2.).

2. Rejet de la théorie du contrat de coopération

256 A présent que la doctrine a contribué à la reconnaissance de catégories de contrats qui se rapprochent, par leurs effets, d'une institution, il convient de s'interroger sur la pertinence de ces nouveaux types contractuels pour l'analyse du contrat d'assurance, qui présente la spécificité de créer une mutualité d'assurés. Néanmoins, après la présentation de l'analyse institutionnaliste (a), nous tenterons d'expliquer pourquoi cette analyse n'emporte pas la conviction (b).

a) Présentation du fondement théorique du contrat de coopération : l'analyse institutionnelle

257 Le contrat d'assurance occupe une double fonction : acte d'adhésion du preneur à la réglementation établie par et pour la collectivité, il sert d'acte introductif ; ensuite, il est l'expression, au niveau individuel, des obligations et des droits issus de la réglementation générale. Se pose donc la question de déterminer si la mutualité des

assurés constitue une institution⁵⁵⁶. Certes, les règles générales du contrat d'assurance sont d'origine légale. Il n'en demeure pas moins cependant que la loi du 13 juillet 1930 n'a fait que donner un statut légal à la réglementation qui avait été déjà élaborée en pratique⁵⁵⁷. M. Groutel, dans son analyse du contrat d'assurance, insiste sur l'aspect institutionnel de la mutualité⁵⁵⁸.

La collectivité aurait donc une réalité propre, distincte des membres qui la composent. Elle formerait une institution dont le contrat d'assurance est une émanation. Si l'on admet un tel schéma, le contrat d'assurance puiserait sa force juridique dans l'institution elle-même : sa légitimité serait fonction de son rôle, celui d'assurer le bon fonctionnement de l'institution. La théorie institutionnaliste permettrait de prendre en compte cette réalité. Selon le doyen Hauriou⁵⁵⁹, chef de file de cette théorie, « une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures⁵⁶⁰. Il donne une définition plus synthétique par ailleurs : « Une organisation sociale, en relation avec l'ordre général des choses, dont la permanence individuelle est assurée par l'équilibre interne d'une séparation des pouvoirs, et qui a réalisé dans son sein une situation juridique »⁵⁶¹.

Le doyen Hauriou identifie trois éléments importants caractérisant l'institution : d'une part, elle vise une « idée de l'œuvre à réaliser »⁵⁶², c'est-à-dire une idée directrice qui dépasse son but ou sa fonction, et qui s'identifie à son objet. « L'idée de l'entreprise est l'objet de l'entreprise, car l'entreprise a pour objet de réaliser l'idée. Elle est si bien l'objet de l'entreprise que c'est par elle et en elle que l'entreprise va s'objectiver et acquérir une individualité sociale »⁵⁶³. D'autre part, elle possède un « pouvoir de gouvernement organisé qui est pour la réalisation de l'idée de

556. La notion d'institution a été analysée à travers celle de communauté de personnes : D. MARTEL, *Le rapport d'obligation dans une communauté de personnes*, préf. Ph. Stoffel-Munck, I.R.J.S. éditions, 2012.

557. C. J. BERR et H. GROUDEL, *Grands arrêts du droit des assurances* cit., p. 12 soulignent que « le phénomène de cette création spontanée doit être fortement souligné ».

558. H. GROUDEL, *Le contrat d'assurance* cit., p. 4.

559. Il est à noter que si la pensée de Hauriou, publiciste, était orientée vers une explication de l'Etat moderne, ce dernier a très vite appliqué sa théorie de l'institution à des organismes relevant du droit privé.

560. M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social, in Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n°23, 1933, p. 96.

561. M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Dalloz, 2010 (fac-sim. de l'éd. de Paris: Sirey 1910), p. 126 et s.

562. M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation » cit., p. 98.

563. *ibid.*, p. 100.

l'entreprise et à son service ». Cette organisation se ramène à deux principes : celui de la séparation des pouvoirs et celui du régime représentatif. Enfin, le dernier élément de l'institution est la manifestation de communion des membres du groupe et des organes de gouvernement, soit en l'idée de l'œuvre à réaliser, soit en celle des moyens à employer. Par ailleurs, l'institution présente deux spécificités : elle subit un phénomène d'incorporation et est destinée à durer. C'est pourquoi, bien que composée par une collectivité d'individus, « cette organisation doit avoir elle-même une individualité assez forte pour être connue et nommée. Par ce double fait qu'elle intéresse une collectivité et qu'elle a une existence propre due à son organisation, elle dépasse l'individu humain. Elle subsiste malgré les mutations qui peuvent se produire dans son personnel. Cela lui donne une réalité sociale, l'institution est la véritable réalité sociale séparable des individus »⁵⁶⁴. Enfin, l'institution est source de droit : « Ce sont les institutions qui font les règles de droit, ce ne sont pas les règles de droit qui font les institutions »⁵⁶⁵.

258 Il est vrai que l'on retrouve certaines des caractéristiques dégagées par Hauriou dans l'assurance : fondée sur le principe technique de la mutualisation, elle suppose, pour son bon fonctionnement, le regroupement de fonds de nombreux individus afin de répartir les conséquences financières des dommages que chacun d'entre eux pourrait subir. L'idée directrice est donc la garantie financière de dommages, raison d'être du lien qui unit les individus et qui forme un collectif. Pour assurer son bon fonctionnement et sa pérennité, l'assurance suppose la mise en place d'une sorte de gouvernement, assuré par l'entreprise d'assurance ou bien la direction de la mutuelle, qui mettent en œuvre un droit objectif directif. Enfin, la manifestation de communion, un peu oubliée aujourd'hui, transparait encore dans les règles du contrat d'assurance qui imposent une grande loyauté aux parties.

259 La notion de contrat institutionnel a déjà été envisagée pour certains contrats. Le contrat institutionnel est une appellation qui recouvre le contrat de société⁵⁶⁶ ou d'association et le mariage. M. Fulchiron évoque sans ambiguïté cette théorie à

564. M. HAURIOU, *Principes de droit public* cit., *ibid.*

565. M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation » cit., p. 128.

566. En ce sens, Cass. com., 12 févr. 2008, pourvoi n°05-17085, *BC IV*, n°33, *BJS* 2008, p.338, note Couret. *D.* 2008, p.690, note Lienhard; *JCP* éd. E, 2008, n°51-52, p.33, obs. Deboissy et Wicker; *D.* 2008, Panor., p.324, obs. Hallouin et Lamazerolles; *RTD civ.* 2008, p.325, obs. Revet; *D.* 2008, p.886, note Blanluet; *Dr. sociétés*, mai 2008, p.43, note Pierre; *Rev. sociétés*, 2008, p. 665, note Gallois-cochet; *JCP* éd. N 2008.1478, note Hovasse; *Defrénois* 2008, p.2079, note Chappert; Revet, l'acquisition de dividende, *BJS* 2008, p.938; Martin, Propriété et dividende, *D.* 2008, p.1113. *Contra*, voir par exemple M. BUCHBERGER, *Le contrat d'apport: Essai sur la relation entre la société et son associé*, préf. M. Germain, éd. Univ. Panthéon-Assas Paris, 2009.

propos du contrat de mariage, pour illustrer le caractère artificiel de l'opposition entre contrat et institution⁵⁶⁷.

En revanche, l'idée d'institution est plus rarement évoquée lorsqu'il s'agit du contrat d'assurance. Cela vient du fait que l'objet du contrat d'assurance est très différent de celui du contrat de société ou du mariage. Contrairement à ces derniers, le contrat d'assurance est un acte d'adhésion à une mutualité déjà constituée. Il s'agirait donc en quelque sorte d'un contrat à « coloration institutionnelle », comme par exemple le contrat de vente immobilière, qui implique l'adhésion de l'acquéreur d'un appartement au règlement de copropriété. Dans ce cas, le contrat emporte tous les effets classiques du contrat, plus un effet particulier : le nouveau propriétaire entre dans la collectivité des copropriétaires. Là encore, il pourrait s'agir d'une institution.

260 Néanmoins, la théorie institutionnaliste, qui permettrait de rattacher le contrat d'assurance aux contrats de coopération, manque de pertinence (b).

b) *Limites de l'analyse institutionnelle*

261 La théorie institutionnaliste manque de pertinence, et ce pour deux raisons : d'une part, elle présente un vice naturel, en ce qu'elle est inutile pour expliquer le fondement des règles applicables au contrat d'assurance ; d'autre part, elle ne permet pas non plus d'en expliquer le contenu.

262 **Inutilité de la théorie pour expliquer le fondement des règles applicables au contrat d'assurance.** Selon l'analyse institutionnelle, la mutualité constituée par l'assurance est une sorte d'ordre juridique dans l'ordre juridique. Soumise aux règles impératives du premier (le nécessaire respect de l'ordre public tel qu'il est conçu par l'Etat français, au sein duquel on trouve le souci de protéger les parties faibles), l'institution d'assurance produit ses propres règles, et habilite certains individus à énoncer des règles. Les individus sont donc limités d'une part, par les règles impératives de l'ordre juridique français, et d'autre part, par les règles impératives de l'institution d'assurance. Pour employer un vocabulaire romanien, l'institution d'assurance est un ordre juridique relevant pour l'ordre juridique français. Son existence et son efficacité dépendent de ce dernier⁵⁶⁸. Or, les contrats qui

567. H. FULCHIRON, « De l'institution aux droits de l'individu: Réflexion sur le mariage au début du XXIe siècle », *Le monde du droit, écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 398.

568. S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Dalloz, 2e éd., 2002, §34, p. 106 : « Pour qu'il y ait relevance juridique, il faut que l'*existence*, le *contenu* ou l'*efficacité* d'un ordre soit conforme aux conditions

sont issus d'une institution relevante pour l'Etat portent la marque de leur origine, c'est-à-dire que leur contenu ne peut pas porter atteinte au bon fonctionnement de l'institution. En d'autres termes, ces contrats sont soumis à l'ordre public de l'ordre juridique dans laquelle l'institution s'inscrit, et à l'ordre public de l'institution. Cela entraîne la soumission du contrat à une série de règles impératives dont l'origine est double. Ainsi, au sein du contrat d'assurance cohabitent, d'une part, les considérations propres au droit de la consommation qui encadrent l'assureur afin qu'il ne profite pas de sa position de force, ni de la situation délicate du souscripteur qui devra payer sans aucune vision à long terme des bénéficiaires de son contrat (ordre public étatique), et d'autre part le « droit naturel » auquel les parties ne sauraient échapper, sous peine de léser la collectivité en son entier (ordre public de l'institution).

263 Cependant cette analyse ne peut être retenue, car elle manque de pertinence. En effet, l'intérêt de la théorie institutionnaliste est d'expliquer le fondement de la force juridique des règles. Or, la force obligatoire des règles émises par le contrat ne naît pas du contrat lui-même. Le contrat n'est pas autonome ; c'est le législateur qui a énoncé les règles qui doivent avoir cours en matière d'assurance, et c'est de lui qu'elles puisent leur force obligatoire. Point n'est besoin de recourir à la théorie institutionnaliste, qui implique le recours nécessaire à des concepts tels que la positivité ou la prise en considération d'un ordre juridique par un autre, pour justifier de la force obligatoire des règles porteuses des exigences de la mutualisation. Le normativisme kelsenien permet de répondre parfaitement et directement à cette problématique. En effet, en droit positif, la réglementation impérative du contrat d'assurance n'est pas produite et sanctionnée par l'institution constituée par la mutualité. La réglementation impérative est issue de l'ordre juridique étatique. C'est le législateur français qui l'élabore, sans concurrence d'aucune sorte. Certes, le législateur a repris à son compte des exigences nées de la pratique. Néanmoins, leur caractère obligatoire leur est conféré par le législateur et plus précisément par la sanction qu'il attache au non-respect de ces règles. Cela est patent dans certains cas, lorsque le législateur fait fi des exigences de la pratique pour imposer des règles qui servent un intérêt différent, supérieur à celui de la mutualité, comme par exemple les dispositions protectrices inspirées du droit de la consommation⁵⁶⁹, ou l'interdiction de la prise en compte de certains facteurs comme le sexe ou le don d'organe pour le calcul du risque⁵⁷⁰.

mises par un autre ordre : cet ordre ne vaut pour cet autre ordre juridique qu'à un *titre* défini par ce dernier ». C'est l'auteur qui souligne.

569. Par exemple le droit de résiliation annuel prévu par l'article 61 de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014, dite « loi Hamon », codifié à l'article L. 113-15-2 du code des assurances.

570. Art. L. 111-7 et L. 111-8 c. ass.

264 **Inutilité de la théorie pour expliquer le contenu des règles applicables au contrat d'assurance.** Il existe une différence fondamentale entre le contrat d'assurance et les contrats à coloration institutionnelle : les propositions doctrinales que nous avons énumérées précédemment ont comme finalité la reconnaissance de la nécessaire adaptation du droit commun des obligations à des situations contractuelles qui se rapprochent du contrat relationnel défini par M. Macneil. Pour résumer les choses rapidement, ces adaptations impliquent l'affirmation de nouveaux principes de fonctionnement permettant au contrat de perdurer dans le temps : ainsi, les volontés fondatrices doivent pouvoir être dépassées, notamment par la multiplication des clauses d'adaptation ou par l'immixtion du juge qui contrôlerait le comportement des parties au moyen d'instruments souples comme la bonne foi ; la persistance du contrat serait favorisée par rapport à la rupture efficace⁵⁷¹. Ainsi, la reconnaissance du caractère institutionnel d'un contrat a comme fin de lui imposer un régime permettant l'établissement d'une relation de longue durée entre les parties au contrat.

Or, le régime du contrat d'assurance n'impose pas la reconnaissance d'un quelconque lien entre les assurés. Il règle les rapports entre le souscripteur et l'assureur. Aucun membre de la mutualité n'est tenu d'une obligation envers un autre membre.

265 Il en est de même avec les contrats d'assurance collective, dans lesquels il n'existe pas non plus de lien juridique entre les membres de la mutualité. Pourtant, dans la mesure où leur fonctionnement repose sur la constitution d'une mutualité dans la mutualité⁵⁷², leur aspect institutionnel aurait pu être plus marqué. Néanmoins, l'étude des liens qui unissent chacun des protagonistes ne permet pas d'affirmer l'existence d'une réelle institution mutuelle.

En effet, les contrats d'assurance collective sont définis à l'article L. 141-1 du code des assurances : « Est un contrat d'assurance de groupe le contrat souscrit par une personne morale ou un chef d'entreprise en vue de l'adhésion d'un ensemble de personnes répondant à des conditions définies au contrat, pour la couverture des risques dépendant de la durée de la vie humaine, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ou du risque de chômage.

Les adhérents doivent avoir un lien de même nature avec le souscripteur. »

571. J. ROCHFELD, « La rupture efficace » cit. ; R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat » cit..

572. B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances* cit., §313.

Les assurances collectives présentent des figures diverses⁵⁷³ et leur fondement juridique est le sujet de débats. Pour présenter les choses simplement, on peut distinguer trois familles d'assurances collectives : les assurances de groupe couvrant des risques liés à la personne, et régies notamment par les articles L. 141-1 et suivants du code des assurances ; les assurances-emprunteur, qui sont également régies par les mêmes articles mais bénéficient de dispositions protectrices supplémentaire, issues, d'une part, de la jurisprudence, qui a créé un devoir de mise en garde à la charge du banquier⁵⁷⁴, d'autre part, de la loi, avec les articles L. 313-28 à L. 313-33 du code de la consommation, complétés par l'article L. 113-12-2 du code des assurances ; enfin, les assurances collectives de dommages, consacrées légalement par la loi Hamon⁵⁷⁵.

Après un certain nombre d'hésitations⁵⁷⁶, la Haute juridiction a décidé d'adopter une position claire sur le fonctionnement des assurances collectives, mais demeure néanmoins obscure sur leur fondement juridique. En effet, la Cour de cassation énonce que « l'adhésion au contrat d'assurance de groupe, bien que conséquence d'une stipulation pour autrui, n'en crée pas moins un lien contractuel direct entre l'adhérent et l'assureur, le souscripteur étant un tiers par rapport au contrat d'assurance liant l'assureur à l'adhérent assuré »⁵⁷⁷. Par cette solution, la Haute juridiction n'opère pas un choix clair entre les deux analyses principales qui se sont imposées. La première analyse, dite « éclatée », présente l'opération comme un contrat-cadre donnant naissance à de multiples contrats d'assurance individuels. Il semblerait que la Cour de cassation penche en faveur de cette analyse, même si elle fait explicitement référence dans son attendu à la stipulation pour autrui, mécanisme qui renvoie à la seconde analyse, dite « unitaire », dans laquelle les adhérents sont des bénéficiaires d'une stipulation pour autrui et non des cocontractants de l'assureur.

La formulation de la Cour de cassation se justifie par le fait qu'en réalité, aucune des explications ne permet de justifier le contenu du régime applicable.

266 L'analyse « éclatée », fondée sur l'idée d'un contrat-cadre élaboré par une personne morale ou un chef d'entreprise, qui donnerait naissance à de multiples contrats individuels souscrits entre les adhérents et l'assureur, n'est pas satisfaisante, car elle ignore le fonctionnement de ces derniers. En effet, ces contrats se définissent

573. V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse...* cit., §505.

574. Cass. ass. plén., 2 mars 2007, pourvoi n° 06-15267 : « Le banquier qui propose à son client auquel il consent un prêt, d'adhérer au contrat d'assurance de groupe, qu'il a souscrit à l'effet de garantir, en cas de survenance de divers risques, l'exécution de tout ou partie de ses engagements, est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire cette obligation. »

575. Art. L. 129-1 du code des assurances.

576. Retraccées par B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances* cit., §314 et s.

577. Cass. civ. 2e, 28 mars 2013, pourvoi n° 12-15.403, *RGDA* 2013 n° 3, note L. Mayaux.

comme « une convention par laquelle les parties fixent les principales règles qui gouverneront leurs contrats ultérieurs, dits souvent contrats d'application, au moyen desquels elles exécuteront les engagements précédemment pris »⁵⁷⁸. Le contrat-cadre n'est autre qu'un contrat préparatoire, qui permet de poser les fondements d'une relation contractuelle suivie entre les mêmes parties. Or, dans l'assurance de groupe, le « contrat-cadre » et les contrats d'assurance individuels ne sont pas souscrits entre les mêmes parties. Il est donc erroné de voir dans l'assurance collective une illustration de leur fonctionnement. Ainsi, la Cour de cassation a refusé d'y reconnaître le fondement juridique des assurances collectives.

267 En revanche, la Haute juridiction considère que le fondement du mécanisme des assurances collectives repose sur la stipulation pour autrui. Néanmoins, la stipulation pour autrui ne permet pas d'apporter une explication satisfaisante au fondement des assurances collectives, et ce pour deux raisons : la première, c'est parce qu'elle produit des effets qui ne sont pas conformes à leur régime ; la seconde, parce que le choix de ce fondement est contredit par la loi elle-même.

268 Admettre que la stipulation pour autrui est le fondement des assurances collectives revient à admettre que ce mécanisme permettrait la création d'un lien contractuel direct entre l'adhérent et l'assureur, auquel le souscripteur est tiers. La solution est étonnante, car fort éloignée de l'esprit du code civil, et ce malgré les aménagements que la jurisprudence a apportés au régime de la stipulation pour autrui⁵⁷⁹. En effet, l'article 1121 du code civil n'envisage que la création d'un droit au profit des tiers, et non d'un nouveau contrat dont le tiers serait partie.

269 De plus, l'analyse est contredite partiellement par la loi⁵⁸⁰, qui énonce que le souscripteur est réputé agir en tant que mandataire de l'entreprise d'assurance auprès de laquelle le contrat a été souscrit, pour les contrats d'assurance de groupe entrant dans le champ d'application de la loi du 8 août 1994. La référence à la stipulation pour autrui demeure valable néanmoins pour les assurances de groupes visées par le titre premier de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989⁵⁸¹ et les assurances de groupe

578. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations* cit., §194.

579. En effet, malgré la lettre restrictive du code civil, la Cour de cassation a admis que la stipulation impose des obligations à la charge du bénéficiaire (Cass. civ. 1re, 8 décembre 1987, pourvoi n° 85-11.769, *BC I*, n° 343, *D.* 1989, *Som. com.* p. 233, obs. Aubert, *RTD civ.* 1988.532, obs. Mestre). Cet aménagement permet de justifier que le paiement de la prime soit à la charge de l'adhérent dans les assurances collectives.

580. Art. L. 141-6 c. ass.

581. « Les opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, ou des risques d'incapacité

garantissant le remboursement d'un emprunt.

270 Ainsi, l'explication qui fonde le mécanisme des assurances de groupe sur la stipulation pour autrui n'est pas dépourvue d'objections. C'est pourquoi un auteur a émis l'idée d'un schéma obligationnel inspiré de la stipulation pour autrui mais néanmoins *sui generis*, la stipulation de contrat pour autrui⁵⁸². Dans ce schéma, l'objet de la stipulation porte, non pas sur l'exécution de la prestation due par le promettant, mais sur les termes synallagmatiques d'une convention future. Il s'agit d'une promesse de contrat, génératrice, pour le bénéficiaire, d'une option contractuelle. Le contrat promis devient parfait et définitif dès l'acceptation du bénéficiaire, et échappe dès lors aux modifications ultérieures des termes de la promesse incluse dans la convention cadre. La solution choisie par la Cour de cassation semble faire sienne ce mécanisme : inspirée de la stipulation pour autrui, elle n'en crée pas moins un lien contractuel direct entre l'adhérent et l'assureur.

271 Ainsi, quel que soit le fondement des assurances collectives, aucun des contrats souscrits (contrat originaire ou contrats individuels d'assurance) ne crée d'obligation entre les adhérents. Il faut donc en conclure que les contrats d'assurance collective ne sont pas non plus organisés selon une structure juridique qui permettrait la reconnaissance d'une institution. L'exclusion des contrats d'assurance des contrats à coloration institutionnelle semble donc justifiée.

272 En conclusion, ni la catégorie des contrats d'échange, ni celle des contrats de coopération ne permettent de décrire la fonction économique du contrat d'assurance. Il convient donc à présent de déterminer s'ils sont au service d'un troisième type de fonction économique, celui propre aux contrats aléatoires présentant un caractère socialement et économiquement utile (B).

B Admission du contrat d'assurance dans la catégorie des contrats aléatoires socialement et économiquement utiles

273 De par leur structure spécifique, qui est celle d'une mise en concurrence, les contrats aléatoires ont généralement une utilité discutable sur le plan économique et social pour un ordre juridique. Néanmoins, lorsque l'opposition entre les parties permet la mise en œuvre d'une garantie, alors le droit positif leur accorde une

de travail ou d'invalidité ou du risque chômage. »

582. D. MARTIN, « La stipulation de contrat pour autrui », *D.*, 1994, chron. p. 145.

force obligatoire (1.). Or, la force obligatoire des contrats d'assurance repose sur leur fonction économique spécifique qui est celle d'être le parangon des contrats de garantie, grâce à la technique de mutualisation des risques. Cette fonction économique justifie donc leur reconnaissance et leur distinction avec d'autres contrats aléatoires de garantie, comme les contrats de maintenance (2.).

1. L'utilité des contrats aléatoires subordonnée à la finalité de garantie

274 Les contrats aléatoires reposent sur une mise en concurrence des intérêts des cocontractants, et non sur une convergence de leurs intérêts. C'est pourquoi leur reconnaissance par le droit objectif a posé problème à toutes les sociétés⁵⁸³.

Ces craintes ont été exprimées sans ambiguïté par les rédacteurs du code civil. Seuls cinq contrats aléatoires sont mentionnés dans l'ancien article 1964 du code civil : le contrat d'assurance, le prêt à la grosse aventure, le jeu et le pari, le contrat de rente viagère. L'appréciation que les rédacteurs font de l'utilité économique et sociale de ces contrats diffère totalement selon le type de contrat.

Le jeu et le pari suscitent l'opprobre général, qui s'exprime juridiquement par l'exception de jeu⁵⁸⁴, c'est-à-dire l'absence d'action pour les dettes de jeu⁵⁸⁵. Cette exception est fondée sur l'idée que la mise en concurrence des parties à un contrat de jeu ou de pari soulève des problèmes moraux, sociaux et économiques. Elle engendre la possibilité d'un enrichissement soudain et décorrélé de tout effort, entraîne un risque de ruine pour les familles, et permet la consécration de rapports irrémédiablement antagonistes. Contrairement à la vente et au prêt, les contrats aléatoires heurtent les valeurs de la société bourgeoise. Portalis énonce : « Le désir et l'espoir du gain sont pour les parties les seuls mobiles du contrat. Ce désir et cet espoir ne s'attachent à aucune action ; ils ne supposent aucune réciprocité de services : chaque joueur n'espère que sa fortune, et ne se repose que sur le malheur d'autrui. A la différence des contrats ordinaires qui rapprochent les hommes, les promesses contractées au jeu les divisent et les isolent. »⁵⁸⁶ Plus lapidaire, le tribun Duveyrier précise : « Si le premier contrat indiqué à l'homme par la nécessité et l'industrie fut l'échange, le

583. I. NAHAS, *Le jeu et le pari en droit*, sous la dir. de D. Mazeaud, Université Paris 2, 2014, p. 18 et s.

584. Ancien article 1965 du code civil.

585. On peut dès lors s'interroger sur la qualification du jeu et du pari comme contrats, en l'absence de possibilité pour le juge de vérifier leur validité et de les consacrer ainsi comme fondements normatifs.

586. Portalis, cité par P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Videcoq, Paris, 1836, p. 539.

dernier qu'inventa sa cupidité doit être le contrat aléatoire »⁵⁸⁷.

En revanche, les autres contrats aléatoires sont présentés avec moins de sévérité : ils échappent à l'exception de jeu. Seul le contrat de rente viagère est réglementé par le code civil, car le contrat d'assurance et le prêt à la grosse aventure relèvent des lois maritimes⁵⁸⁸. La rente viagère pose des problèmes moraux⁵⁸⁹, mais présente un réel intérêt économique : « La rente viagère offre quelquefois une ressource à des individus trop peu fortunés pour que des biens plus durables, mais plus modiques, suffisent à leurs besoins »⁵⁹⁰. Le prêt à la grosse aventure est apprécié, mais le contrat d'assurance, « contrat infiniment plus étendu dans son application et plus important par ses effets »⁵⁹¹, fait l'objet d'appréciations dithyrambiques, car il est le moyen du développement économique entre les nations : « Par ce contrat, qui consiste à prendre sur soi les périls que courent sur mer les marchandises d'un autre, il arrive que la fortune privée d'un armateur se trouve garantie par celle d'une foule d'assureurs de tous les pays, de toutes les contrées, qui consentent à lui répondre de tous les événements. Un seul particulier peut ainsi faire le commerce le plus riche et le plus étendu avec le crédit, la force et les ressources de plusieurs nations. »⁵⁹²

275 Il est donc incontestable que c'est grâce à sa fonction de garantie que le contrat d'assurance est reconnu par le droit objectif comme une source d'obligations. Il présente une fonction économique utile, dont découle son régime, en particulier le fait qu'il échappe à l'exception de jeu⁵⁹³. Cette fonction économique, qui lui est propre, repose sur le fait que grâce à la technique de mutualisation des risques, il constitue le modèle des contrats aléatoires de garantie. Il doit donc être distingué des autres contrats de ce type, comme les contrats de maintenance (2.).

587. Tribun Duveyrier, cité par *ibid.*, p. 556.

588. Portalis, cité par *ibid.*, p. 537.

589. « Dira-t-on que l'usage des rentes viagères habitue les hommes à calculer froidement sur la vie et sur la mort de leurs semblables, et peut leur inspirer des affections contraires à l'humanité ? Mais combien d'institutions civiles qui peuvent donner lieu aux mêmes inconvénients et aux mêmes calculs ! » (Portalis, cité par *ibid.*, p. 544).

590. Tribun Siméon, cité par *ibid.*, p. 555.

591. Portalis, cité par *ibid.*, p. 536.

592. Portalis, cité par *ibid.*, p. 537.

593. Il en est de même avec le contrat de vente sous forme de rente viagère, qui constitue une garantie pour le crédit-rentier, et présente lui aussi une utilité économique.

2. La finalité de garantie des contrats d'assurance distinguée par le recours à la mutualisation des risques : la distinction avec les contrats de maintenance

276 Mme Nicolas a consacré de longs développements à la question de la distinction entre les contrats d'assurance et les contrats de maintenance⁵⁹⁴. Elle définit le contrat de maintenance comme celui par lequel un prestataire de services intervient pour remettre en état de fonctionnement un matériel ou un bien présentant des déficiences lorsque l'événement prévu au contrat se réalise. En revanche, si l'intervention est prévue à l'avance à des périodes aménagées par les parties, alors il s'agit d'un contrat d'entretien. En effet, ce dernier ne présente pas de caractère aléatoire, et s'identifie à un contrat d'entreprise.

En revanche, le contrat de maintenance est bien un contrat aléatoire de garantie : d'une part, il est aléatoire, puisque l'intervention du prestataire est subordonnée à la survenance d'une panne, et qu'il est conclu à titre onéreux. Ainsi, chacune des parties court une chance de gain ou un risque de perte corrélatifs. D'autre part, la cause de l'engagement du client réside dans la recherche de l'indemnisation d'un préjudice. Par ailleurs, nous avons vu que l'article L. 113-5 du code des assurances avait ouvert la qualification de l'assurance aux obligations de faire, et que la garantie pouvait prendre corps aussi bien dans une obligation de donner une somme d'argent qu'une obligation de faire. Il est donc délicat de distinguer le contrat de maintenance du contrat d'assurance.

277 Deux objections ont été formulées à l'encontre de ce rapprochement : la première par Mme Nicolas, qui souligne la parfaite identité des deux contrats⁵⁹⁵. Néanmoins, elle inclut dans la définition du contrat d'assurance la qualité d'une des parties en tant qu'assureur. Or, comme aucune des parties n'est assureur dans le contrat de maintenance, elle conclut à l'impossibilité de confondre les deux contrats⁵⁹⁶. Or, nous ne souscrivons pas à l'idée que l'identité des parties soit un élément de la qualification conceptuelle, car le critère n'est pas pertinent. En effet, si le contrat d'assurance est celui souscrit par un assureur, et si seul l'assureur peut conclure des contrats d'assurance, comment savoir quelle entreprise est en droit de solliciter l'agrément ?

La seconde objection a été formulée par M. Bigot, selon lequel la différence concer-

594. V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse...* cit., §293 et s..

595. *ibid.*, §312.

596. *ibid.*, §331.

nerait l'objet de la garantie, plus large pour la maintenance que pour l'assurance : la maintenance prévoit le remplacement des pièces abîmées par l'usure ; or cette dernière n'est pas un risque, étant inéluctable. « La maintenance déborde le champ de ce qui est assurable »⁵⁹⁷. Cette affirmation est contestable, car on a vu que le caractère aléatoire de l'événement pouvait porter soit sur sa survenance, soit sur sa date de survenance. La nécessité de remplacer les pièces abîmées est constitutive du risque. Or, si sa survenance est une certitude, sa date de survenance en revanche ne l'est pas. Le contrat est donc bien aléatoire.

278 Il nous semble que la distinction entre les contrats de maintenance et les contrats d'assurance repose sur la cause de l'engagement du garant, qui diffère dans les deux cas. La différence est fonction des modalités de mise en œuvre de la garantie : en effet, si le garant s'engage à fournir lui-même une prestation en nature, alors toute mutualisation des risques est techniquement impossible, puisque le coût du risque, qui est une valeur numéraire, ne peut correspondre exactement dans son montant à une prestation en nature. En revanche, si le garant a comme rôle de coordonner le travail de différents prestataires, alors sa prestation revêt un caractère essentiellement financier qui permet la mise en œuvre de la technique d'assurance.

Ainsi, le critère de distinction repose sur le recours ou non par le garant à la technique de mutualisation des risques, et justifie la mise en œuvre de régimes distincts. En effet, nous avons vu *supra* que les dispositions spécifiques prévues par le code des assurances avaient comme fondement le bon fonctionnement de la technique de mutualisation des risques. Ces dispositions n'ont donc pas lieu d'être appliquées aux contrats de maintenance. La distinction entre les deux contrats s'impose donc, et repose sur leurs fonctions économiques différentes, qui justifient la reconnaissance de chacun d'eux par le droit objectif comme fait générateur d'obligations. Ainsi, la fonction économique du contrat d'assurance est indissociable de la technique de mutualisation des risques.

Conclusion

279 L'inclusion de la technique d'assurance dans la définition du contrat trouve sa justification dans l'étude du régime qui lui est applicable. Nous avons ainsi identifié comme *ratio legis* le souci de permettre le bon fonctionnement de la mutualité des

597. J. BIGOT, J. BEAUCHARD, V. HEUZÉ, J. KULLMANN, L. MAYAUX et V. NICOLAS, *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, t. 3 cit., §237.

risques. En termes de cause, la technique d'assurance constitue le fondement de la cause de l'engagement de l'assureur qui perçoit la prime afin de mutualiser les risques.

280 De plus, la technique d'assurance incarne la fonction économique du contrat d'assurance, qui justifie sa reconnaissance par le droit objectif en tant que fait générateur d'obligations, ainsi que l'existence d'une catégorie distincte spécifique.

En effet, sa fonction économique n'est pas celle des contrats d'échange, qui sont fondés sur un principe de justice commutative et s'accordent mal avec le fonctionnement des contrats aléatoires. Elle ne se confond pas non plus avec celle des contrats de coopération, car leur fondement repose sur l'analyse institutionnelle qui ne permet pas de justifier le régime applicable au contrat d'assurance.

En revanche, comme tous les contrats aléatoires, qui supposent une mise en concurrence des parties, son utilité est subordonnée à sa fonction de garantie. Or, le contrat d'assurance, grâce à la technique de mutualisation des risques, constitue le parangon des contrats aléatoires de garantie. Ainsi, la reconnaissance du contrat d'assurance par le droit objectif, ainsi que l'application de son régime spécifique, sont justifiés par la technique d'assurance. Elle constitue donc la fonction économique du contrat et permet sa distinction avec d'autres contrats aléatoires de garantie, comme le contrat de maintenance.

Conclusion du titre II

281 La définition conceptuelle du contrat d'assurance qui repose sur la seule notion de garantie, sans autre précision, est insuffisante. En effet, la garantie est une notion fonctionnelle, c'est-à-dire que son contenu varie selon son utilisation. Notion économique dans le cadre de l'assurance, qui renvoie à l'idée générale d'indemnisation d'un préjudice, son appréhension par le juriste est extrêmement complexe. En effet, la garantie n'a pas de contenu obligationnel : elle ne correspond ni à une obligation précise, ni à un type d'obligation.

De plus, si la garantie ne peut permettre de décrire les obligations des parties, elle ne s'insère qu'avec la plus grande difficulté dans l'expression de la finalité socio-économique du contrat, et à la double condition, d'une part, que l'on adopte une vision subjective de la cause du contrat, d'autre part, que l'on inclue la technique d'assurance dans sa définition.

Ainsi, la notion de garantie ne peut être un critère de qualification du contrat d'assurance que si l'on adopte une définition technique : la mutualisation des risques. Cela implique que la définition juridique du contrat d'assurance se fonde sur un critère purement économique, position qui est justifiée par la fonction que joue le concept de contrat dans le système juridique français. En effet, les contrats sont l'expression juridique d'une réalité économique et n'ont de force obligatoire que s'ils servent l'utilité et la justice publiques. Or, le contrat d'assurance est objectivement utile car il permet la mise en œuvre d'une technique de garantie à grande échelle. C'est ce critère qui permet de justifier sa reconnaissance en tant que contrat et l'application du régime spécifique associé.

Conclusion de la première partie

282 La recherche de la cause typique du contrat d'assurance nous a conduit à identifier une cause complexe, caractéristique des contrats aléatoires. En effet, la cause du contrat est en premier lieu l'aléa, c'est-à-dire la recherche, par chacune des parties, d'une chance de gain corrélée à un risque de perte. A cette cause simple, il faut ajouter une seconde cause, qui est celle de la recherche d'une garantie. Or, la garantie est une notion qui ne connaît pas de définition juridique rigoureuse. En effet, elle renvoie à des exigences différentes selon l'hypothèse envisagée. Ainsi, la recherche de la garantie, qui caractérise la cause de l'engagement du souscripteur, n'est pas le miroir exact de la fourniture de garantie offerte par l'assureur. Le souscripteur s'engage afin d'obtenir une indemnisation si un préjudice survient, tandis que l'assureur s'engage en vue de percevoir une somme d'argent qui lui permet de mutualiser le risque. La garantie revêt donc une acception technique dans la définition de la cause de l'engagement de l'assureur.

Ainsi, on ne peut se contenter de définir le contrat d'assurance comme un contrat aléatoire de garantie : en laissant dans l'ombre la technique d'assurance, cette définition entretient le flou sur sa fonction économique, de sorte qu'il est impossible de tracer des frontières claires avec d'autres contrats. La notion conceptuelle de contrat d'assurance se définit donc au moyen de trois éléments : le caractère aléatoire du contrat, l'intérêt d'assurance, et la technique d'assurance par mutualisation des risques. On peut formuler la définition suivante : le contrat d'assurance est un contrat aléatoire de garantie, par lequel le souscripteur recherche l'indemnisation d'un préjudice éventuel, tandis que l'assureur perçoit une prime ou une cotisation afin de mutualiser le risque.

283 Néanmoins, l'examen de la pratique montre que ces trois critères ne se retrouvent pas dans tous les contrats proposés par les assureurs. Faut-il en conclure que ces opérations doivent être définitivement et irrémédiablement exclues de la catégorie des contrats d'assurance ? Il nous semble que non. Sans remettre en cause la définition

conceptuelle que nous avons dégagée, il faut admettre que cette dernière n'épuise pas le contenu de la catégorie de contrat d'assurance. Il existe d'autres critères, variables selon les fonctions servies par l'assurance. Nous tenterons donc à présent de compléter la notion conceptuelle par l'élaboration de notions fonctionnelles.

Seconde partie
Les notions fonctionnelles de contrat
d'assurance

284 Lors de l'étude de la notion conceptuelle du contrat d'assurance, nous avons identifié trois critères, qui constituent la cause du contrat. Le premier critère consiste en son caractère aléatoire, qui implique la recherche pour les deux parties d'une chance de gain corrélée à un risque de perte. Le deuxième critère est la cause de l'engagement du souscripteur, qui consiste en « l'intérêt d'assurance », c'est-à-dire le souhait d'être indemnisé en cas de préjudice. Le troisième critère est la cause de l'engagement de l'assureur qui souscrit le contrat en vue de percevoir une prime ou une cotisation et d'introduire ainsi le risque dans une mutualité, afin de mettre en œuvre sa technique de garantie.

Néanmoins, si la notion conceptuelle ainsi définie permet de justifier les éléments caractéristiques du régime applicable au contrat d'assurance, l'examen de la pratique permet de constater que l'activité des assureurs ne se limite pas à la souscription de ces contrats. C'est pourquoi la recherche d'une définition fonctionnelle s'impose.

285 Le contenu d'une définition fonctionnelle varie selon le rôle observé. En effet, dépourvue de contenu abstraitement déterminé, la notion fonctionnelle doit son identité à sa fonction. Cette dernière étant susceptible de varier, il est possible de présenter les notions fonctionnelles sous la forme d'un catalogue⁵⁹⁸. Nous présenterons donc deux types de contrats, proposés par les assureurs, et qui ne présentent pas les éléments conceptuels caractéristiques que nous avons identifiés.

Il s'agit en premier lieu des contrats de garantie qui couvrent un risque de telle nature qu'il ne peut être mutualisé. Or, avec la disparition du troisième critère de qualification, qui est celui du recours à la technique de garantie par mutualisation des risques, et qui constitue la cause de l'engagement de l'assureur, la distinction avec les contrats de pari est extrêmement délicate.

Le deuxième type de contrat qui pose problème est celui des contrats commutatifs d'épargne qui constituent désormais la majorité des contrats souscrits sous l'appellation d'« assurance-vie ». Là encore, le caractère aléatoire douteux de ces opérations suscite des difficultés en matière de qualification.

286 Ces deux types de contrats, qu'il convient d'examiner dans une perspective fonctionnelle, correspondent à deux modalités de variation différentes.

La première modalité consiste à ignorer les critères issus de la définition conceptuelle au profit d'un ou plusieurs autres critères, qui s'imposent non pas en raison de la nature intrinsèque du contrat envisagé, mais au regard de nécessités économiques et sociales. La variation porte alors sur le régime applicable, tandis que les catégo-

598. G. VEDEL, « La juridiction compétente... » cit..

ries deviennent des réceptacles qui accueillent en opportunité des situations, selon l'adéquation du régime qui leur est associé.

C'est le cas pour l'hypothèse des contrats de pari qui sont souscrits auprès des entreprises d'assurance. Bien qu'ils ne répondent pas au critère de mutualisation des risques, et qu'ils ne soient donc pas conceptuellement des contrats d'assurance, le régime des jeux et paris ne leur est pas adapté, contrairement à celui des contrats d'assurance. Il faut donc envisager leur inclusion dans la catégorie des contrats d'assurance (titre 1 : contrat d'assurance et contrats de pari).

La seconde modalité de variation ne porte pas tant sur le choix des critères de qualification, que sur le choix des catégories elles-mêmes. En effet, on peut envisager qu'une même situation reçoive plusieurs qualifications différentes, tant il est vrai que les règles de droit sont multiples et que chaque domaine juridique sert des finalités spécifiques. Cette variation consiste à admettre le caractère relatif des catégories, qui varient selon le domaine juridique envisagé, et plus précisément selon la fonction du domaine.

C'est le cas pour les contrats d'assurance-vie modernes, qui sont en réalité des contrats commutatifs d'épargne. L'essentiel du régime propre au contrat d'assurance, déterminé par le caractère aléatoire du contrat, ne leur est pas applicable. Néanmoins, certaines dispositions de droit fiscal et de droit patrimonial de la famille sont applicables aux contrats d'assurance-vie en raison de choix politiques. Il convient de ne pas exclure *a priori* leur inclusion dans la catégorie des contrats d'assurance, et d'apprécier la pertinence de cette qualification au regard des finalités spécifiques poursuivies (titre 2 : contrat d'assurance et contrats commutatifs d'épargne).

Titre I

Contrat d'assurance et contrats de pari

287 La technique de mutualisation des risques constitue un critère distinctif du contrat d'assurance. Or, les lois mathématiques qui permettent sa mise en œuvre supposent de garantir des risques répondant à des critères spécifiques. L'examen de la pratique montre que les assureurs étendent le champ de leur garantie à des risques qui ne répondent pas à ces critères, en ayant recours à d'autres techniques de financement.

Nous étudierons dans un premier temps en détail ces techniques alternatives de financement (chapitre 1), afin de nous interroger sur la qualification des contrats qui en sont issus (chapitre 2).

Chapitre 1

La présentation des techniques de financement de la garantie distinctes de la mutualisation des risques

288 Le principe de mutualisation ne peut être efficacement mis en œuvre que dans certaines conditions. Or, il existe des hypothèses dans lesquelles les conditions de son fonctionnement sont altérées, ce qui porte atteinte à l'assurabilité des risques. Il existe également des hypothèses dans lesquelles c'est le principe de mutualisation lui-même qui ne peut être mis en œuvre au regard des caractères intrinsèques du risque envisagé.

En effet, la mutualisation des risques repose sur un mécanisme délicat. Elle n'est possible que si « les relations contractuelles concrètes entre assureurs et assurés permettent une mise en place effective de la mutualisation d'aléas indépendants, encourus par tous, mais effectivement supportés par quelques uns »⁵⁹⁹. Ainsi, les asymétries d'informations ainsi que les comportements opportunistes sont susceptibles de mettre en péril l'efficacité de la mutualisation des risques, par des phénomènes comme l'antisélection, le risque moral et la fraude.

Par ailleurs, la mutualisation est parfois inadaptée à la garantie de certains risques qui sont imparfaitement diversifiantes, car marqués par une composante systémique. Ces risques sont à la fois très rares et présentent des pertes maximales très élevées de sorte qu'ils sont rétifs aux calculs statistiques fondés sur la loi des grands nombres, et sont susceptibles, s'ils se réalisent, de dépasser les capacités de l'assurance. Enfin, la mutualisation est une technique de garantie inadaptée lorsque les assureurs envisagent de garantir un risque nouveau, car les connaissances scientifiques et statistiques disponibles peuvent être insuffisantes pour définir la probabilité du

599. P. PICARD, « Les frontières de l'assurabilité », *Risques*, n° 54, 2003.

risque, ainsi que son intensité.

289 Or, le développement des garanties relatives à des risques non assurables selon la technique de mutualisation a pris une ampleur considérable. Comme le note un auteur, « il en va différemment aujourd'hui. Les événements restent de moins en moins dans le jardin clos des risques domestiqués. (...) Le choc est d'autant plus rude que nos calculs marchaient si bien, que la démarche de domestication de l'aléa ne cessait de progresser, en nous procurant un confort si bienvenu lorsqu'il est question de possible échec, ébranlement, déstabilisation »⁶⁰⁰.

Parmi ces risques non assurables, on trouve les risques industriels, les risques dits « catastrophiques » comme le terrorisme, le risque biologique, ou encore le risque sur les marchés financiers, que la crise de 2008 a illustré⁶⁰¹. Il demeure que ces risques sont pourtant garantis : cela est rendu possible grâce au recours à d'autres méthodes que la technique d'assurance classique. Ces méthodes s'appuient sur deux leviers : d'une part sur des techniques alternatives à la mutualisation mais permettant le transfert des risques ; d'autre part, sur des associations entre le secteur de l'assurance et les investisseurs sur les marchés financiers ou l'Etat⁶⁰². Ainsi, face aux carences de la technique de mutualisation des risques telle qu'elle est opérée classiquement par le secteur de l'assurance, deux réponses sont possibles : soit la technique de mutualisation change de paradigme grâce à des postulats différents, afin de la rendre efficiente, soit elle est minimisée, voire abandonnée.

290 La technique de mutualisation peut être rendue plus efficiente de deux façons : la première consiste à dépouiller sa mise en œuvre de toute logique concurrentielle, qui implique la sélection et la différenciation des risques⁶⁰³. C'est le cas des assurances sociales, où la porte d'entrée dans la mutualité a un coût décorrélié du prix du risque, afin que tous puissent y accéder. Plus largement, les différentes modalités d'intervention étatique dans le contrat d'assurance, comme les obligations d'assurance ou les clauses obligatoires, imposent la mise en place d'une mutualisation des risques à très grande échelle qui permet de dépasser les besoins de rentabilité propres au secteur privé.

La seconde technique consiste à substituer la mutualisation financière à la mutualisation actuarielle. En effet, l'originalité de la mutualisation des risques propre à l'assurance est qu'à la mutualisation financière est associée une mutualisation des

600. P. LAGADEC et B. TOPPER, « Mégarisques: défis théoriques, réponses opérationnelles », *Risques*, n° 86, 2011.

601. La liste n'est évidemment pas exhaustive.

602. P. PICARD, « Les frontières de l'assurabilité » cit..

603. P. PESTIEAU, « Assurance sociale et intégration économique », *Risques*, n° 40, 1999, p. 95.

données, afin d'élaborer des statistiques. Or le calcul statistique est ignoré lorsqu'il s'avère impossible, de sorte que l'efficacité de la garantie réside dans la dilution des actifs qui financent la garantie entre les mains du plus grand nombre d'investisseurs possibles, chacun ne supportant qu'une petite partie du risque.

La mutualisation financière présente plusieurs visages : les assureurs peuvent transférer le risque à un marché financier, opération qu'on désigne par le terme de « titrisation ». Ils peuvent également faire l'impasse sur toute forme de mutualisation. C'est le cas lorsque l'efficacité et la rentabilité de la garantie reposent sur une évaluation précise du risque individuel, afin de minimiser l'aléa. Le choix de cette stratégie est parfois dicté par des considérations de rentabilité qui ignorent le principe de solidarité à l'origine de l'assurance, parfois imposé par le caractère nouveau du risque garanti.

291 Nous distinguerons les mécanismes fondés sur la solidarité (1) des mécanismes financiers alternatifs à la mutualisation des risques (2).

Section 1

Le recours à la solidarité

292 Nous présenterons brièvement les différentes manifestations de la solidarité (§1) avant de nous pencher plus précisément sur les clauses couvrant les catastrophes naturelles (§2).

§1 Les manifestations de la solidarité

293 M. Dubuisson définit la solidarité comme « un mécanisme permettant de réaliser des transferts au profit des personnes moins favorisées, en utilisant les ressources financières des personnes mieux nanties ou réputées telles ». En matière d'assurance, la solidarité implique des transferts entre les risques les moins exposés et les risques les plus exposés⁶⁰⁴. En effet, la logique concurrentielle qui porte le secteur de l'assurance impose le principe de neutralité actuarielle, en vertu duquel les assurés paient en fonction de la réalité de leurs risques, de sorte que les porteurs de « mauvais risques » supportent une prime d'assurance plus élevée que les porteurs

604. B. DUBUISSON, « Solidarité, segmentation et discrimination en assurances » cit., p. 106.

de « bons risques »⁶⁰⁵. La mise en œuvre d'une logique de solidarité dans l'assurance permet de faciliter l'entrée des « mauvais risques » dans la mutualité à un coût abordable. Cette logique s'impose donc lorsque l'État souhaite protéger l'ensemble de sa population contre des risques sociaux comme la maladie et la vieillesse, ou lorsque le risque envisagé entraîne des dommages pour quelques uns mais dont l'ampleur est si considérable que l'efficacité de l'indemnisation implique la contribution d'un très grand nombre d'individus.

294 La logique de la solidarité, qui entre en conflit avec les exigences de rentabilité du secteur privé de l'assurance, est le plus souvent imposée par les pouvoirs publics. L'intervention étatique présente des degrés divers.

La Sécurité sociale, « véritable nationalisation de l'assurance en matière de maladie, maternité, invalidité, vieillesse, décès », consiste à associer l'obligation d'assurance à un monopole des organismes⁶⁰⁶. Son instauration en 1946 a permis une mutualisation des risques à grande échelle, dépouillée des considérations de rentabilité économique auxquelles est soumis le secteur privé de l'assurance. Le principe de mutualité, en tant qu'il est l'expression technique du principe de solidarité, ne peut être parfaitement mis en œuvre que dans un contexte libéré de toute logique concurrentielle. L'obligation d'affiliation permet la constitution d'une mutualité, tandis que l'indexation du « prix d'entrée » dans la mutuelle sur les revenus et non sur une évaluation du risque personnel permet la mise en place d'une justice redistributive, des hauts revenus vers les plus modestes, ainsi que des bons risques vers les mauvais⁶⁰⁷.

Par ailleurs, l'assurance privée est soumise à des contraintes étatiques afin d'opérer des redistributions entre classes de risques⁶⁰⁸. Ainsi l'évolution du droit de la responsabilité civile, marquée par le souci d'indemniser les victimes, a été rendue possible par le développement des contrats d'assurance et notamment la multiplication des assurances obligatoires de responsabilité, véritable technique de protection sociale⁶⁰⁹. On notera que le principe de la souscription obligatoire ne remet pas en cause le caractère contractuel de ces accords, tant il est vrai qu'ils ne sont qu'un exemple parmi d'autres du renforcement de l'ordre public dans le régime des contrats⁶¹⁰.

Enfin, les pouvoirs publics soumettent certains contrats d'assurance à un cadre extrêmement contraignant, en imposant leur souscription à l'assureur, fixant leur

605. P. PICARD, « Les frontières de l'assurance », *Risques*, n. 42, 2000.

606. Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances* cit., p. 16, §21.

607. P. PESTIEAU, « Assurance sociale et intégration économique » cit..

608. *ibid.*

609. Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances* cit., p. 15, §19 et s.

610. Sur la question des « contrats imposés », cf. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations* cit., p. 42 et s., ainsi que pp. 228 et 229.

contenu, en déclenchant leur garantie et en jugeant même de l'assurabilité du risque⁶¹¹. C'est le cas en particulier de la couverture des catastrophes naturelles, qui a fait l'objet d'une intervention législative afin de créer un régime hybride impliquant l'Etat et les compagnies d'assurance (§2).

§2 L'exemple des clauses dites « cat nat »

295 Les catastrophes naturelles étaient traditionnellement considérées comme techniquement inassurables en raison du risque d'antisélection et de l'importance des dommages causés⁶¹². Ainsi, à titre d'exemple, le naufrage du pétrolier Erika et la tempête qui s'est abattue sur la France en 1999 ont entraîné un coût correspondant à 30 à 40 % des fonds propres de l'ensemble des sociétés d'assurances du marché français⁶¹³. De plus, le risque n'est pas statistiquement indépendant, comme l'exige la technique de la mutualisation, puisque le dommage qui touche un habitant d'une commune touchera également ses voisins⁶¹⁴.

Le législateur français est intervenu par la loi du 13 juillet 1982⁶¹⁵, qui met en place un régime hybride au sein duquel les assureurs jouent un rôle non négligeable. Ainsi, l'Etat a imposé une extension de garantie obligatoire dans les contrats couvrant les dommages aux biens, en fixant un taux de cotisation unique, calculé en proportion de la cotisation de la garantie dommages aux biens. Les sociétés d'assurance peuvent ensuite se réassurer auprès de la Caisse centrale de réassurance (CCR), qui bénéficie de la garantie de l'Etat⁶¹⁶, et le bureau central de tarification (BCT) intervient lorsqu'un assuré a été refusé par une entreprise d'assurance⁶¹⁷.

Le principe de la solidarité implique que des particuliers ou des entreprises eux-mêmes très peu soumis aux risques paient une cotisation d'assurance pour permettre l'indemnisation de ceux qui sont concernés par les risques. Ainsi « le locataire ou le copropriétaire d'un appartement situé au 1er étage ou aux étages supérieurs d'un immeuble à Paris paye-t-il 12 % du montant de toutes ses cotisations (dommages, incendie, vol, dégâts des eaux. . .) alors qu'il n'est soumis à aucun risque « catastrophes naturelles », que ce soit inondation, tremblement de terre, sécheresse ou autre, pour

611. F. VINCENT, « Droit public et assurance », *RGAT*, 1991. 241.

612. Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances* cit., p. 19.

613. P. FLORIN, « Y aura-t-il des cycles au xxie siècle? », *Risques*, n° 41, 2000, p. 91.

614. P. PICARD, « Les frontières de l'assurance » cit. ; pour une présentation synthétique, cf. J.-M. LAMÈRE, « Assurance et catastrophes: aujourd'hui et demain », *Risques*, n. 42, 2000.

615. Loi n.82-600 du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles, *JO* 14 juillet 1982, p.2242, *D.* 1982. L. 329 (cf. art. L. 125-1 à L. 125-6 c. ass.)

616. Art. L. 431-9 c. ass.

617. Art. L. 125-6 al. 7 et R. 250-2 c. ass.

indemniser les riverains de cours d'eau qui sortent de leur lit... presque aussi souvent que nous du nôtre... ou encore pour indemniser un jour qu'il faut espérer lointain mais qui arrivera sans aucun doute, les victimes d'un tremblement de terre sur la Côte d'Azur, en Alsace ou en Guadeloupe. »⁶¹⁸ Le principe ainsi mis en œuvre s'éloigne des pratiques traditionnelles des entreprises d'assurance, puisque l'Etat oblige les assureurs à faire payer une cotisation d'assurance à des assurés qui sont eux-mêmes très peu (voire pas du tout) concernés par le risque. Le fondement du dispositif est la solidarité entre les assurés de zones géographiques non exposées à l'égard des assurés habitant dans des zones à risque.

Le montant de la prime correspond à un pourcentage de la garantie de base, qui est le même pour tous les contrats : il est calculé grâce à un taux uniforme fixé par l'article A. 125-2 du code des assurances. Ainsi, contrairement aux assurances de dommages classiques, l'assiette de la prime est le montant de la prime du contrat-socle et non la valeur d'assurance des biens garantis⁶¹⁹. La technique utilisée est donc plus proche de celle de la Sécurité sociale que des contrats d'assurance : le caractère obligatoire de la souscription du contrat associé au paiement d'un taux de prime détaché de la valeur du risque garanti permet la mise en œuvre d'une mutualisation des risques techniquement différentes de celle de l'assurance traditionnelle⁶²⁰. Néanmoins, la mise en œuvre de ce système répondant aux techniques de la solidarité est confié au secteur privé des assurances, puisqu'en plus de la récolte des primes, il est chargé de l'indemnisation.

296 Les dispositions applicables à ces clauses de garantie additionnelle sont, d'une part, les dispositions du code des assurances, d'autre part, celles de la garantie prévue dans le contrat socle. En effet, quatre éléments relèvent de l'appréciation de l'Etat : la définition des périls couverts, le taux de la prime additionnelle, la déclaration de l'état de catastrophe naturelle et le niveau des franchises applicables en cas de sinistre⁶²¹. Ainsi, l'indemnisation des effets d'une catastrophe naturelle s'effectue sur la base des conditions stipulées dans le contrat socle⁶²², tandis que le délai de prescription est de deux ans⁶²³, et que l'écoulement du délai de prescription est inopposable en l'absence de rappel des causes d'interruption dans le contrat d'assurance, comme le

618. S. MAGNAN, « Solidarité et catastrophes naturelles », *Risques*, n. 42, 2000.

619. Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances* cit., §27-1.

620. Mme Lambert-Faivre et M. Leveneur voient d'ailleurs dans cette garantie une expression de la solidarité nationale, qui s'oppose à l'assurance (*ibid.*)

621. P. BIDAN, « Le régime d'indemnisation des catastrophes naturelles a-t-il un avenir? », *RGDA*, 2001, n° 2, p. 243.

622. Cass. civ. 2e, 13 déc. 2012, pourvoi n°11-27.067 ; cass. civ. 2e, 3 nov. 2011, pourvoi n° 10-19.586.

623. Cass. civ. 2e, 28 mars 2013, pourvoi n°12-16.011, *BC*, 2013, II, n° 64.

prévoit l'article R. 112-1 du code des assurances⁶²⁴.

297 Il existe par ailleurs d'autres techniques de financement du risque, distinctes des hypothèses où l'intervention des pouvoirs publics permet de mettre en œuvre des opérations de solidarité. Ces techniques concernent exclusivement le secteur privé et sont rentables malgré l'absence de mutualisation des risques. Nous allons tenter de les détailler (2).

Section 2

Les techniques financières alternatives

298 Pierre-André Chiappori identifie deux principes de base qui sous-tendent les mécanismes d'assurance : la mutualisation des risques et leur partage. Ainsi, les risques qui ne sont pas techniquement mutualisables peuvent être néanmoins garantis si l'on adopte une logique de répartition, le risque étant alors divisé entre un grand nombre d'acteurs afin que chacun n'en supporte qu'une petite partie. « Les mécanismes de répartition des risques jouent un rôle fondamental dans le fonctionnement de l'assurance moderne ; ils permettent de couvrir, de façon privée et efficace, des types de risques qui ne relèvent ni de la loi des grands nombres, ni de principes de mutualisation »⁶²⁵.

Les mécanismes d'assurance qui reposent sur ce principe sont nombreux : les assureurs constituent des « pools », ont recours à des réassureurs ou aux marchés financiers. La constitution de pools ou le recours à la réassurance ne remettent pas en cause la technique classique de l'assurance, car ces techniques permettent d'élargir la base financière des entreprises d'assurance qui pratiquent la mutualisation des risques en regroupant le plus grand nombre de risques possible, c'est-à-dire en élargissant la mutualité des assurés. En revanche, le recours aux marchés financiers, qui permet une dilution du risque entre des investisseurs multiples, suppose la mise en œuvre d'une technique différente, permettant de couvrir des risques rétifs à la mise en œuvre de la loi des grands nombres (§1).

299 A l'opposé du partage du risque, la technique de la segmentation peut constituer une alternative économiquement plus efficace dans certaines hypothèses. Elle

624. Cass. civ. 2e, 3 sept. 2009, pourvoi n°08-13.094, *BC* 2009, II, n° 201.

625. P.-A. CHIAPPORI, « Les limites de l'assurance privée: que dit la théorie économique? », *Risques*, n° 30, 1997, p. 39.

implique une mise en réserve des capitaux nécessaires pour surmonter le dommage éventuel et repose donc sur une segmentation du risque, évalué isolément. Elle s'impose principalement dans la garantie des risques nouveaux, pour lesquels il n'existe pas de statistiques, et également dans des hypothèses où le marché d'assurance est fortement concurrentiel (§2).

§1 La garantie des risques par le recours à la titrisation

300 Nous présenterons le phénomène de la titrisation (A) avant de détailler la traduction juridique de ces opérations en droit français (B).

A Présentation de la titrisation

301 Les économistes Kenneth Arrow et Karl Borch ont mis en avant la distinction entre le risque diversifiable et le risque systémique⁶²⁶. Le risque diversifiable est statistiquement indépendant dans sa survenance, de sorte que la loi des grands nombre est applicable. C'est par exemple le fait qu'un individu tombe malade. Exceptés les cas d'épidémies, il s'agit d'un risque diversifiable qui peut être techniquement mutualisé par les compagnies d'assurance. En revanche, le risque systémique affecte simultanément un très grand nombre de personnes, ce qui empêche sa répartition entre les agents économiques en proportion de leur tolérance au risque.

Les aléas climatiques sont typiquement des risques systémiques. En dehors des hypothèses d'intervention des pouvoirs publics, ces risques étaient considérés comme inassurables, car en l'absence de diversification complète, il fallait pour l'assureur trouver du capital financier pour compenser les pertes possibles⁶²⁷. Une technique de transfert de risque possible consistait en la dilution des actifs entre le plus grand nombre d'investisseurs possibles, ce qui impliquait la possibilité d'entrer dans un marché de très grande taille. Cela a été finalement permis par le développement des marchés financiers et l'apparition des contrats à terme. C'est le phénomène de la titrisation, c'est-à-dire la transformation d'actifs en titres financiers émis sur le marché des capitaux.

626. G. DIONNE et S. E. HARRINGTON, « An introduction to insurance economics », *Foundations of Insurance Economics, readings in Economics and Finance*, Kluwer academic publisher, 1990 ; J.-C. ROCHET, « Assurabilité et financement des risques », *Encyclopédie de l'assurance*, Economica, 1998, p. 1578.

627. *ibid.*, p. 1579.

On notera que le recours à ce type de technique de mutualisation, qui consiste à fragmenter le risque sur une communauté de porteurs de risques, et non une mutualité d'assurés, était celui mis en œuvre aux XVII^e et XVIII^e siècles, au moment où le calcul des probabilités était encore rudimentaire⁶²⁸.

302 Les marchés financiers ont séduit les assureurs dans les années 1990⁶²⁹, en leur offrant de nouvelles perspectives de financement pour les risques catastrophiques. L'impression générale était que ces marchés avaient une capacité d'absorption beaucoup plus importante que le secteur de l'assurance. Un auteur a pu écrire : « La titrisation représente un moyen de financement des sinistres catastrophiques nettement plus efficace que l'assurance et la réassurance traditionnelles. Si une catastrophe entraînant 45 milliards de dollars de dommages représente environ 15 pour cent du capital du secteur américain de l'assurance et environ 30 pour cent du capital du secteur international de la réassurance, un tel cas représente moins de 1 pour cent de la valeur des actions et des obligations du marché financier américain, soit en réalité moins que les variations médianes quotidiennes de cours au sein des bourses américaines. Ainsi, s'il est vrai qu'un évènement qui se produit une fois tous les cent ans affecterait gravement les marchés mondiaux de l'assurance, il pourrait néanmoins être aisément absorbé par les marchés financiers. »⁶³⁰

Malgré les crises financières⁶³¹, les instruments financiers imaginés il y a une vingtaine d'années existent toujours, et ont même été rejoints par d'autres produits. Leurs avantages résident dans le fait qu'ils permettent d'atténuer les cycles touchant aux prix de l'assurance⁶³² et qu'ils sont fondés sur des évènements « zéro bêta », c'est à dire décorrélés des fluctuations affectant le marché financier⁶³³.

303 Le produit financier le plus représentatif en matière d'assurance est le *cat bond*, qui fonctionne comme une option dont le dénouement se réalise soit par la survenance du risque, soit par la variation autour d'un index⁶³⁴. L'assureur émet les *cat bonds*, qui sont investis dans des titres sûrs comme des obligations du Trésor, et assurés par un

628. M. ALBERT, « Le rôle économique et social de l'assurance », *Encyclopédie de l'assurance*, 1998, p. 8.

629. M. S. CANTER, J. B. COLE et R. L. SANDOR, « Titrisation des risques. les options du chicago board of trade », *Risques*, n° 28, 1996.

630. D. CUMMINS, « Cycles de la réassurance et titrisation des risques catastrophe », *Risques*, n° 41, 2000, p. 79.

631. Sur le rôle de la titrisation dans la crise de 2008, voir J.-M. BEACCO et B. HUBAUD, *Titrisation, maillon clé du financement de l'économie*, Eyrolles, RB éditions, 2013.

632. Sur la question, voir le dossier : *Assurance, la fin du cycle ?*, in *Risques*, 2000, n°41.

633. D. CUMMINS, « Cycles de la réassurance » cit..

634. K. SINZ, « Quel financement optimal du risque tempêtes? », *Risques*, n°91, 2012, p. 54.

réassureur monoligne⁶³⁵, qui protège les investisseurs de l'insolvabilité de l'assureur émetteur⁶³⁶. Si la catastrophe ne se produit pas, les investisseurs reçoivent leur capital plus les intérêts. En revanche, si elle se produit, alors l'assureur peut prélever des fonds sur le réassureur pour indemniser les assurés et les investisseurs perdent tout ou une partie des intérêts et du principal⁶³⁷. Le succès de ces obligations n'est pas très considérable : on évalue le montant des obligations catastrophe aujourd'hui négociées sur le marché à 10 milliards de dollars et le volume des dérivés climatiques à 45 milliards de dollars⁶³⁸. Ainsi, l'ouragan Katrina, qui a touché les Etats-Unis en 2005, et qui a causé environ 150 milliards de dollars de dommages⁶³⁹ aurait pu consommer à lui seul ces financements.

304 Un autre titre financier relatif à l'assurance est constitué par les *cat calls*, qui sont des options basées sur des indices de dommages. Ces indices sont réunis par les *Property Claims Services* (PCS), services statistiques du secteur de l'assurance. Les indices sont basés sur les estimations des PCS sur les dommages aux biens cumulés résultant de catastrophes dans des zones géographiques spécifiques sur des périodes trimestrielles ou annuelles. Ils sont définis en termes de « points d'indice » correspondant au total des dommages cumulés divisé par 100 millions de dollars⁶⁴⁰. Les acquéreurs de l'option parient sur la baisse de l'indice. Chaque point d'indice a une valeur de 200 dollars au règlement. Ainsi, si on prend comme exemple un « call sud-est 20/40 »⁶⁴¹, alors le call 20/40 fait gagner au maximum 4000 dollars (20*200).

635. L'assurance monoligne (*monoline insurance*) a été développée aux Etats-Unis pour rassurer les marchés financiers et empêcher l'écroulement des émissions obligataires faites par les collectivités locales. L'assurance monoligne ne relève pas du concept classique de l'assurance, fondée sur la mutualisation du risque et de son appréciation statistique. L'assureur monoligne est un spécialiste de l'analyse financière qui va accorder ou non une garantie financière en fonction de ses conclusions. On dit qu'il est assureur *zero risk*, car il ne doit pas supporter de sinistre ; c'est pourquoi son expertise est cruciale : l'évaluation financière de l'émetteur de l'obligation ne peut supporter de faille. L'assureur monoligne ne perçoit pas de primes mais des honoraires, et le règlement d'un sinistre, s'il y a lieu, ne se fait pas sur la base des réserves financières accumulées par la perception des primes, mais en fonction d'une situation financière résultant de sa capitalisation. Le pionnier de l'assurance monoligne a été la Mutual Bond Insurance Association, transformée ensuite en société sous le nom de MBIA. Elle assure à présent pour 890 milliards d'obligations.

636. D. CUMMINS, « Cycles de la réassurance » cit..

637. Pour des explications plus détaillées sur le fonctionnement du titre, cf. K. SINZ, « Quel financement optimal du risque tempêtes? » cit., p. 54.

638. *ibid.*, p. 54.

639. Source : http://www.lepoint.fr/monde/ouragan-katrina-le-bilan-dix-ans-apres-le-chaos-21-08-2015-1958163_24.php.

640. D. CUMMINS, « Cycles de la réassurance » cit..

641. 20 points correspondent à un cumul de 2 milliards de dollars de dommages dans la zone sud-est des Etats Unis.

B Traduction juridique de la technique de garantie par titrisation

305 La titrisation repose sur un mécanisme complexe, qui suppose l'intervention de plusieurs acteurs : les établissements de crédit cèdent leurs créances issues des contrats de prêt à des organismes de titrisation⁶⁴², dont les parts sont en contrepartie souscrites par le public. Les créances acquises par l'organisme de titrisation sont gérées par une société commerciale, appelée société de gestion⁶⁴³. Une autre société est dépositaire des actifs, c'est-à-dire des fonds collectés à la suite d'une émission de parts dans le public⁶⁴⁴.

La titrisation a été introduite en droit français par la loi du 23 décembre 1988⁶⁴⁵, puis a été modifiée par la loi n° 93-06 du 4 janvier 1993 et la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998⁶⁴⁶. La titrisation était initialement limitée aux créances détenues par les établissements de crédit et par la Caisse des dépôts et consignations, puis a été étendue par la loi de 1993 aux créances détenues par les entreprises d'assurance⁶⁴⁷. La loi de 1998 l'a généralisée à l'ensemble des créances, quelle que soit la qualité de leur détenteur⁶⁴⁸. Selon M. Bonneau, « l'objectif de cette extension était de réduire le coût de financement des entreprises industrielles et commerciales et de favoriser la localisation en France des opérations de titrisation »⁶⁴⁹.

Si les établissements de crédit cèdent leurs créances issues des prêts qu'ils accordent à leurs clients, les entreprises d'assurance cèdent des risques, selon l'article L. 214-187 du code monétaire et financier. Nous avons vu dans la première partie combien la notion de risque était polysémique. Ainsi, pour comprendre comment fonctionne la titrisation des risques, il convient d'éclairer le sens que cette notion revêt. Trois

642. Appelés à l'origine fonds communs de créances (FCC), ils sont désignés depuis l'ordonnance du 13 juin 2008 comme des « fonds communs de titrisation » (art. L. 214-42-1 CMF), et inclus dans la catégorie plus vaste d'organismes de titrisation (art. L. 214-42-1 CMF) afin d'y associer les sociétés de titrisation et de faciliter ainsi l'utilisation internationale des véhicules de droit français (T. BONNEAU, *Droit bancaire*, L.G.D.J., coll. Domat, 2017, p. 774, §1038).

643. Art. L. 214-48 CMF.

644. C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Lexis Nexis, 2015, p. 527, §883. Voir également H. HOVASSE et N. MARTIAL-BRAZ, « La titrisation », *J.-Cl. Banque, crédit, bourse*, fasc. 2260, 2013, n° 12 à 30.

645. Loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances.

646. La titrisation est désormais codifiée dans le code monétaire et financier, art. 214-33 à 214-164, remaniés par l'ord. n° 2013-676 du 25 juillet 2013.

647. Pour de plus amples détails sur le transfert du risque d'assurance, se reporter à P. L. CANNU, T. GRANIER et R. ROUTIER, *Instruments de paiement et de crédit, titrisation*, Dalloz, coll. précis, 2017, §825 et s.

648. T. BONNEAU, *Droit bancaire* cit., p. 773, §1038.

649. *ibid.*.

possibilités sont envisageables⁶⁵⁰ : en premier lieu, il peut s'agir d'une créance, si le risque cédé correspond aux créances de l'assureur sur les souscripteurs au titre des primes acquises mais non émises. Ensuite, en matière d'assurances-vie, le risque peut désigner l'*embedded value*, c'est-à-dire la plus-value latente⁶⁵¹ résultant de la différence entre la valeur actuelle nette du produit de l'investissement des primes d'assurances-vie et les engagements de l'assureur envers les bénéficiaires de la garantie⁶⁵². Enfin, le risque cédé peut désigner les passifs d'assurance, la titrisation permettant alors de libérer des provisions bloquées en transférant la couverture financière des droits afférents aux contrats désignés⁶⁵³.

Ainsi, si dans les deux premières acceptions le risque cédé s'identifie à un risque de crédit, seule la dernière acception ouvre la voie à une technique de titrisation spécifique à l'assurance. On notera que dans cette hypothèse, la cession ne porte pas sur des créances, mais sur des dettes de l'entreprise cédante.

Enfin, les organismes de titrisation auxquels sont cédés des risques d'assurance sont soumis à un dispositif de contrôle particulier, qui impose notamment l'obtention d'un agrément délivré par l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution⁶⁵⁴.

306 Après la titrisation, une seconde technique de financement de la garantie peut être envisagée : il s'agit du recours renforcé à la segmentation, qui se fait aux dépens de la mutualisation des risques (§2).

§2 La garantie par le recours à la segmentation, au détriment de la mutualisation

307 La mutualisation des risques est indispensable à l'efficacité économique de l'opération d'assurance ; néanmoins, il existe des hypothèses dans lesquelles l'efficacité économique optimale ne repose pas sur la technique classique de mutualisation des risques. Deux techniques alternatives sont envisageables.

La première de ces techniques consiste en la mise en réserve des sommes nécessaires pour surmonter l'évènement. En effet, la provision de ces sommes peut parfois être plus efficace que le transfert du risque vers une mutualité, à condition que ce dernier

650. N. PETERKA, P.-G. MARLY et S. GOSSOU, « Chronique bancassurance », *Banque et droit*, n° 120, 2008, p. 38.

651. C'est-à-dire non réalisée.

652. L'*embedded value* est une notion comptable qui permet de valoriser les sociétés d'assurance, en prenant en compte l'actif net réévalué et retraité et la valeur présente des profits futurs.

653. J.-M. BEACCO et B. HUBAUD, *Titrisation cit.*, p. 38.

654. Art. L. 214-189 CMF.

soit bien aléatoire et que le coût du risque soit supporté par un seul acteur sur une seule période économique. En effet, en l'absence de mutualité d'assurés et de mutualisation dans le temps, le coût de l'assurance sera limité à un coût technique pur, déchargé des coûts de gestion propres à l'opération d'assurance classique⁶⁵⁵ (A).

La seconde de ces techniques est applicable dans un marché large et très concurrentiel, dans lequel l'assureur risque de souffrir de l'antisélection. S'il existe des éléments pertinents qui permettent une analyse différente de certains assurés ou d'un groupe d'assurés, la solution consiste à segmenter les risques afin de proposer des tarifs attractifs aux porteurs de « bons risques ». Or, en segmentant, on diminue la mutualisation⁶⁵⁶ (B).

A La mise en réserve des capitaux

308 La technique de garantie qui consiste à provisionner les capitaux nécessaires pour surmonter le dommage éventuel implique une connaissance fine et approfondie du risque. C'est pourquoi dans les secteurs où cette technique est employée, le contrat d'assurance est le fruit d'un échange exhaustif entre le souscripteur et l'assureur. Les contrats d'assurance spatiale offrent une illustration de cette hypothèse (1.), en raison notamment du caractère nouveau des risques couverts ; il en est de même des contrats d'assurance construction, domaine techniquement et juridiquement instable (2.).

1. La garantie des risques nouveaux : l'exemple des contrats d'assurance spatiale

309 L'assurance spatiale, qui couvre différents types de polices, en particulier des assurances dommages et des assurances de responsabilité civile⁶⁵⁷, présente des caractéristiques particulières. Comme le souligne Mme Ravillon, « cette branche de l'assurance est unique à la fois en raison des risques élevés de fréquence des sinistres, de la gravité des sinistres, souvent définitifs, et du particularisme de la matière qui empêche toute prévisibilité de sinistralité. Le schéma de mesure des risques, appliqué

655. O. MURAIRE et S. PENET, « La problématique d'assurance pour les professions à risques », *Risques*, n° 68, déc. 2006, p. 32.

656. *ibid.*, p. 33.

657. Pour une présentation détaillée des différents risques couverts, cf. L. RAVILLON, *Droit des activités spatiales. Adaptation aux phénomènes de commercialisation et de privatisation*, travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Université de Bourgogne, CNRS, Litec, 2004, p. 351, §459 et s.

sans trop de difficultés aux assurances terrestres et même, avec quelques nuances, aux assurances maritimes et aériennes, ne peut être transposé dans le domaine de l'assurance spatiale, creuset de risques orphelins. »⁶⁵⁸

En effet, les risques spatiaux ne sont pas homogènes et la technologie est en évolution constante de sorte qu'il est impossible de mettre en œuvre la loi des grands nombres et de se référer au passé pour dresser des statistiques. Ainsi l'assurance du risque spatial impose la mise à l'écart des techniques traditionnelles pour s'orienter vers une appréciation *in concreto* mise en œuvre au cas par cas : « les assureurs doivent comprendre la nature exacte des intérêts à assurer, les principales caractéristiques du projet et être convaincus de la possibilité d'assurer. (...) L'évaluation des risques et la probabilité de l'échec, très difficiles à évaluer, se font au cas par cas, de façon empirique, comme dans toutes les nouvelles branches d'assurances. »

2. La garantie des risques techniquement et juridiquement problématiques : l'exemple de l'assurance construction

310 Le domaine de l'assurance construction est une branche considérée par les assureurs comme complexe et risquée⁶⁵⁹, aussi bien d'un point de vue technique, au regard des caractéristiques des risques couverts, qu'en raison du contexte juridique marqué par une forte instabilité⁶⁶⁰.

311 Le droit français de l'assurance construction est marqué par un mécanisme d'indemnisation des dommages de nature décennale reposant sur deux assurances obligatoires⁶⁶¹ : l'assurance de dommage-ouvrage⁶⁶², qui a pour vocation de permettre un financement rapide des travaux de réparation en dehors de toute recherche de responsabilité, et l'assurance de responsabilité décennale, qui couvre la responsabilité décennale des différents intervenants à l'acte de construire^{663 664}.

Le contexte juridique a fortement contribué à rendre le secteur de l'assurance

658. *ibid.*, p. 345, §444.

659. P. MARIE-JEANNE, « Profession à risques ou professions risquées. comment assurer tous les acteurs de la construction? », *Risques*, n° 68, déc. 2006, p. 59.

660. Le contentieux judiciaire s'est tari grâce à l'adoption de l'ordonnance du 8 juin 2005. *cf.* les développements qui suivent.

661. Ce mécanisme a été mis en place par la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction, dite « Spinetta », *JORF* du 5 janvier 1978 p. 188.

662. Art. L. 242-1 c. ass.

663. Art. L. 241-1 c. ass.

664. J. ROUSSEL et S. BECQUÉ-ICKOWICZ, *Risques et assurances construction*, L'argus de l'assurance, 2016, p. 195.

construction difficile à assurer. En effet, les deux assurances obligatoires ont un champ d'application commun dont les contours ont posé des problèmes de définition, puisqu'elles ne recouvrent pas le domaine de la responsabilité décennale des constructeurs⁶⁶⁵. Les articles L. 241-1 et L. 242-1 du code des assurances ne concernaient que « les travaux de bâtiment », tandis que la responsabilité des constructeurs est relative à la construction d'un « ouvrage ». En l'absence de définition réglementaire⁶⁶⁶, c'est la jurisprudence qui s'est attelée à définir la notion de travaux de bâtiment, en adoptant une position extensive afin de protéger les particuliers accédant à la propriété⁶⁶⁷. En effet, en 1991, après quelques errements, la Cour de cassation a imposé un nouveau critère de définition, décidant que, pour qu'un ouvrage relève des obligations d'assurance, il suffit qu'il ait été réalisé avec des « techniques de travaux de bâtiment »⁶⁶⁸. La définition adoptée était si générale qu'elle faisait entrer les ouvrages de génie civil dans le champ de l'assurance obligatoire de responsabilité des constructeurs, et imposait l'application rétroactive de la réglementation spéciale de l'assurance dommage-ouvrage, qui prévoit des délais spécifiques de mise en œuvre de la garantie et de l'indemnisation⁶⁶⁹.

La jurisprudence a également atteint les assureurs en étendant le champ d'application de l'assurance de responsabilité décennale obligatoire à la partie ancienne du bâtiment, même si cette dernière était parfaitement dissociable des travaux nouveaux⁶⁷⁰. Or, les plafonds de garantie étant alors interdits, l'assureur était en définitive dans l'incapacité d'évaluer le risque⁶⁷¹. Certes, l'ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005 a éteint le contentieux en restreignant le domaine des assurances obligatoires⁶⁷² pour les contrats souscrits après le 9 juin 2005. Il demeure que, comme le font remarquer Jean Roussel et Solange Becqué-Ickowicz, « dans la mesure où certains marchés (ont) été passés avant la publication de l'ordonnance et d'autres après, une même opération de construction peut avoir fait l'objet de régimes juridiques et

665. Le fondement de la responsabilité décennale des constructeurs est énoncé à l'article 1792 du code civil, son champ d'application précisé aux articles 1792-1 et 1792-2 du même code.

666. La définition donnée par le ministère des Finances dans un arrêté du 17 novembre 1978 a été annulée par un arrêt du Conseil d'Etat en date du 30 novembre 1979. Pour de plus amples détails, cf. *ibid.*, p. 198.

667. En ce sens, P. MARIE-JEANNE, « Profession à risques ou professions risquées » cit., p. 62.

668. Cass. civ. 1re, 26 février 1991, arrêt *Jan*, *BC I*, n° 75, *RGAT* 1991 p. 402, note J. Bigot, *RCA* 1991, comm. 229.

669. Art. L. 242-1 c. ass.

670. Cass. civ. 1re, 29 février 2000, n° 97-19.143, *BC I*, n° 65, *JCP* 2000.II.10299, p. 799, rapp. Sargos, *RDI* 2000. 494, obs. G. Leguay ; solution confirmée par cass. civ. 1re, 4 déc. 2001, *RDI* 2002. 132, obs. G. Durry.

671. Pour des développements exhaustifs, cf. J. ROUSSEL et S. BECQUÉ-ICKOWICZ, *Risques et assurances construction* cit., p. 200 et s.

672. art. L. 243-1-1.

assurances différents »⁶⁷³.

312 Le secteur de l'assurance construction présente également des spécificités techniques. En effet, la loi Spinetta⁶⁷⁴ a imposé que la garantie de responsabilité décennale des constructeurs soit impérativement maintenue en vigueur jusqu'à la fin de la responsabilité. Or, cette modalité d'assurance était gérée selon le principe de répartition, de sorte que l'assuré était tenu, en cas de résiliation, de payer une prime subséquente afin de régler les sinistres susceptibles de survenir avant l'expiration de la période décennale. Les intervenants cessant leur activité professionnelle étaient exemptés du paiement de cette prime. La loi du 28 juin 1982 modifia le système de gestion des assurances de responsabilité en imposant le passage d'un système par répartition à un système par capitalisation, tout en créant un Fonds de compensation des risques de l'assurance construction (FCRAC) afin d'apurer le passé et en supprimant l'appel de prime subséquente. Ainsi, à présent, quel que soit le sort du contrat d'assurance, une prime annuelle de responsabilité civile décennale engendre la garantie de l'assuré pour la période décennale de responsabilité pour les travaux exécutés pendant cette année⁶⁷⁵.

Dans un système de répartition, les dépenses de règlement de sinistres sont payées par les primes encaissées la même année ; dans un système de semi-répartition, qui était celui selon lequel fonctionnait l'assurance individuelle de base jusqu'en 1982, les primes et cotisations perçues chaque année servent à constituer les provisions de sinistres nécessaires pour le règlement ultérieur des sinistres déclarés la même année. Enfin, dans le régime de capitalisation, les primes perçues au cours de l'année de souscription des contrats servent à constituer des provisions pour risques en cours qui seront consommées pour régler les sinistres affectant des ouvrages correspondant à des chantiers ouverts au cours de la même année. Tant qu'elle n'a pas permis de régler les sinistres, la provision doit être maintenue à un niveau fixé par l'autorité de contrôle et est complétée chaque année par les produits financiers qu'elle apporte⁶⁷⁶. C'est pourquoi la technique de capitalisation crée de lourdes contraintes de provisionnement aux assureurs, comme en témoignent les modalités de calcul imposées par l'article A.331-19 du code des assurances, qui impose le provisionnement de la totalité de la prime perçue en année 0 durant les deux années suivantes⁶⁷⁷.

673. *ibid.*, p. 203.

674. Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978, préc. cit.

675. C. SAINRAPT, *Dictionnaire générale de l'assurance*, Arcature, 1996, entrée : « Construction/répartition/capitalisation ».

676. P. MAURIN, *Connaître et comprendre l'assurance construction*, L'Assurance française, 1996, p. 206.

677. J. ROUSSEL et S. BECQUÉ-ICKOWICZ, *Risques et assurances construction cit.*, pp. 28 et

313 Enfin, le marché de l'assurance construction présente des freins à son assurabilité également en raison de la nature des risques qu'il engendre. En effet, les acteurs qui interviennent sur un chantier sont nombreux et divers. La coactivité rend difficile l'analyse du risque, tandis que les données qui permettraient de segmenter sont peu nombreuses. De plus, il s'agit de risques étalés dans le temps, et tributaires de nombreux paramètres qui les rendent difficiles à prédire, notamment en raison de l'environnement juridique mais également d'éléments techniques comme l'évolution des coûts de réparation⁶⁷⁸.

314 Comme le secteur de l'assurance construction présente ces nombreuses difficultés, qui sont autant de freins à l'assurabilité des risques engendrés, le marché est tenu par quelques acteurs spécialisés qui connaissent très bien les risques de leurs souscripteurs, et entretiennent des liens forts avec eux. Ainsi, l'opération de garantie est viable grâce à une gestion des provisions dans le temps, et non à une mutualisation classique des risques⁶⁷⁹.

315 Il existe des hypothèses dans lesquelles la technique de segmentation atteint un point maximum : ce sont les cas où les souscripteurs assurés ne paient que pour leur propre risque : la segmentation prend une telle ampleur que toute mutualisation des risques disparaît. C'est l'hypothèse de l'« hypersegmentation » (B).

B L'hypersegmentation

316 Un des freins à l'assurabilité d'un risque peut résider dans les asymétries d'information, en vertu desquelles le souscripteur connaît mieux le risque que l'assureur. Il s'agit alors d'une hypothèse d'anti-sélection, ou sélection adverse, dont la conséquence est que l'assureur ne peut pas en amont distinguer les bons des mauvais risques. Ainsi, tous les souscripteurs sont tenus de payer la même prime malgré leurs différences. A terme, les porteurs de bons risques, estimant que la prime moyenne est trop élevée, auront tendance à moins s'assurer, tandis que les porteurs de mauvais risques seront entièrement couverts. Par la suite, un cercle vicieux se met en place, car le niveau de risque moyen augmente, entraînant l'augmentation de la prime, et faisant ainsi fuir les quelques bons risques restants. Ce phénomène peut aboutir à

236.

678. P. MARIE-JEANNE, « Profession à risques ou professions risquées » cit., p. 62.

679. *ibid.*, p. 64.

terme à la disparition du marché de l'assurance⁶⁸⁰.

Une des techniques permettant de limiter ce phénomène consiste en la tarification différenciée selon les caractéristiques de l'assuré, ce qui implique une amélioration des catégories de segmentation pour aboutir, dans certains secteurs comme le secteur automobile par exemple, à une hypersegmentation. Ainsi, des entreprises ont mis au point des capteurs spécifiques permettant de recueillir des données sur la conduite de l'assuré ; les données sont ensuite exploitées afin de calculer le montant de la prime d'assurance, moins élevée le tarif de prime moyen si le conducteur est « responsable »⁶⁸¹.

317 Plus classiquement, certains secteurs de l'assurance pratiquent l'hypersegmentation depuis de nombreuses années. Ainsi, en assurance crédit interne, il n'existe pas de barème préétabli permettant de fixer automatiquement le taux de prime⁶⁸² ; la prime est calculée sur les statistiques personnelles de l'entreprise. C'est pourquoi au moment de la proposition d'assurance, l'entreprise doit répondre à un questionnaire, précisant d'une part l'activité présente de l'entreprise (la nature de l'activité, la durée des crédits, la nature de la clientèle, la liste des encours, l'évolution du chiffre d'affaire), et d'autre part, l'activité passée afin que l'assureur puisse évaluer rétrospectivement ce qu'aurait représenté l'étendue de sa garantie (l'importance du régime des pertes, en données chiffrées sur les créances douteuses et les pertes définitives des dernières années, ainsi que les pertes nominatives). La prime ainsi fixée correspond aux paramètres propres à chaque entreprise. Elle est exprimée en taux applicable à la totalité du chiffre d'affaires assurable réalisé mensuellement. La prime est donc unique, elle n'est pas celle d'une catégorie d'assurés.

Il en est de même dans les assurances de responsabilité pour les grandes entreprises : la taille de l'assuré permet d'établir des statistiques significatives, de sorte que la tarification est basée sur ces dernières, et non sur un ensemble de risques mutualisés⁶⁸³.

680. O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJAN, *Traité des nouveaux risques*, Gallimard, coll. Folio actuel, 2002, p. 384. Cette analyse économique est le fruit des travaux du prix Nobel d'économie G. Akerlof, « The market for lemons : qualitative uncertainty and the market mechanism », *Quarterly Journal of Economics*, 74, 1970, p. 488-500.

681. Voir par exemple « l'Allianz conduite connectée », <https://www.allianz.fr/assurance-auto/conduite-connectee/>

682. J.-A. PIETRI, *Comment garantir le risque crédit?*, L'argus éditions, 1994, p. 13 et s.

683. P. JAEGER, « L'assurance parmi les instruments de transfert des risques », *Encyclopédie de l'assurance*, 1998, p. 1623, p. 1631, note 1.

Conclusion

318 Les limites de l'assurabilité sont sans cesse repoussées, grâce au recours à des techniques alternatives de garantie. Nous avons présenté ces différentes techniques, en distinguant d'une part, les mécanismes fondés sur la solidarité et qui nécessitent une intervention étatique, d'autre part, les mécanismes financiers, qui consistent en la titrisation des risques ou dans la mise en provision de capitaux nécessaires à la couverture du risque, corrélée à une très forte segmentation.

Concernant les mécanismes de solidarité, qui s'expriment de façons diverses, nous nous sommes penchés sur le système original des clauses dites « cat nat », qui implique une coopération entre l'Etat et les entreprises d'assurance. Ainsi, la garantie des catastrophes naturelles repose sur l'insertion de clauses originales dans les contrats d'assurance, car libérées des contraintes de rendement propres au secteur privé.

Concernant les mécanismes financiers alternatifs de financement, nous avons étudié d'abord la titrisation, qui consiste à utiliser les marchés financiers pour diluer le risque entre les mains de nombreux investisseurs. Le recours à ce type de financement marque un retour aux premiers temps de l'assurance, antérieurs au développement des mathématiques statistiques. Nous avons vu ensuite que les entreprises d'assurance pouvaient également avoir recours à la segmentation. Si cette opération n'est pas exclusive de la mutualisation, qui implique précisément le classement des risques dans des « segments » homogènes, il demeure que les deux opérations sont antagonistes : en effet, plus on mutualise, moins on segmente (le cas extrême étant les assurances sociales), et vice-versa. En effet, la segmentation implique que les souscripteurs versent une prime évaluée au plus près de l'occurrence de leur propre risque, l'hypothèse ultime étant que chacun paie pour son propre risque. Ces hypothèses de renforcement de la segmentation aux dépens de la mutualisation se rencontrent lorsque le risque est nouveau, de sorte qu'il n'existe pas de statistiques permettant de mettre en œuvre la loi des grands nombres, comme dans les assurances spatiales. C'est également le cas dans l'assurance construction, où les obstacles juridiques et techniques rendent la mutualisation des risques très difficile. Par ailleurs, dans un marché concurrentiel comme l'assurance automobile, certains assureurs profitent du développement du *big data* pour recueillir les données les plus précises possibles sur les habitudes de conduite de leurs assurés et être ainsi en mesure de proposer des tarifs extrêmement bas aux porteurs de « bons risques »⁶⁸⁴. Le recours à la segmentation aux dépens

684. Voir l'interview du PDG d'Axa, Henri de Castries, <http://www.larevuedudigital.com/>

de la mutualisation, que nous avons désigné par le terme d'« hypersegmentation », exige, pour sa rentabilité financière, une mise en provision des capitaux nécessaires pour couvrir le dommage si ce dernier survient.

319 Nous avons tenté de détailler les différentes techniques de financement de la garantie qui constituent des alternatives à la mutualisation des risques, et vu qu'elles étaient couramment pratiquées par les assureurs. Or, la mutualisation des risques est un élément de la définition conceptuelle du contrat d'assurance que nous avons identifiée en première partie. Il convient donc à présent de nous interroger sur la qualification de ces contrats dans le chapitre suivant.

Chapitre 2

La qualification des contrats reposant sur des techniques alternatives de garantie

320 Dans le chapitre précédent, nous avons vu que le financement de la garantie offerte par les entreprises d'assurance ne reposait pas exclusivement sur la technique de mutualisation des risques. En effet, nombreux sont les risques réputés inassurables, soit par leur caractéristiques intrinsèques, soit par l'environnement dans lequel ils naissent. Or, le secteur de l'assurance offre des réponses aux nombreuses mutations de l'environnement économique et des besoins sociaux qui en découlent⁶⁸⁵, ce qui implique le recours à des techniques alternatives de garantie.

Or, parmi les caractéristiques du contrat d'assurance, nous avons soutenu que la mutualisation des risques était un des critères de la qualification conceptuelle de ce contrat, puisque des éléments essentiels du régime du contrat d'assurance ont comme fonction l'organisation rationnelle de cette technique. Par conséquent, les opérations détaillées dans le chapitre précédent ne peuvent pas *a priori* être qualifiées de contrats d'assurance. Or, en vertu du principe de spécialité, les entreprises d'assurance sont tenues de ne pratiquer que des opérations d'assurance⁶⁸⁶. En effet, l'article L. 321-1 du code des assurances impose aux entreprises d'assurance l'obtention d'un agrément administratif et limite leurs activités aux opérations agréées, tandis que l'article R. 321-1 du code des assurances précise que l'octroi de l'agrément permet l'exercice d'opérations d'assurance. Certes, le principe de spécialité connaît des limites. Ainsi, l'article L. 322-2-2 du code des assurances

685. C. BÉBÉAR, « Les réponses des assureurs aux défis d'un monde en mutation », *Encyclopédie de l'assurance*, Economica, 1998, p. 1731.

686. Art. L. 321-1 et R. 321-1 c. ass.

évoque la possibilité d'exercer d'autres activités que celles d'assurance, tant qu'elles demeurent d'importance limitée par rapport à l'ensemble des activités de l'entreprise. De plus, l'article R. 322-2 du même code énonce que ces entreprises ne peuvent avoir d'autre objet que celui de pratiquer les opérations mentionnées à l'article R. 321-1, mais invoque la possibilité de pratiquer d'autres opérations « qui en découlent directement », à l'exclusion de toute autre activité commerciale. Ainsi, ces exceptions doivent demeurer d'importance limitée, tant qualitativement que quantitativement⁶⁸⁷, et le non-respect du principe de spécialité entraîne des sanctions disciplinaires⁶⁸⁸ et des mesures de police administrative⁶⁸⁹ exercées par l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution, ainsi que des sanctions pénales⁶⁹⁰.

Il est donc essentiel de qualifier les opérations envisagées dans le chapitre précédent, afin de déterminer si leur exercice ne constitue pas une entorse au principe de spécialité auquel sont soumises les entreprises d'assurance.

321 Pour résoudre cette difficulté, il convient donc de nous interroger sur leur qualification, d'abord conceptuellement, au regard des éléments qui les composent (1). Nous verrons ensuite que la qualification conceptuelle ne permet pas de désigner l'application d'un régime pertinent, non seulement au regard de ce qui est pratiqué en droit positif, mais également de ce qui est justifié en logique. La qualification conceptuelle de ces contrats étant insuffisante, il faut nous interroger sur le régime le plus adéquat. Ainsi, dans un second temps, nous nous interrogerons sur la qualification fonctionnelle de ces opérations (2).

Section 1

La qualification conceptuelle des contrats reposant sur des techniques alternatives de garantie

322 Après avoir exclu les mécanismes fondés sur la solidarité de la catégorie des contrats (§1), nous nous interrogerons sur la définition conceptuelle des contrats issus

687. P.-G. MARLY, « Entreprises d'assurance » cit., §11.

688. Art. L. 612-39 CMF.

689. Art. L. 612-30 CMF.

690. Art. L. 328-5 c. ass.

des techniques financières alternatives de garantie (§2).

§1 Le refus de la qualification de contrats pour les mécanismes fondés sur la solidarité

323 Les clauses « cat nat » constituent une garantie légalement imposée en complément à un contrat librement conclu. Il s'agit d'un mécanisme reposant sur une mutualisation des risques ; néanmoins, la mutualisation mise en œuvre en l'espèce ne correspond pas à la technique classique de l'assurance, dont l'efficace repose sur une classification des risques en catégories homogènes associée à la mise en œuvre de la loi des grands nombres. Il s'agit d'une mutualisation solidaire, « solidarité subsidiante » au sens où l'entend M. Dubuisson, c'est-à-dire d'un transfert entre les risques les plus exposés et les risques les moins exposés⁶⁹¹. Cette forme de solidarité est imposée par les pouvoirs publics, à travers l'extension de garantie obligatoire qui s'impose même aux souscripteurs peu ou pas concernés par le risque, et le tarif homogène de prime, qui permet à tous de s'assurer.

Ainsi, si le souscripteur vit dans une zone qui n'est pas affectée par des catastrophes naturelles⁶⁹², la garantie est inutile pour lui, et son coût est versée nécessairement à perte⁶⁹³.

324 Certains auteurs ont comparé les assurances obligatoires à un mode spécial de prélèvement obligatoire⁶⁹⁴. Il est vrai que l'intervention législative étendue dans le régime de ces contrats et l'imposition d'un régime de solidarité rappellent le principe des cotisations sociales. Cependant, si les deux systèmes présentent de similitudes, leurs fonctions les différencient, en ce que les cotisations sociales, au sens large du terme, « s'entendent de toutes les sommes versées aux institutions de protection sociale, publiques ou privées⁶⁹⁵, par des personnes protégées ou par leurs employeurs,

691. B. DUBUISSON, « Solidarité, segmentation et discrimination en assurances » cit., p. 107.

692. Selon certaines études, sur 36 000 communes, 9 400 seraient menacées par les inondations, 5 500 par des risques sismiques, 4 500 par des glissements de terrain et 600 par les avalanches. Au total, environ 15 000 communes se trouveraient dans des zones à risques (C. GUETTIER, « Indemnisation des victimes de catastrophes naturelles et socialisation du risque », *RGDA*, 1997, n° 3, p. 671).

693. J. BIGOT, J. BEAUCHARD, V. HEUZÉ, J. KULLMANN, L. MAYAUX et V. NICOLAS, *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance, t. 3* cit., p. 141 ; V. NICOLAS, *Droit des contrats d'assurance* cit., p. 190.

694. J. BIGOT, J. BEAUCHARD, V. HEUZÉ, J. KULLMANN, L. MAYAUX et V. NICOLAS, *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance, t. 3* cit., p. 144.

695. En effet, les caisses régionales et locales de sécurité sociale sont des organismes de droit privé, et fonctionnent conformément aux prescriptions du code de la mutualité (art. L. 216-1 du code de

en exécution d'obligations légales ou d'obligations conventionnelles instituant un régime supplémentaire de prévoyance (maladie, retraite, etc) »⁶⁹⁶. La garantie des catastrophes naturelles n'entrant pas dans la catégorie des risques dits « sociaux », son identification avec les cotisations sociales est impossible.

Quoiqu'il en soit, on remarquera que ces clauses ne constituent pas un contrat distinct des contrats d'assurance dans lesquels elles sont énoncées. Elles sont une extension de garantie qui est valable sans qu'il soit nécessaire de constater le consentement du souscripteur. Par conséquent, leur qualification en tant que contrat doit être repoussée.

325 Il convient à présent de nous interroger sur la qualification des opérations reposant sur des techniques alternatives de financement du risque. Cette étude nous conduira à les identifier comme des contrats de pari (§2).

§2 L'identification des opérations reposant sur des techniques alternatives de financement de la garantie comme des contrats de pari

326 L'analyse de la cause du contrat de pari (A) nous permettra d'opérer un rapprochement entre les contrats reposant sur des techniques alternatives de financement de la garantie et ce type de contrat (B).

A La cause du pari

327 Ripert et Boulanger définissent le jeu et le pari comme des contrats « par lesquels deux personnes se promettent réciproquement, et sous une condition semblable, une somme déterminée ou une chose en nature, de telle sorte qu'une seule d'entre elles sera finalement créancière de l'autre, sa propre promesse étant caduque. (...) Le jeu diffère du pari en ce que la condition à remplir pour le gain du jeu est un fait à accomplir par les parties, tandis que le gain du pari dépend de la simple vérification d'un fait déjà accompli ou encore à l'état futur, mais qui, dans ce dernier cas, ne doit pas être l'œuvre des parties »⁶⁹⁷.

la sécurité sociale).

696. J. LAMARQUE, O. NÉGRIN et L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, Lexis Nexis, 2014, p. 86.

697. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil, d'après le traité de Planiol, t. III*, Paris, librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958, p. 797.

Le dictionnaire Cornu définit le pari comme un « contrat aléatoire par lequel deux (ou plusieurs) personnes, qui sont d'avis divergents sur un sujet quelconque, conviennent que celle dont l'opinion se révélera exacte bénéficiera de la part de l'autre (ou des autres) d'une prestation déterminée (remise d'une chose, d'une somme d'argent, accomplissement d'un acte, abstention) »⁶⁹⁸.

Ces deux définitions permettent de mettre en lumière l'unique élément caractéristique du pari : son caractère aléatoire. En effet, les prestations promises peuvent être de nature diverse sans que cela ait une conséquence sur la qualification du contrat. C'est ce qu'explique M. Bénabent lorsqu'il écrit : « La liberté des individus leur permet de prévoir, dans la conduite de leur vie, la manifestation du hasard. Ils peuvent prendre une incertitude comme objet ou cause de convention. Le hasard entre alors dans le champ juridique par l'initiative des particuliers qui en tiennent compte. Car il existe maintenant une cause : la prévision d'une incertitude et la volonté de faire naître à son sujet une obligation. Le fortuit est donc dans ce cas replacé dans le système grâce à cette cause. »⁶⁹⁹

328 Nous avons évoqué la théorie de Capitant relative à la cause complexe des contrats aléatoires, constituée d'une part, par l'aléa, d'autre part, par les obligations réciproques. A la cause de tous les contrats synallagmatiques, constituée par l'espoir d'obtenir l'exécution de la prestation promise, se superpose la chance. Puisque tous les contrats aléatoires ont comme cause l'aléa, l'examen des motifs inclus dans la cause est nécessaire à leur qualification et à leur distinction⁷⁰⁰.

Or, il nous semble que le propre du jeu et du pari réside précisément dans cette absence de motifs supplémentaires, qui s'ajoutent à l'aléa et rendent la cause des contrats aléatoires complexe. La cause du pari réside en effet dans la seule considération de l'aléa, qui « résulte de la subordination de la chance d'un gain ou d'une perte à un événement incertain »⁷⁰¹. Le jeu et le pari sont donc les seuls contrats aléatoires dont la cause est simple. En témoigne l'arrêt cité par M. Terré⁷⁰², dans lequel un héritier naturel et un tiers légataire présumé du défunt, avaient contracté l'obligation de se payer réciproquement une certaine somme, suivant que l'on trouverait ou non un testament. Quand aucun testament ne fut découvert, l'héritier naturel refusa de payer la somme promise en invoquant l'exception de jeu. Cependant la Cour de Bordeaux refusa de qualifier le contrat de pari pour y voir un contrat aléatoire valable et muni d'action. Selon M. Terré, cette solution est justifiée

698. *Vocabulaire juridique* cit., V° « pari ».

699. A. BÉNABENT, *La chance et le droit*, L.G.D.J., 1973, p. 16, §8.

700. F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* cit., p. 268, §289.

701. *ibid.*, p. 266, §286.

702. Cour de Bordeaux, 4 fév. 1833, *préc. cit.* (*ibid.*, p. 269, §289).

par l'examen de la cause du contrat dans laquelle étaient inclus un mobile certes très proche de celui d'un pari, mais néanmoins distinct. S'agissant d'une convention relative à une succession entre la soeur du défunt (l'héritière) et la veuve du défunt (le tiers), le motif n'était effectivement pas le souci de spéculer sur une succession, mais de rétablir un équilibre financier au sein des membres d'une même famille atteinte par un décès. Le contrat présentait donc une cause complexe, constituée d'une part, par l'aléa, d'autre part, par le souci de partager équitablement une succession. En l'absence de cette seconde cause, le contrat aurait sans aucun doute été qualifié de pari et la mise en œuvre de l'exception de jeu aurait été justifiée par la moralité douteuse d'une spéculation sur une succession⁷⁰³.

Ainsi, alors que tous les autres contrats aléatoires présentent comme spécificité l'existence d'une double cause, le pari est l'unique contrat aléatoire dont la cause est simple⁷⁰⁴, puisqu'elle réside dans le seul aléa. La conséquence est que la qualification d'un contrat aléatoire est nécessairement celle d'un pari, dès lors qu'il est impossible d'identifier une cause supplémentaire à l'aléa.

329 Concernant le contrat d'assurance, nous avons identifié la seconde cause comme la recherche d'une garantie. Cette garantie repose sur des critères d'identification distincts selon la partie envisagée : s'il s'agit du souscripteur, alors elle consiste en « l'intérêt d'assurance », c'est-à-dire la recherche d'une indemnisation. S'il s'agit de l'assureur, alors son identification repose sur un critère technique, qui consiste en l'opération de mutualisation des risques.

Il convient donc de nous interroger sur la qualification conceptuelle des contrats dans lesquels la garantie de l'assureur ne repose pas sur la technique de mutualisation des risques (B).

B La qualification conceptuelle des contrats de garantie reposant sur des techniques alternatives

330 Nous étudierons dans un premier temps la qualification des contrats financés par le recours à la titrisation (1.), puis celle des contrats dont la garantie est fondée exclusivement sur la segmentation (2.).

703. La qualification de pacte sur succession future, et la nullité qui en découle aurait pu être envisageable.

704. Avec le jeu, mais ce dernier constitue une sous-catégorie du pari.

1. La qualification des contrats financés par la titrisation

331 Le principe de financement reposant sur la titrisation consiste en la dilution du risque entre les mains de nombreux porteurs. En d'autres termes, la garantie est financée par la participation de plusieurs investisseurs, qui sont les souscripteurs de ces titres financiers.

Le montage de la titrisation, dont nous avons détaillé le mécanisme dans le chapitre précédent, attribue à l'entreprise d'assurance le simple rôle de passeur de risques, de sorte que techniquement⁷⁰⁵, ce sont les investisseurs qui sont les assureurs.

Ainsi, si l'on envisage les contrats souscrits auprès d'une entreprise d'assurance et financés par le recours à la titrisation, ils présentent comme caractéristiques d'être aléatoires, et causés, du point de vue du souscripteur, par l'intérêt d'assurance ; en revanche, la garantie offerte par l'assureur réside non pas dans la mutualisation des risques, mais dans l'appel à de nombreux porteurs de capitaux.

332 La technique est très proche de celle du prêt à la grosse aventure. Ce contrat, appelé également « prêt à la grosse », a une origine très ancienne⁷⁰⁶, qui remonte aux Phéniciens et aux Grecs. Il fut codifié par les Romains, sous le nom de *nauticum foenus*. Le dictionnaire général de l'assurance détaille son fonctionnement : l'armateur ou transporteur maritime empruntait à des financiers (marchands, banquiers, riches propriétaires...) une importante somme d'argent représentative de tout ou partie de la valeur du navire et/ou de la marchandise transportée, une disposition du contrat de prêt à la grosse stipulant que :

- En cas de retour du navire à bon port (bonne arrivée), l'armateur restituerait le montant du prêt qui lui avait été consenti auquel s'ajouterait un intérêt de montant ou taux fixé dès signature du contrat.
- En cas de disparition du navire et/ou de la cargaison par suite d'évènements de mer limitativement énumérés, l'armateur se trouverait libéré de son emprunt et ne réglerait aucun intérêt sur la somme empruntée.⁷⁰⁷

Le prêt à la grosse réalise en quelque sorte une opération d'assurance, mais inversée, en ce que le prêteur joue le rôle d'assureur, en payant d'avance l'indemnité, avant de la récupérer si le risque garanti ne se concrétise pas⁷⁰⁸. Selon M. Delebecque,

705. A défaut de l'être juridiquement, puisqu'il n'existe pas de lien juridique entre les acquéreurs des titres financiers et les souscripteurs des contrats d'assurance.

706. D. DANJON, *Traité de droit maritime, t. V, Assurances, prêt à la grosse*, Recueil Sirey, 1930, p. 464, §1949.

707. C. SAINRAPT, *Dictionnaire générale de l'assurance* cit., entrée : « prêt à la grosse ».

708. P. DELEBECQUE, *Droit maritime*, Dalloz, coll. précis, 13e éd., 2014, p. 759, §1029.

il a une triple fonction : c'est un contrat d'association, de crédit et d'assurance. C'est un contrat d'association parce que le prêteur prend un intérêt dans une expédition où il court le risque de perdre son apport ; c'est un contrat de crédit parce que c'est le moyen pour l'armateur ou son représentant de se procurer l'argent nécessaire soit à entreprendre, soit à poursuivre l'expédition. Enfin, c'est un contrat d'assurance, parce que l'armateur reçoit, avant le voyage et le sinistre, la somme qu'il recevrait de l'assureur en cas de sinistre, après la survenance de celui-ci. C'est une assurance où le capital est payé d'abord et remboursé s'il n'y a pas de sinistre, alors que dans la véritable assurance, la somme n'est payée qu'après le sinistre, si ce sinistre s'est réalisé dans les conditions prévues par la police.

Deux types différents de prêts à la grosse existaient : le prêt contracté avant le départ du navire par l'armateur ou le chargeur, et le prêt consenti en cours de voyage au capitaine. Ce second type de prêt permettait de subvenir aux besoins urgents de la navigation⁷⁰⁹.

Le prêt à la grosse connut un déclin graduel avec l'apparition, au XIV^e siècle, du contrat d'assurance maritime. Le coup fatal fut porté au moment de la Révolution, lorsque le prêt à intérêt fut autorisé. En effet, l'intérêt maritime étant très élevé, il était plus intéressant de souscrire deux contrats : un contrat d'assurance maritime et un contrat de prêt à un taux courant. Comme le note un auteur au début du XX^e siècle, « il résulte de tout cela que le prêt à la grosse est depuis longtemps déjà une institution en pleine décadence, et qui semble même en voie de disparaître. » Seul le prêt fait au capitaine en cours de voyage se pratiquait encore quelque peu au début du XX^e siècle⁷¹⁰. A présent, le prêt à la grosse est complètement tombé en désuétude. Les dispositions le régissant⁷¹¹ ont été abrogées en 1969⁷¹², et la loi du 12 mai 2009 a supprimé la mention du prêt à la grosse aventure de la liste des contrats aléatoires énoncée par l'article 1964 du code civil⁷¹³.

Néanmoins, la technique du prêt à la grosse se retrouve *mutatis mutandis* dans le fonctionnement des *cat bonds*⁷¹⁴. L'organisme de titrisation (appelé SPV, *special purpose vehicle*) couvre l'assureur et rémunère les investisseurs en investissant les

709. D. DANJON, *Traité de droit maritime*, t. V cit., p. 465, §1949.

710. C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. 6, Paris, librairie Cotillon, 1902, p. 516, §1517.

711. Anciens art. 311 à 331 c. com. Il est à noter que le code de commerce de 1807 a reproduit les dispositions de l'Ordonnance de la Marine de 1681 (P. DELEBECQUE, *Droit maritime* cit., p. 133, §181).

712. Art. 42 de la loi 69-8 du 3 janvier 1969 relative à l'armement et aux ventes maritimes, *JORF* 5 janvier 1969, p. 200.

713. Art.10 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JORF* n°0110 du 13 mai 2009, p. 7920.

714. O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJAN, *Traité des nouveaux risques* cit., p. 418 et s. Les développements qui suivent sont directement inspirés de ce traité.

montants payés par ces derniers dans des obligations sans risque. D'autre part, la prime payée par l'assureur au SPV permet de rémunérer les investisseurs, par l'émission de coupons. Ainsi, si l'assureur subit des pertes supérieures à un seuil déterminé (cas où la catastrophe naturelle est survenue), les investisseurs perdent le montant de leurs coupons⁷¹⁵, rétrocédé par le SPV à l'entreprise d'assurance. Si en revanche, les pertes sont inférieures à un seuil déterminé (cas où la catastrophe n'est pas survenue), l'entreprise d'assurance ne perçoit rien et perd sa prime versée au SPV. Les investisseurs reçoivent alors un intérêt financé par la prime payée par l'entreprise d'assurance au SPV. Ainsi, dans le prêt à la grosse, l'investisseur payait d'avance à l'armateur le prix de la cargaison, en échange d'une promesse de revente de la cargaison au prix de départ augmenté d'intérêts substantiels ; ici, les investisseurs immobilisent du capital auprès du SPV en échange des *cat bonds*, dans l'espoir d'une restitution du nominal et des coupons à risque. Si le bateau était perdu, alors l'armateur ne devait rien à l'investisseur, tandis qu'en cas de catastrophe naturelle, l'investisseur perd également sa mise et l'assureur reçoit le capital investi dans des obligations sans risque, ce qui lui permet d'indemniser ses propres assurés.

Néanmoins, si techniquement ces deux opérations reposent sur les mêmes mécanismes, il existe une différence notable entre elles d'un point de vue juridique. En effet, dans le prêt à la grosse, il n'existe qu'un seul contrat : celui de prêt, entre, d'une part, l'armateur, qui joue le rôle du souscripteur assuré bénéficiaire, et d'autre part, le ou les investisseurs, qui jouent le rôle de l'assureur. En revanche, lorsqu'une société d'assurance fait appel à la titrisation pour financer l'indemnisation de catastrophes naturelles, il existe plusieurs « étages » de contrats : d'abord, le contrat d'assurance, qui lie le souscripteur à l'entreprise d'assurance ; ensuite, le contrat de cession entre l'entreprise d'assurance et le SPV⁷¹⁶ ; enfin, le contrat de vente de *cat bonds* qui lie le SPV et les investisseurs. L'opération semblable au prêt à la grosse implique l'entreprise d'assurance et les investisseurs, dès lors que l'on admet que le SPV n'est qu'un intermédiaire. Ainsi, le contrat liant l'entreprise d'assurance et le souscripteur assuré ne peut être qualifié de prêt à la grosse.

Par ailleurs, il conviendra de noter que, malgré la parenté technique des opérations, la qualification de prêt à la grosse ne peut être retenue dans la mesure où le régime antérieurement applicable à cette opération est très éloigné de celui prévu à l'heure actuelle pour la titrisation des risques d'assurance⁷¹⁷.

715. Parfois, ils perdent également le nominal, selon la formule choisie par les parties.

716. Constitué en droit français par l'organisme de titrisation, dépourvu de personnalité morale, et géré par une société de gestion et une société dépositaire des fonds.

717. Ainsi, par exemple, l'ancien article 311 du code de commerce prévoyait que le contrat de prêt à la grosse était un contrat solennel, devant être rédigé devant notaire ou sous seing privé, et devait inclure des mentions obligatoires, comme, entre autres, le nom du navire et du capitaine, et préciser

333 En définitive, le contrat souscrit entre le souscripteur et l'entreprise d'assurance répond à tous les critères conceptuels que nous avons dégagés pour le contrat d'assurance, excepté un seul : le contrat est aléatoire, et le souscripteur qui ne veut pas être touché par une catastrophe, souscrit le contrat dans le but d'être indemnisé si celle-ci survient. En revanche, la technique de garantie employée par l'assureur n'est pas la mutualisation des risques. C'est une technique empruntée au secteur de la banque, proche de l'ancien prêt à la grosse, qui permet la garantie par le recours à une pluralité d'investisseurs, qui investissent dans des contrats financiers élaborés à partir d'indices catastrophes. Nous avons vu dans la première partie que les contrats financiers étaient conceptuellement des paris, bien que leur régime spécifique, qui met à l'écart l'exception de jeu, permette d'argumenter en faveur d'une qualification *sui generis*. Néanmoins, il s'agit là sans aucun doute d'une opération de spéculation.

Par conséquent, le contrat qui lie le souscripteur assuré et l'entreprise d'assurance est, du point de vue de l'assureur, l'aboutissement d'une opération spéculative sur le risque de catastrophe. L'aléa constitue dès lors la cause de son engagement. Or, dans la mesure où, comme nous l'avons expliqué *supra*, la qualification de pari absorbe tous les contrats aléatoires dont il est impossible de distinguer une cause additionnelle à la considération d'un aléa, il faut en conclure que, en l'absence de mutualisation des risques, l'engagement de l'assureur n'est autre qu'un pari.

2. La qualification des contrats financés par la technique de segmentation

334 L'objectif de l'actuaire est d'affiner au maximum le calcul des primes, afin de tendre vers un équilibre entre la prime payée et les indemnités versées. Lorsqu'il est possible d'obtenir des statistiques personnelles significatives de l'assuré, l'assurance a plus volontiers recours à cette méthode pour calculer la prime, au détriment de la mutualisation. Si le risque est nouveau, ou qu'il prend naissance dans un environnement instable, l'assureur prend en charge ce risque réputé « inassurable » en recourant à une mise en provision des capitaux nécessaires pour couvrir les conséquences si un dommage survient.

L'opération d'assurance n'est plus alors une opération de maîtrise du hasard, mais bien une opération de spéculation, dont la rentabilité pour l'entreprise d'assurance repose sur une connaissance fine du risque et de sa probabilité d'occurrence. Ainsi,

si le prêt avait lieu pour un voyage (ancien art. 311 du code de commerce). Un tel régime étant d'une part, inapplicable à la relation entre le souscripteur et l'entreprise d'assurance, d'autre part, totalement inadapté aux nouvelles circonstances, la qualification de prêt à la grosse est dépourvue de pertinence d'un point de vue juridique.

tandis que le souscripteur se garantit, l'assureur spéculé. Pour ce dernier, le contrat est un pari.

335 Pour résumer, si les mécanismes fondés sur la solidarité demeurent mystérieux, car impossibles à identifier aux assurances sociales, il est néanmoins logique de les exclure de la catégorie des contrats. Concernant les opérations de garantie reposant sur des mécanismes financiers alternatifs à la mutualisation des risques, c'est la qualification conceptuelle de pari qui s'impose. Il convient à présent d'analyser le versant fonctionnel de cette qualification, au regard de la pertinence du régime applicable (2).

Section 2

La qualification fonctionnelle des contrats reposant sur des techniques alternatives de garantie

336 Nous verrons dans un premier temps comment l'application du régime propre aux contrats de jeu et de pari n'est pas souhaitable pour les contrats reposant sur des techniques alternatives de garantie (§1). Il faut donc remettre en question la qualification conceptuelle de ces contrats au profit d'une qualification fonctionnelle, justifiée au regard de la pertinence du régime applicable (§2).

§1 Le régime du pari, un régime inadéquat

337 Dans le code civil, le régime des jeux et paris repose pour l'essentiel sur un principe : l'exception de jeu, qui met en cause non pas leur licéité, mais leur efficacité juridique, et qui est justifiée par le caractère inutile et immoral de ces contrats. Or, le législateur, comme la jurisprudence, reconnaissent l'existence de contrats de jeu et pari socialement et économiquement utiles, de sorte qu'ils échappent à l'exception de jeu (A). L'examen des différentes hypothèses en droit positif permet de mettre à jour un lien étroit entre l'existence d'un contrôle étatique et la reconnaissance de l'utilité de ces opérations (B).

A L'inapplicabilité de l'exception de jeu aux contrats aléatoires socialement utiles

338 Considéré comme immoral et dangereux, le pari est soumis dans le code civil à un régime qui en restreint l'efficacité⁷¹⁸. Ainsi, en vertu de l'article 1965 du code civil, « la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari. » La licéité du pari n'est pas mise en cause, mais il ne peut fournir la cause valable d'une obligation juridique. C'est ce qu'on appelle l'exception de jeu, principe d'ordre public.

Un second principe gouverne le régime du pari : l'article 1967 du code civil refuse toute action en répétition, dès lors que le paiement est volontaire et effectif. Une troisième règle a été ajoutée par la jurisprudence⁷¹⁹ : toute promesse de payer une dette de jeu ou de pari est nulle⁷²⁰.

339 Le fondement de ce régime demeure mystérieux, car il semble contradictoire d'affirmer, d'une part, que le garant n'a pas d'action et d'autre part, que le perdant ne peut pas répéter ce qu'il a payé. Plusieurs explications ont été avancées, mais aucune n'emporte pleinement la conviction. L'hypothèse de l'obligation naturelle permettrait d'expliquer le refus de l'action en répétition, mais contredit l'exception de jeu. Une autre explication a pu être avancée, qui combine le principe d'une nullité d'ordre public et l'application de l'adage *nemo auditur*, sans être non plus pleinement convaincante⁷²¹. En réalité, les auteurs s'accordent pour justifier les solutions du droit positif en se fondant non sur la logique juridique, mais sur le but pratique du législateur, qui a souhaité tenir compte de plusieurs intérêts à la fois, la protection de l'ordre public, l'équité et l'honnêteté entre joueurs : « Le jeu et le pari seront difficiles à pratiquer dans les cas où ils sont véritablement dangereux, c'est-à-dire lorsque le joueur s'engage sans avoir les fonds sur lui (...); il trouvera difficilement des partenaires, ceux-ci sachant qu'ils ne pourront pas le poursuivre, même s'il s'engage par une promesse de payer. Lorsque le joueur a en mains les sommes qu'il risque, le péril est moins grand, l'enjeu étant nécessairement limité; aussi est-il sans grand inconvénient que le jeu soit pratiqué, et il pourra l'être puisque le joueur, n'ayant pas le droit de répéter ce qu'il aura payé, rencontrera des cocontractants. (...) En tous cas, la justification du système de notre droit positif est dans ses résultats pratiques :

718. A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux* cit., p. 630, §944.

719. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et M. DE JUGLART, *Leçons de droit civil, t.III, vol. 2*, Montchrestien, 1968, p. 740, §1615.

720. Par ex. Cass. com. 12 mars 1963, *D.* 1963, p. 500.

721. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux* cit., p. 581, §983.

sans empêcher le jeu, il en évite les ravages. »⁷²²

340 Le régime spécifique propre au pari, en particulier l'exception de jeu, est justifié par les critiques que le pari suscite : il est dépourvu d'utilité sociale et est frappé d'immoralité. Ainsi, le jeu détourne d'autres activités socialement utiles, et constitue une concurrence déloyale au travail et à l'épargne, car il incite à l'oisiveté et provoque la ruine. Le pari est frappé d'immoralité car il est contraire à l'amour du prochain, le gain obtenu par l'un se faisant nécessairement au détriment de l'autre⁷²³.

Le jeu et le pari constituent le niveau le plus bas de licéité que le législateur a accordé aux contrats aléatoires. En effet, les reproches adressés au pari ne sont pas encourus pas tous les contrats de cette catégorie. En pratique, « ces contrats sont plus ou moins bien vus par le législateur selon que leur but est de garantir contre le hasard ou de spéculer. »⁷²⁴ Il existe donc plusieurs degrés de licéité dans les contrats aléatoires, le niveau le plus bas étant celui des jeux et paris, le plus haut celui des contrats d'assurance, « archétype du contrat de garantie »⁷²⁵.

341 Nous avons vu précédemment que lorsque l'on tentait de qualifier les contrats aléatoires par leur cause, le pari constituait une sorte de catégorie résiduelle, car cette qualification s'imposait dès lors que la seule cause identifiable était l'aléa. Or, une telle qualification est contestable en pratique, dans la mesure où elle étend l'application d'un régime de défaveur à un certain nombre de contrats certes aléatoires, mais qui présentent néanmoins une utilité sociale importante. En effet, en droit positif, l'exception de jeu est écartée dès lors que le contrat de pari envisagé est socialement et économiquement utile⁷²⁶. Or, l'examen du droit positif permet d'affirmer qu'il existe une corrélation très étroite entre l'existence d'un contrôle étatique et la reconnaissance de l'utilité de ces opérations (B).

B Utilité sociale et contrôle étatique

342 Bien que les jeux et paris semblent gouvernés par un nombre très restreint de règles, leur régime est en réalité si complexe que certains auteurs militent pour la suppression de l'article 1965⁷²⁷. En effet, les exceptions à l'exception de jeu sont

722. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et M. DE JUGLART, *Leçons de droit civil*, t.III, vol. 2 cit., p. 741, §1615.

723. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux* cit., p. 576, §973.

724. A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux* cit., p. 607, §908.

725. *ibid.*, p. 607.

726. J.-B. DARRACQ, *L'Etat et le jeu*, thèse Lyon II, 2005, p. 171

727. V. DA SILVA, « Jeu et droit », *JCP G*, 2011.1029.

fort nombreuses, et ne cessent d'augmenter⁷²⁸. L'Etat admet un grand nombre de mécanismes dérogatoires même dans des secteurs des jeux comme les casinos, les paris mutuels sur les courses de chevaux, et les loteries⁷²⁹.

343 L'application de l'exception de jeu est écartée dès lors que le contrat envisagé ne présente pas les tares habituelles des jeux et paris : l'immoralité et l'inutilité sociale.

Ainsi, par fidélité à la tradition gréco-romaine, le code civil écarte l'application de l'article 1965 pour les jeux qui ont pour objet l'adresse et l'exercice du corps⁷³⁰, car l'immoralité n'entache pas ces contrats.

Par ailleurs, les contrats de jeux et paris sont susceptibles d'avoir une utilité sociale car ils peuvent constituer une source très importante de financement. Ainsi, les développements de l'économie ont justifié le sort réservé aux contrats financiers conclus à terme et révélé l'intérêt progressif du législateur pour les opérations de spéculation⁷³¹. En effet, bien que les opérations de bourse conclues à terme s'identifient très aisément à des paris, la loi du 28 mars 1885 a rendu ces opérations juridiquement obligatoires en disposant que « nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'article 1965 du code civil, lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence. »⁷³² La reconnaissance de l'utilité de ces contrats de spéculation est indissociable d'un encadrement très étroit, qui implique l'obtention d'un agrément⁷³³ après vérification, entre autres, de l'identité des actionnaires et des moyens financiers du prestataires, tandis que la surveillance des marchés financiers est exercée par l'autorité des marchés financiers et l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution⁷³⁴.

Il en va de même pour le secteur des jeux et paris qui échappent à l'exception de jeu. L'utilité sociale de ces opérations repose dans l'intérêt financier qu'elles représentent pour l'Etat et les collectivités publiques, dès lors que l'activité fait l'objet d'un

728. Ainsi, les paris en ligne ont été rendus licites par l'adoption de la loi n° 2°10-476 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, *JORF* 13 mai 2010.

729. Pour une présentation exhaustive, cf. J.-B. DARRACQ, *L'Etat et le jeu* cit., p. 24.

730. Art. 1966, al. 1 c. civ.

731. *ibid.*, p. 176.

732. Art. L. 211-335 CMF. Les opérations concernées sont énumérées à l'article D. 211-1 A et L. 211-36 du code monétaire et financier.

733. Art. L. 532-1 CMF.

734. Ce contrôle connaît néanmoins certaines limites : ainsi, échappent à l'exception de jeu les contrats à terme négociés sur des marchés non réglementés, dits « de gré à gré » (Cass. req. 24 nov. 1909, *DP* 1911, 1, 129), qui ont pourtant joué un grand rôle dans la propagation de la crise économique de 2008. Sur cette question, voir A. GAUDEMET, « La réforme des marchés dérivés de gré à gré : les causes d'un retard », *D.*, 2010.1038.

contrôle étatique, destiné à écarter les effets pernicious du jeu. Bertrand Mathieu a souligné l'ambivalence du régime applicable aux jeux et paris : « Clandestin, le jeu reste une activité condamnée ; autorisé et contrôlé, c'est une activité économique qui tend à se banaliser »⁷³⁵. Le contrôle étatique permettrait la lutte contre les activités illicites ou illégales, ainsi que la protection des joueurs vulnérables⁷³⁶. Il est le rouage essentiel d'un « processus de moralisation du jeu », phénomène d'assainissement du jeu par le contrôle de son organisation et l'affectation d'une part substantielle de ses bénéfices à des œuvres d'intérêt général⁷³⁷.

Les modalités du contrôle sont plus ou moins étendues selon le secteur envisagé, mais le schéma est toujours le même : « Après avoir organisé le marché du jeu en fixant les conditions préalables à l'habilitation des opérateurs, l'Etat sélectionne les candidats et détermine le volume d'offre de jeu dispensé sur le territoire au moyen de la délivrance d'autorisations de police (autorizations de jeu et agréments), puis il assure – en y associant le plus souvent les opérateurs de jeu eux-mêmes – le contrôle des opérations ludiques. »⁷³⁸ Ainsi, comme pour les opérations de bourse conclues à terme, l'agrément des acteurs habilités à opérer dans le secteur désigné constitue le pivot essentiel du contrôle étatique.

344 En conclusion, nous avons constaté qu'en droit positif, le régime des paris n'était pas appliqué dans les hypothèses où les opérations envisagées étaient considérées comme économiquement et socialement utiles. Nous avons vu également qu'excepté pour les jeux relatifs à l'exploit sportif, la reconnaissance de l'utilité des paris dépend de l'existence d'un contrôle étatique étroit du secteur. Ces deux considérations nous conduisent à envisager de classer les paris souscrits auprès des entreprises d'assurance dans la catégorie des contrats d'assurance, malgré l'absence de mutualisation des risques (§2).

§2 La pertinence de la qualification fonctionnelle de contrat d'assurance

345 Il existe une corrélation très étroite entre l'existence d'un contrôle étatique et la non-application de l'exception de jeu. C'est pourquoi la souscription de paris

735. B. MATHIEU, « Les jeux d'argent et de hasard en droit français », *LPA*, 8 janv. 1999.

736. V. DA SILVA, « Jeu et droit » cit..

737. J.-B. DARRACQ, *L'Etat et le jeu* cit., p. 25. On peut rester dubitatifs devant cette « morale étatique ». Sur cette question, cf. A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux* cit., p. 630, §945.

738. J.-B. DARRACQ, *L'Etat et le jeu* cit., p. 415.

juridiquement « efficaces » est permise aux entreprises d'assurance, qui font l'objet d'un contrôle strict (A). De plus, le régime applicable aux contrats d'assurance est bien mieux adapté à ces contrats que l'exception de jeu (B).

A Des contrats de pari socialement utiles grâce à un contrôle sectoriel étendu

346 En vertu de l'article L. 310-1 du code des assurances, « le contrôle de l'Etat s'exerce dans l'intérêt des assurés, souscripteurs et bénéficiaires des contrats d'assurance et de capitalisation ». L'existence de ce contrôle est justifié par les spécificités du secteur de l'assurance. En effet, l'utilité sociale de l'opération d'assurance est mise en difficulté par l'inversion du cycle de production, en vertu duquel le souscripteur paie ses primes à l'avance, faisant ainsi en quelque sorte « crédit » à l'assureur^{739 740}.

Ainsi, la fonction de garantie du contrat d'assurance peut être mise à mal dès lors que l'assureur est malhonnête ou imprévoyant. C'est pourquoi le secteur fait l'objet d'un contrôle rigoureux, qui a été confié à des organismes différents au cours du temps⁷⁴¹. Récemment, la fusion des autorités de contrôle bancaire et d'assurance a été actée à la suite de la crise financière qui a bouleversé les marchés en 2008. A présent, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) est chargée de préserver la stabilité du système financier et de protéger les clients de ce secteur⁷⁴². Réunion des autorités de contrôle, d'agrément et de sanction, l'ACP a été créée le 9 mars 2010 en application de l'ordonnance du 21 janvier 2010, et renommée ACPR

739. J.-L. BELLANDO, J. BIGOT, S. CABRILLAC, B. JADAUD, J. MOREAU et G. PARLÉANI, *Traité de droit des assurances, entreprises et organismes d'assurance*, t. 1, dir. J. Bigot, L.G.D.J., 2011, p. 707, §1614.

740. La spécificité de l'assurance a été également reconnue par l'Union européenne. La Cour de justice des communautés européennes l'a affirmée dans des arrêts rendus en 1986, au regard de la possibilité d'opposer l'intérêt général afin de déroger aux principes affirmés par les articles 59 et 60 TCE (CJCE, 4 déc. 1986, aff. 205/83 et 220/83, *RGDA* 1987, p. 500). Cette spécificité comporte quatre éléments :

- Prestation spécifique liée à des événements futurs dont la survenance est incertaine lors de la conclusion du contrat.
- Précarité de la situation de l'assuré qui après un sinistre, n'en obtient pas le dédommagement convenable dans des délais raisonnables.
- Difficulté pour le preneur d'assurance d'apprécier, lors de la conclusion du contrat, la portée et le sens de ses clauses généralement imposées par l'assureur.
- Nécessité de sauvegarder également les intérêts des tiers à l'assurance, notamment des tiers lésés et tiers bénéficiaires des contrats.

741. B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances* cit., p. 85, §64 et s.

742. L. MAYAUX, *Les grandes questions du droit des assurances*, L.G.D.J., 2011, p. 242, §348. Voir art. L. 612-1, I c. mon. et fin. Pour plus de détails sur l'ACPR, cf. T. BONNEAU, *Droit bancaire* cit., §167 et s.

en 2013⁷⁴³.

L'inversion du cycle de production est une conséquence de la technique de mutualisation des risques. C'est donc la pratique de la technique classique d'assurance qui impose une surveillance stricte des provisions de l'entreprise afin d'éviter des conséquences économiques et sociales néfastes. C'est pourquoi les entreprises d'assurance et de réassurance régies par le code des assurances doivent répondre à un grand nombre d'exigences morales et techniques, énoncées par les articles L. 321-10 et suivants du code des assurances, qui s'imposent en raison de la fourniture d'une garantie assurée par la technique de mutualisation des risques. Ainsi, par exemple, l'article L. 322-2-4 du code des assurances prévoit qu'à la clôture de chaque exercice, le conseil d'administration ou le directoire établit un rapport de solvabilité écrit afin de justifier notamment l'existence de provisions techniques suffisantes au regard des engagements pris à l'égard des assurés ou des entreprises réassurées⁷⁴⁴. Cette disposition se justifie par le souci de consolider des engagements pris en échange d'une simple promesse : « les assureurs ont des clients auprès desquels ils ont « vendu » des promesses, des engagements futurs, en échange de l'encaissement aujourd'hui de cotisations⁷⁴⁵ ».

347 Picard et Besson ont souligné le double aspect du contrôle exercé sur le secteur des assurances⁷⁴⁶ : en effet, le contrôle étatique intervient sous deux formes différentes et en vue de deux objectifs bien distincts. Il s'exerce d'une part sur les sociétés elles-mêmes afin de surveiller leur gestion et dans l'intérêt des assurés : c'est un contrôle technique. Il s'exerce aussi sur l'industrie des assurances afin d'établir une organisation rationnelle des assurances garantissant la prédominance de l'intérêt général sur les intérêts particuliers : c'est un contrôle économique.

Le contrôle technique a pour fin d'empêcher que les fonds recueillis par les

743. Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF* n° 0173 du 27 juillet 2013, p. 12530.

744. Article L. 322-2-4 alinéa 1 du code des assurances : « A la clôture de chaque exercice, le conseil d'administration ou le directoire établit un rapport de solvabilité écrit. Ce rapport expose les conditions dans lesquelles l'entreprise garantit, par la constitution des provisions techniques suffisantes dont les modalités de calcul et les hypothèses retenues sont explicitées et justifiées, les engagements qu'elle prend à l'égard des assurés ou des entreprises réassurées, rappelle les orientations définies en matière de placements, présente et analyse les résultats obtenus et indique si la marge de solvabilité est constituée conformément à la réglementation applicable. Le rapport de solvabilité contient obligatoirement une analyse des conditions dans lesquelles l'entreprise est en mesure, à moyen et long terme, de faire face à l'ensemble de ses engagements. »

745. François de Varenne, « Actions, attention danger ? » *in* [https://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf/b724c3eb326a8defc12572290050915b/c27d9eb254386cb6c125723a0037d584/\\$FILE/Risques_065_0017.htm](https://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf/b724c3eb326a8defc12572290050915b/c27d9eb254386cb6c125723a0037d584/$FILE/Risques_065_0017.htm)

746. M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, L.G.D.J., 1950, p. 812.

entreprises d'assurance ne soient détournés de leur destination. « Ce contrôle est un contrôle technique et financier, qui tend essentiellement à vérifier la solvabilité des entreprises et la légalité de leurs opérations, et ne doit pas être confondu avec le contrôle économique qui tend à l'organisation et à l'orientation du marché »⁷⁴⁷.

L'idée d'un contrôle économique naît avec le décret-loi du 14 juin 1938⁷⁴⁸, dont le but était de faciliter une organisation rationnelle de l'industrie des assurances. Il marque l'ébauche d'une économie dirigée⁷⁴⁹ en instaurant par exemple le principe de l'agrément en son article premier, en vertu duquel les sociétés et organismes d'assurances soumis au contrôle de l'Etat ne peuvent commencer leurs opérations qu'après avoir obtenu l'agrément du ministre des finances.

De nos jours, cette double fonction du contrôle perdure, bien qu'on distingue plus volontiers le contrôle juridique d'une part, et le contrôle financier d'autre part⁷⁵⁰. Ainsi, le contrôleur a pour fonction de vérifier que les entreprises respectent les engagements contractuels d'assurance qu'elles ont souscrits, et que les contrats sont conformes aux lois et exécutés de bonne foi. Par ailleurs, la capacité financière des entreprises est également examinée dans le cadre d'un contrôle de solvabilité.

348 Ainsi, si le contrôle étendu auquel est soumis le secteur de l'assurance a pour justification première la pratique de la mutualisation des risques, ce contrôle sert également de justification à la reconnaissance de l'utilité sociale des paris qui sont souscrits par ces entreprises. Ce contrôle est garant de l'utilité de ces opérations, à l'instar des contrôles étatiques opérés dans le secteur des jeux ou dans celui des établissements de crédit. Ainsi, fortes du contrôle auquel elles sont déjà soumises, les entreprises d'assurance sont dispensées d'obtenir un agrément supplémentaire pour agir sur les marchés financiers⁷⁵¹.

349 Le secteur de l'assurance fait donc l'objet d'un contrôle étatique rigoureux, dont la justification réside dans la technique de l'assurance, car elle implique l'inversion du cycle de production. Or, comme pour le secteur bancaire et le secteur des jeux, ce contrôle repose sur le principe de l'octroi d'un agrément aux agents qui sont

747. *ibid.*, p. 813.

748. Voir *ibid.*, p. 817 : le décret prévoyait des accords professionnels que le ministre avait le pouvoir de rendre obligatoires pour toutes les sociétés, et constituait l'ébauche d'une économie dirigée.

749. Le décret prévoyait des accords professionnels que le ministre avait le pouvoir de rendre obligatoires pour toutes les sociétés.

750. Jean-Louis Bellando, in J.-L. BELLANDO, J. BIGOT, S. CABRILLAC, B. JADAUD, J. MOREAU et G. PARLÉANI, *Traité de droit des assurances, entreprises et organismes d'assurance* cit., p. 706, §1612.

751. Art L. 531-2 2° a) CMF.

en mesure de répondre aux exigences de moralité et de solvabilité requises. C'est pourquoi le contrôle auquel est soumis l'assureur l'autorise à souscrire des paris considérés comme socialement et économiquement utiles.

Or, puisque le régime de ces contrats ne peut pas être l'exception de jeu⁷⁵², il convient de nous interroger sur le régime le plus pertinent. Dans la mesure où ces contrats sont souscrits auprès d'entreprises d'assurance, c'est l'examen du régime du contrat d'assurance qui s'impose (B).

B La pertinence du régime prévu au livre Ier du code des assurances

350 Le régime du contrat d'assurance est accueillant pour les paris souscrits auprès d'une entreprise agréée comme assureur. En effet, même si l'assureur spéculé sur la survenance d'un risque, il demeure que la solvabilité de son activité impose une évaluation de sa probabilité de survenance. Cette évaluation n'est pas calculée grâce à la loi des grands nombres, mais par le recours à d'autres lois statistiques, à la fiabilité plus incertaine⁷⁵³.

Ainsi, bien que ces contrats soient conceptuellement des paris, ils ont pour fonction la fourniture d'une garantie, finalité ni immorale, ni dangereuse. C'est pourquoi le régime du contrat d'assurance, qui organise le fonctionnement d'un contrat aléatoire destiné à fournir une garantie, est beaucoup plus pertinent que l'exception de jeu. Il est donc souhaitable d'appliquer à ces contrats les dispositions du livre premier du code des assurances.

Les dispositions relatives à l'existence du risque découlent du caractère aléatoire de ces contrats, et le principe indemnitaire s'impose en raison de la fonction de ces contrats, qui demeure la fourniture d'une garantie. L'intérêt d'assurance, en tant que critère conceptuel de qualification, ne leur fait pas défaut, de sorte qu'il est logique d'appliquer l'article L. 121-1 du code des assurances afin d'empêcher le souscripteur de s'enrichir aux dépens de l'entreprise d'assurance.

Enfin, l'exigence spécifique de bonne foi, en vertu de laquelle la déclaration des risques est une obligation fondamentale de l'assuré, constitue une exigence nécessaire au bon fonctionnement de ces contrats, puisque l'assureur doit toujours être en mesure d'évaluer le risque, même s'il ne le mutualise pas.

752. La question se pose pour chaque hypothèse : on a vu que pour les contrats financiers, un régime spécifique avait été élaboré, de sorte qu'il convenait de les soustraire à la qualification de paris pour les classer dans une catégorie *sui generis*.

753. Voir par exemple, en matière de risques systémiques, J. V. ANDERSEN, Y. MALEVERGNE et D. SORNETTE, « Comprendre et gérer les risques grands et extrêmes », *Risques*, n° 49, mars 2002.

351 Le régime applicable aux contrats souscrits dans le secteur spatial, domaine dans lequel les caractéristiques techniques des risques les rendent « inassurables », offre une illustration concrète de la pertinence des dispositions prévues par le code des assurances. Le contrat souscrit est aléatoire et synallagmatique⁷⁵⁴, car la prestation de l'assureur consiste en le versement de l'indemnité en échange du paiement de la prime par le souscripteur et si un événement incertain se réalise.

De plus, il ne s'agit pas de contrats d'adhésion, comme c'est souvent le cas dans le domaine de l'assurance, mais le caractère consensuel du contrat d'assurance permet de surmonter cette spécificité.

Les dispositions relatives à l'exactitude de déclaration du risque au moment de la conclusion ou au cours du contrat sont applicables, dans la mesure où les contrats d'assurance spatiale ont pour caractéristique d'être fondés sur des principes de bonne foi et de coopération renforcés, l'assureur étant totalement dépendant des informations fournies par le souscripteur pour apprécier le risque.

Le principe indemnitaire est également applicable. Ainsi, l'appréciation de la valeur d'assurance d'un satellite est une valeur déclarée, qui repose sur sa capacité opérationnelle, ainsi que son coût d'achat ou de fabrication et de son lancement.

Les contrats sont tous risques, et couvrent tous les dommages que peut subir le satellite, quelle que soit leur cause : accident, erreur de conception, défaut de performance. La complexité des machines impose que tous les dommages soient couverts, même ceux qui n'ont pas une origine accidentelle et qui sont prévisibles. Ainsi, l'alinéa 2 de l'article L. 113-1 du code des assurances, qui n'exclut légalement la garantie qu'en cas de faute intentionnelle ou dolosive, est adapté. Il en va de même du caractère non impératif de l'article L. 121-7 du code des assurances, selon lequel « les déchets, diminutions et pertes subies par la chose assurée et qui proviennent de son vice propre ne sont pas à la charge de l'assureur », tant il est vrai que dans ce domaine, le dommage a toujours son origine dans un défaut de fabrication. Comme le note Mme Ravillon, « en pratique, la garantie la plus étendue possible est accordée par les assureurs pour tenir compte de la spécificité de l'industrie spatiale (...), ce qui s'explique (...) par la complexité de la machinerie en question. »⁷⁵⁵

754. Les développements suivants doivent beaucoup à L. RAVILLON, *Droit des activités spatiales* cit., p. 371, §500 et s.. Il conviendra de se référer à cet ouvrage pour des exemples précis.

755. *ibid.*, p. 372, §501.

Conclusion

352 Les entreprises d'assurance sont autorisées à parier. En effet, les paris leur sont ouverts car elles sont soumises à un contrôle spécifique rigoureux, qui garantit la moralité et l'utilité des contrats souscrits. Ainsi, ces contrats, qui ne répondent pas exactement aux critères conceptuels que nous avons identifiés en première partie, sont, en raison de la pertinence du régime des contrats d'assurance, fonctionnellement identifiables à ces derniers.

Le critère de la mutualisation disparaît au profit d'un nouveau critère de qualification, celui de l'agrément. En effet, le contrôle juridique et financier auquel sont soumises les entreprises d'assurance implique, en premier lieu, l'obtention d'un agrément pour pouvoir exercer l'activité d'assurance. Ainsi, le critère relatif à la mutualisation des risques, qui permettait d'identifier une distinction conceptuelle entre la garantie et la spéculation, disparaît dans les hypothèses présentées au chapitre précédent pour être remplacé par un critère relatif à la qualité du garant. Lorsque l'entreprise s'implique dans des opérations pour lesquelles la technique classique de l'assurance est impossible à mettre en œuvre, alors un critère organique de qualification se substitue au critère technique.

Ainsi, les critères relatifs au caractère aléatoire du contrat ainsi que l'exigence de l'intérêt d'assurance demeurent. En revanche, le critère technique de mutualisation des risques s'efface au profit d'un autre critère, celui de la qualification d'une des parties comme entreprises d'assurance. L'agrément devient dès lors le pivot de la qualification, dès lors qu'il est pertinent d'appliquer le régime du contrat d'assurance à d'autres contrats qui s'en distinguent conceptuellement.

Conclusion du titre I

353 Les assureurs ne sont pas limités par la technique d'assurance. Ce sont des paris qui ont permis l'essor des entreprises d'assurance, bien avant la découverte de lois de probabilité, et le développement de nouvelles garanties s'accompagne inévitablement du renoncement à la mutualisation des risques.

Il serait donc illogique que le droit ne prenne pas en considération ces contrats de pari et leur refuse la qualification de contrat d'assurance, alors que ce régime leur est approprié. Cette inclusion dans la catégorie, qui relève de l'opportunité, est envisageable dans le cadre d'une définition fonctionnelle, puisque c'est au regard de la fonction de ces contrats, et du régime qui leur est applicable, qu'ils entrent dans la catégorie des contrats d'assurance. On retrouve là la première modalité de variation de la fonction que nous avons identifiée, qui consiste à choisir les critères de qualification au regard de nécessités économiques et sociales. Dans cette perspective, la catégorie est choisie au regard de l'adéquation du régime associé avec la situation de fait envisagée.

354 D'autres contrats ne correspondent pas aux critères conceptuels que nous avons identifiés, bien qu'ils soient couramment proposés par les assureurs : il s'agit des contrats d'assurance-vie modernes, dont le caractère aléatoire est problématique. Depuis de nombreuses années, la question de leur qualification suscite les controverses les plus vives. Plutôt que de leur refuser d'emblée la qualification de contrat d'assurance, il convient d'aborder cette question dans la perspective d'une définition fonctionnelle, ce que nous tenterons de faire dans le titre suivant.

Titre II

Contrat d'assurance et contrats commutatifs d'épargne

Chapitre 1

L'apparition de contrats d'assurance-vie commutatifs à finalité d'épargne

355 L'assurance-vie a connu des évolutions destinées à répondre aux besoins de la population et aux nécessités de la concurrence. Ainsi, en 1857, les entreprises ont lancé l'assurance mixte à la demande des assurés qui, n'étant pas décédés au terme de leur contrat, souhaitent récupérer au moins une partie du montant de leurs primes. Vers 1900, pour faire face à la concurrence internationale, en particulier celles des sociétés d'assurance américaines à forme mutuelle, et désireuses d'élargir leur offre, les assureurs ont proposé à leurs clients la souscription d'opérations d'épargne, par l'intermédiaire des contrats de capitalisation⁷⁵⁶.

356 De nos jours, deux évolutions marquent les contrats d'assurance-vie :

La première évolution concerne la désaffection grandissante des clients pour les formules de contrats d'assurance-vie en cas de décès, au profit des contrats qui garantissent le risque vie. Ainsi, alors qu'à l'origine le contrat d'assurance-vie était un instrument de prévoyance, le secteur a progressivement évolué vers l'épargne. Deux facteurs permettent d'expliquer cette évolution : d'une part, le développement de la technique de capitalisation ; d'autre part, l'allongement de la durée de vie. Le risque d'un décès prématuré étant désormais faible, les contrats couvrant ce risque rencontrent un succès modeste⁷⁵⁷.

La seconde évolution concerne la nature des contrats d'assurance-vie qui garan-

756. J.-A. CHABANNES et N. EYMARD-GAUCLIN, *Le manuel de l'assurance vie* cit., p. 36.

757. En 2003, les primes encaissées au titre des opérations d'assurance en cas de vie s'élevaient à 83,2 milliards d'euros, tandis que celles des assurances en cas de décès s'élevaient à 6,6 milliards (*ibid.*, p. 68).

tissent le risque vie. Comme les contrats de capitalisation, ces contrats permettent au souscripteur de constituer une épargne pour ses vieux jours. Néanmoins, ils sont aléatoires, contrairement aux contrats de capitalisation, qui sont commutatifs. Or, en raison de l'allongement de la durée de vie, le risque d'être encore en vie présente, dans la majorité des cas, une probabilité élevée. Il s'ensuit que le prix du risque est lui aussi élevé, de sorte que les contrats d'assurance en cas de vie sont moins avantageux que les contrats d'épargne classiques. L'aléa n'est plus une donnée permettant de faire une bonne affaire, mais un frein commercial, tant il est vrai que les souscripteurs, certains d'échapper à une mort prématurée, préfèrent récupérer leurs primes avec intérêts plutôt que de spéculer sur leur probabilité d'être encore en vie. C'est pourquoi l'inventivité des assureurs a donné le jour à des formules où l'aléa se fait de plus en plus discret, au point que l'on peut sérieusement douter du caractère aléatoire de la plupart des formules d'assurance-vie modernes⁷⁵⁸.

Ainsi, alors qu'en théorie, la distinction entre les contrats d'assurance et les contrats de capitalisation demeure (1), la confusion entre les deux types de contrat ne cesse de croître, brouillant les frontières entre la prévoyance et l'épargne, et modifiant ainsi le rôle de l'aléa dans la qualification des contrats d'assurance (2).

Section 1

La distinction entre les contrats de capitalisation et les contrats d'assurance-vie

357 Le régime applicable aux contrats de capitalisation est, excepté quelques dispositions, différent de celui des contrats d'assurance-vie, de sorte que les catégories sont distinctes (§1). Néanmoins, la complexité des formules proposées par les assureurs brouillent le critère de distinction entre les deux types de contrats, qui repose sur leur caractère aléatoire ou commutatif (§2).

758. Comme l'écrit Gérard Ménéroud, directeur général adjoint de CNP assurances (G. MÉNÉROUD, « Vers un retour aux fondements de l'assurance-vie: la gestion de l'aléa viager », *Risques*, n° 79, septembre 1999) : « L'assurance-vie vient de vivre une parenthèse de trente ans, où, grâce à une astuce d'actuaire (coller un contrat en cas de vie à un contrat en cas de décès), on a réussi à accumuler 1 400 milliards de provisions techniques et d'actifs correspondants (...). C'est bien, et nous jouons un rôle social important grâce à cela, mais ce n'est pas l'essence de notre métier, qui est d'apporter la sécurité contre le risque de mort ou le risque de survie. »

§1 La distinction des régimes applicables

358 Le législateur a énoncé quelques dispositions communes aux contrats d'assurance-vie et aux contrats de capitalisation (A). Néanmoins, la majorité des règles énoncées dans le code des assurances ne concernent que les contrats d'assurance (B).

A Les dispositions communes

359 Depuis le décret du 22 décembre 1972⁷⁵⁹, les entreprises d'assurance qui gèrent les assurances sur la vie peuvent proposer à leurs clients des contrats de capitalisation. Ces opérations sont définies à la branche 24 des catégories énumérées par l'article R 321-1 : « Toute opération d'appel à l'épargne en vue de la capitalisation, et comportant, en échange de versements uniques ou périodiques, directs ou indirects, des engagements déterminés quant à leur durée et à leur montant ». Leur licéité repose sur l'article 1154 du code civil. Les opérations de capitalisation sont donc, du point de vue de l'administration, des opérations d'assurance sans être pour autant identifiables à des contrats d'assurance. En effet, le code des assurance prend soin de les distinguer, tout comme la Cour de cassation⁷⁶⁰, et la doctrine⁷⁶¹, qui définit le contrat de capitalisation ainsi : c'est l'opération par laquelle « l'entreprise d'assurance s'engage, moyennant un versement unique ou des versements périodiques, à payer un capital déterminé, soit à l'échéance du contrat soit par anticipation. »⁷⁶² Contrairement au contrat d'assurance, le contrat de capitalisation n'a pas pour objet la garantie d'un risque ; c'est une opération d'épargne, gérée par des entreprises soumises au contrôle de l'Etat comme les banques ou les entreprises d'assurance⁷⁶³.

360 Leur régime était défini par trois articles, regroupés dans une section spécifique⁷⁶⁴, abrogés par la loi n° 92-665 du 16 juillet 1992⁷⁶⁵. Ces articles énonçaient le principe d'absence d'action en paiement des primes, la vocation de l'adhérent à participer aux bénéfices, et l'ouverture d'une faculté de rachat. Désormais, leur

759. Décret n° 72-1146 du 22 décembre 1972, *JORF* 24 décembre 1972, p. 13434 ; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances* cit., p. 741, §880.

760. Cass. civ. 1re, 18 juil. 2000, *arrêt Leroux*, *RCA* 2004 et *chron.* 28 par Courtieu ; *JCP G* 2000, note Bigot ; L. MAYAUX, « Réflexions sur l'arrêt leroux », *JCP G*, 2000, p. 767.

761. Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances* cit., p. 55.

762. *ibid.*, p. 55, §62.

763. *ibid.*, p. 741, §880.

764. Anc. art. L. 150 à L. 150-4 c. ass.

765. Loi n° 92-665 du 16 juillet 1992 portant adaptation au marché unique européen de la législation applicable en matière d'assurance et de crédit, *JORF* 17 juillet 1992, p. 9576.

régime est décrit avec celui des contrats d'assurance sur la vie, au titre III, livre I du code des assurances. Il s'aligne sur celui des contrats d'assurance-vie concernant deux principes : ceux relatifs à la protection du souscripteur (selon la technique des mentions informatives obligatoires et l'ouverture d'un droit de renonciation) et la faculté de rachat⁷⁶⁶. Le reste des dispositions ne concerne que les contrats d'assurance-vie (B).

B Les dispositions propres aux contrats d'assurance-vie

361 En revanche, les autres dispositions prévues par le titre 3 du livre I du code des assurances, applicables aux contrats d'assurance-vie, ne sont pas applicables aux contrats de capitalisation : en effet, dans la mesure où le législateur a pris le soin de préciser explicitement les hypothèses dans lesquelles les dispositions relatives aux contrats d'assurance-vie étaient applicables aux contrats de capitalisation, on peut supposer qu'en l'absence de précision, seuls les contrats d'assurance-vie sont concernés.

De plus, certaines dispositions sont évidemment inopportunes : le contrat de capitalisation n'étant pas aléatoire, sont nécessairement exclues les dispositions relatives à la déclaration des risques ou l'exclusion du suicide.

Enfin, il semblerait que le régime dérogatoire dont bénéficie l'assurance-vie en matière civile, matrimoniale, successorale et fiscale ne soit pas non plus applicable aux contrats de capitalisation.

362 En effet, en matière successorale, les articles L. 132-12 et L. 132-13 du code des assurances excluent de la succession du contractant le capital ou la rente payables à son décès, ainsi que les primes versées, de sorte que ni les règles du rapport à succession, ni celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers ne s'y appliquent. Par un arrêt célèbre, la Cour de cassation a énoncé que ces dispositions ne s'appliquaient pas aux contrats de capitalisation⁷⁶⁷.

En matière matrimoniale, l'article L. 132-16 du code des assurance⁷⁶⁸ énonce que le capital assuré par une personne au profit de son conjoint est un bien propre,

⁷⁶⁶. Sont applicables les articles L. 131-1, L. 132-5, L. 132-5-1, L. 132-5-2, L. 132-20 al. 4, L. 132-21, L. 132-22, et L. 132-33 al. 4. c. ass.

⁷⁶⁷. Cass. civ. 1re, 18 juil. 2000, arrêt *Leroux*, *RCA* 2004 et chron. 28 par Courtieu ; *JCP G* 2000, note Bigot ; L. MAYAUX, « Réflexions sur l'arrêt Leroux » cit., p. 767.

⁷⁶⁸. Art. L. 132-16 c. ass. : « Le bénéfice de l'assurance contractée par un époux commun en biens en faveur de son conjoint, constitue un propre pour celui-ci. Aucune récompense n'est due à la communauté en raison des primes payées par elle, sauf dans les cas spécifiés dans l'article L. 132-13, deuxième alinéa. »

quel que soit le régime matrimonial choisi par les époux. La jurisprudence limite strictement le champ d'application de cette disposition à la lettre du texte. Ainsi, par l'arrêt *Praslicka*, la Cour de cassation a refusé l'application de l'article L. 132-16 du code des assurances à l'hypothèse où le bénéficiaire du contrat était le souscripteur assuré lui-même⁷⁶⁹. On peut en déduire *a fortiori* que les contrats de capitalisation ne sont pas concernés par cette disposition.

En matière civile, l'article L. 132-14 du code des assurances énonce l'absence de droits des créanciers du souscripteur sur la garantie : « Le capital ou la rente garantis au profit d'un bénéficiaire déterminé ne peuvent être réclamés par les créanciers du contractant. » Le champ d'application de cette disposition a été étendu par la jurisprudence sur la valeur de rachat⁷⁷⁰, en raison du caractère personnel du droit au rachat⁷⁷¹. Ainsi, les contrats d'assurance-vie sont réputés insaisissables⁷⁷².

Enfin, en matière fiscale, les contrats d'assurance-vie bénéficient d'un régime attractif : ainsi, lorsque le bénéficiaire est déterminé, le droit propre qu'il invoque sur le capital est exempt des droits de mutation⁷⁷³, et soumis à des taux de prélèvement spéciaux lorsque les sommes dues sont supérieures à 152 000 euros⁷⁷⁴.

363 Néanmoins, même si au regard des régimes applicables, la distinction entre les contrats de capitalisation et les contrats d'assurance-vie conserve son intérêt, on assiste depuis quelques années à une volonté de gommer les frontières entre les deux types de contrat (§2).

§2 La confusion entre les contrats de capitalisation et les contrats d'assurance-vie

364 Nul ne conteste que les contrats de capitalisation ne sont pas des contrats d'assurance, car il s'agit de contrats commutatifs et non de contrats aléatoires. Par

769. Cass. civ. 1re, 31 mars 1992, pourvoi n° 90-16.343. Position réaffirmée par la Cour de cassation sur le fondement de l'article 1401 (Cass. civ. 1re, 19 avril 2005, pourvoi n° 02-10.985).

770. Cass. com. 28 avr. 1998, *BC IV*, n° 1353, *JCP G* 1998, II, note Bigot ; cass. com. 25 oct. 1994, *BC IV*, n° 311.

771. Cass. civ. 2ème, 9 juin 2008, n° 07-14.077, *B.C.* II, n° 127.

772. Pour plus de précisions, cf. le chapitre suivant, dans lequel sont détaillées ces dispositions, et les exceptions qui les accompagnent.

773. Art. 757 B du CGI.

774. Art. 990-I-I du CGI. Pour de plus amples détails, cf. Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances* cit., p. 850, §976 et F. DOUET, *Précis de droit fiscal de la famille*, Lexis Nexis, 2016, p. 813 et s., en particulier p. 817., ainsi que C. JUBAULT, *Droit civil, les successions, les libéralités*, Montchrestien, 2e éd., 2010, p. 339 et s.

conséquent, malgré la présentation ambiguë du code des assurances, leur régime diffère en grande partie de celui des contrats d'assurance sur la vie⁷⁷⁵. Néanmoins, la distinction entre ces contrats et les contrats d'assurance demeure problématique.

En effet, les contrats d'assurance-vie se sont considérablement diversifiés. Comme le notent MM. Binon et Dubuisson, « conçue à l'origine comme une opération à long terme visant à compenser la perte de revenus subie lors de l'arrivée de l'âge de la retraite ou à protéger les proches des conséquences pécuniaires d'un décès prématuré, (l'assurance) a doublé, depuis quelques années, sa gamme de produits traditionnels d'une variété de produits nouveaux, caractérisés par des engagements plus courts, plus souples et plus liquides, résolument axés sur la rentabilité »⁷⁷⁶. Ainsi, à côté des formes « classiques », qui sont des contrats de prévoyance, dans la mesure où ils permettent de se garantir contre les conséquences financières d'un décès prématuré ou au contraire d'une longue vie, se sont développés des contrats d'épargne, qui connaissent un succès considérable. Dans ces contrats, « l'assureur s'engage à verser à l'assuré, s'il est en vie au terme du contrat ou, s'il meurt avant, au bénéficiaire qu'il aura désigné, un capital qui, dans les deux cas, sera égal au montant des primes accumulées, majoré des produits financiers et diminué des frais de gestion »⁷⁷⁷.

Il convient de nous pencher en détail sur le caractère aléatoire des contrats d'assurance-vie classiques (A), afin de déterminer si les contrats d'assurance-vie « modernes » sont aléatoires ou commutatifs (B).

A Le caractère aléatoire des contrats d'assurance-vie classiques

365 En matière d'assurance-vie⁷⁷⁸, le souscripteur s'expose au risque de payer une ou des primes en pure perte, si l'événement incertain contre lequel il s'assure ne se réalise pas ; par ailleurs, l'assureur court le risque de voir le souscripteur libéré de ses obligations par l'exécution d'une prestation inférieure à celle censée constituer la contrepartie de sa propre obligation. Dans ces hypothèses, le risque de perte et l'espoir de gain corrélatifs sont caractérisés.

775. J. BIGOT, P. BAILLOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, *Traité de droit des assurances, Les assurances de personnes*, t. 4, dir. J. Bigot, L.G.D.J., 2007, p. 118 et s.

776. J.-M. BINON et B. DUBUISSON, « L'aléa dans les produits d'assurance vie. le point de vue belge », *Les nouveaux produits d'assurance vie, droit civil et droit fiscal*, Actes du colloque du 3 déc. 1999, Academia- Bruylant, 2000, p. 23.

777. M. GRIMALDI, « L'assurance-vie et le droit des successions », *Defrénois*, 2001. 37276.

778. Les développements qui suivent doivent beaucoup à l'article de J.-M. BINON et B. DUBUISSON, « L'aléa dans les produits d'assurance vie » cit., auquel il conviendra de se référer pour des développements plus complets.

En ce qui concerne les assurances en cas de décès, le souscripteur peut vivre au-delà de l'espérance de vie moyenne prévue par les statistiques à partir desquelles ont été calculées les prestations des parties. Dans cette hypothèse de longue vie, le souscripteur s'expose à des dépenses plus importantes que prévues, tandis que le niveau de garantie demeure inchangé. Cette perspective constitue pour lui un risque de perte, et un espoir de gain pour l'assureur. En revanche, si le souscripteur assuré décède prématurément en considération de son espérance de vie indiquée par les tables de mortalité prises en compte par l'assureur, alors ce dernier ne pourra pas compter sur l'intégralité des primes escomptées, tandis que le montant de son engagement contractuel demeurera inchangé. Cette opération engendre une chance de gain pour le souscripteur, qui garantit à ses proches le bénéfice des prestations fixées dans le contrat moyennant des décaissements moins importants que prévu.

Il convient à présent de détailler les différentes formules proposées par les assureurs, afin de déterminer lesquelles sont aléatoires :

1. L'assurance temporaire en cas de décès

366 Elle garantit le paiement d'un capital au bénéficiaire désigné si le décès de l'assuré survient avant une date déterminée. Si l'assuré est toujours vivant à l'échéance, l'assureur est délivré de toute obligation. Le souscripteur s'expose au risque de payer des primes en pure perte, ce qui correspond à une chance de gain pour l'assureur. A l'inverse, l'assureur s'expose au risque de prédécès du souscripteur par rapport à l'espérance de vie normale sur laquelle il avait misé pour le calcul du montant de la prime, tandis que le souscripteur peut gratifier ses proches (les tiers bénéficiaires) du montant de la garantie, moyennant un décaissement modeste en comparaison de celui que lui aurait fait supporter l'assureur s'il avait pu prévoir ce décès prématuré.

2. L'assurance décès vie entière

367 Il s'agit d'une assurance décès dans laquelle l'assureur est tenu de verser le capital fixé par le contrat au moment du décès du souscripteur, à quelque moment que ce soit.

Si le souscripteur s'acquitte chaque année, aussi longtemps qu'il est en vie, d'une prime correspondant au taux de probabilité de décès qu'il encourt, en fonction de son âge, pendant cette année, l'assurance décès vie entière s'apparente en réalité à une succession d'assurances temporaires en cas de décès. Chaque année, souscripteur

et assureur s'exposent à une chance de gain ou un risque de perte analogues à ceux qui caractérisent l'assurance temporaire décès. Si le souscripteur vit plus longtemps que ce que les statistiques prévoyaient, il s'expose à des décaissements plus longs que prévu, pour un niveau de garantie décès inchangé. Cela engendre un espoir de gain pour l'assureur. Si à l'inverse, le souscripteur vit moins longtemps que prévu, l'assureur s'expose au versement du capital garanti en contrepartie d'encaissements de primes moins importants que prévu. Certes, il est certain que les ayants-droits du souscripteur recueilleront le capital garanti, mais nul ne connaît à l'avance le total des primes qui auront dû être déboursées.

Si le souscripteur paie, à la conclusion du contrat, une prime unique calculée en fonction de son espérance de vie moyenne, qui le libère de tout paiement ultérieur, il s'expose, selon qu'il vive plus ou moins longtemps que ce qu'indiquaient les tables de référence de l'assureur, à une chance de gain ou de perte. Corrélativement, l'assureur encourt un risque de perte ou une chance de gain.

3. L'assurance de rente viagère

368 L'assureur garantit au souscripteur, moyennant paiement d'une prime unique appelée capital constitutif, le versement d'une rente périodique aussi longtemps que ce dernier est en vie.

S'il s'agit d'une assurance de rente viagère différée, prévoyant l'écoulement d'un certain délai entre le versement du capital constitutif et celui de la première rente, le souscripteur s'expose d'abord au risque de décéder dans l'intervalle. Ce risque constitue, corrélativement, une chance de gain pour l'assureur, lequel peut ainsi espérer être délié, en pareil cas, de toute obligation contractuelle tout en conservant le bénéfice du capital constitutif.

De plus, qu'il s'agisse d'une assurance de rente viagère immédiate ou différée, les prestations réciproques des parties sont calculées par rapport à une espérance de vie moyenne. Or, le souscripteur peut décéder prématurément, ou au contraire, vivre plus longtemps que cette espérance, de sorte que les parties courent chacune une chance de gain ou un risque de perte corrélatifs.

4. L'assurance de capital différé en cas de vie sans remboursement de primes (CDSR)

369 Dans ce type de contrat, la société d'assurance prend l'engagement de verser à l'assuré un capital déterminé s'il est encore en vie à une époque convenue. L'assureur diffère le versement d'un capital pendant plusieurs années. Les primes peuvent être périodiques, et sont en principe payables jusqu'au terme du différé, c'est-à-dire la date fixée pour le paiement du capital par la compagnie d'assurances.

Dans cette hypothèse, le décès prématuré de l'assuré libère la société d'assurance de tout engagement. La plupart des contrats sont stipulés avec contre-assurance, et permettent dans ce cas le remboursement des primes versées.

Selon MM. Binon et Dubuisson⁷⁷⁹, il existe bien un risque dans ce type de contrat puisque le souscripteur risque, en cas de décès prématuré, de ne pas toucher le capital correspondant à la ou les prime(s) qu'il aura versée(s). Il encourt donc un risque de perte, auquel correspond une chance de gain pour l'assureur, qui pourra être libéré de toute obligation contractuelle tout en conservant les primes encaissées. « Une telle opération procède d'une véritable spéculation du souscripteur sur ses propres chances de survie à l'échéance ».

370 Le caractère aléatoire des contrats que nous venons de décrire est aisé à identifier. En revanche, d'autres formules posent problème. En effet, les opérations proposées par les assureurs tendent de plus en plus vers l'épargne, et de moins en moins vers la garantie, de sorte que l'assurance-vie s'incarne dans des contrats où l'aléa, perçu comme un désavantage commercial, est minimisé au moyen de diverses techniques. Il convient d'étudier ces contrats, afin d'examiner s'ils sont aléatoires ou commutatifs (B).

B La difficile caractérisation des contrats d'assurance-vie « modernes »

371 Le caractère aléatoire est difficile à caractériser dans deux types de formules d'assurance-vie : les formules mixtes et l'assurance à terme fixe.

372 Les formules mixtes combinent une assurance de capital différé et une assurance temporaire de même durée⁷⁸⁰. Plusieurs formules sont possibles, en variant les

779. *ibid.*, point 36.

780. Sur cette question et pour les développements qui suivent, *cf.* C. JAUMAIN, « Faut-il

combinaisons :

- Les assurances mixtes 10/X, où le rapport décès/capital vie est égal à 10/X, c'est-à-dire que le capital vie est égal au capital décès. Dans l'assurance mixte 10/5, le capital décès est égal au double du capital vie, tandis que dans l'assurance mixte 10/20, le capital décès est égal à la moitié du capital vie.
- Les assurances de capital différé avec contre-assurance : cette dernière peut porter sur les primes, parfois majorées d'un pourcentage de revalorisation, de sorte que si l'assuré décède avec le terme du contrat, les primes déjà versées sont remboursées. Il s'agit donc d'une assurance mixte, où le capital décès est égal aux primes déjà versées, parfois majorées.
- Les assurances de capital différé avec contre-assurance de la réserve mathématique. La réserve mathématique étant la somme des primes versées, majorées de leurs intérêts calculés au taux garanti⁷⁸¹, il s'agit également d'une assurance mixte, dans laquelle le capital décès est égal à la somme des primes versées, majorées d'un pourcentage de revalorisation égal au taux d'intérêt de calcul des réserves mathématiques.

Il convient d'étudier ces formules plus en détail afin de déterminer si elles sont aléatoires.

1. L'assurance mixte « 10/X »

373 L'assureur s'engage à payer soit un capital donné au bénéficiaire désigné en cas de décès du souscripteur avant le terme fixé par le contrat, soit une fraction ou un multiple de ce capital décès au souscripteur si ce dernier est en vie à l'échéance. C'est la juxtaposition d'une assurance temporaire décès et d'une assurance de capital différé en cas de vie sans remboursement de primes (CDSR), de sorte que « le souscripteur et l'assureur s'exposent (...) aux aléas inhérents à ces deux types de couverture »⁷⁸².

Ainsi, si le souscripteur assuré est en vie au terme du contrat, il aura payé les primes de l'assurance décès en pure perte, tandis que l'assureur en aura tiré un gain. Si le souscripteur assuré décède en cours de contrat, il aura payé les primes de l'assurance sur la vie en pure perte, au bénéfice de l'assureur. De plus, comme dans toute assurance de capital différé en cas de vie, la mort prématurée de l'assuré au regard de l'espérance de vie prise en compte pour le calcul des engagements

disqualifier l'assurance vie? l'assurance vie doit-elle conserver ses privilèges tels que sa durée et l'intensité du risque? », *Les nouveaux produits d'assurance vie, droit civil et droit fiscal*, Academia-Bruylant, 2000, p. 121.

781. *ibid.*, p. 124.

782. J.-M. BINON et B. DUBUISSON, « L'aléa dans les produits d'assurance vie » cit., p. 45.

réci-proques causera une perte à l'assureur et un gain pour le souscripteur, plus concrètement pour ses bénéficiaires.

Selon MM. Binon et Dubuisson, dans toutes les hypothèses, il y a bien un gagnant et un perdant, de sorte qu'il s'agit d'un contrat aléatoire. Nous ne souscrivons pas à cette analyse : en effet, dans le cas de l'assurance mixte 10/X, le capital décès est égal au capital vie, de sorte que les effets du contrats ne dépendent pas de la survenance de l'événement aléatoire (vie ou mort de l'assuré). Le seul aléa qui demeure est relatif à la date d'exécution de l'assureur, puisqu'il doit s'exécuter soit au moment du décès de l'assuré, soit au terme du contrat si celui-ci est encore en vie. Or, la thèse qui consiste à considérer l'aléa viager comme suffisant pour caractériser le caractère aléatoire de l'opération, ne peut être retenue. En effet, les contrats dont l'exécution dépend d'un événement incertain peuvent être aussi bien des contrats aléatoires que des contrats commutatifs assortis d'une condition⁷⁸³. Par exemple, l'achat d'une concession dans un cimetière, contrat dans lequel le décès d'une personne constitue un terme suspensif, permettant de déclencher l'exécution du contrat, n'est pas un contrat aléatoire, puisqu'aucune des parties ne court une chance de gain ou un risque de perte corrélatifs. Ainsi, il nous semble que les contrats mixtes 10/X, c'est-à-dire ceux dans lesquels la même somme sera versée au souscripteur ou aux bénéficiaires, sont des contrats de capitalisation et non des contrats d'assurance.

2. L'assurance de capital différé en cas de vie avec remboursement des primes (CDAR et CDARM)

374 L'assurance de capital différé en cas de vie avec remboursement des primes (CDAR) est une assurance de capital différé assortie d'une contre-assurance, en vertu de laquelle les primes versées sont remboursées au bénéficiaire si l'assuré décède en cours de contrat. L'assureur conserve le résultat de la capitalisation financière des primes. Cette formule a ensuite évolué, les assureurs proposant d'augmenter la garantie afférente à la contre-assurance en majorant le montant des primes remboursées d'un coefficient de revalorisation⁷⁸⁴.

MM. Binon et Dubuisson distinguent les hypothèses selon lesquelles la souscription de la contre-assurance décès donne lieu ou non à la perception d'un supplément de prime. Si la contre-assurance est souscrite à titre onéreux, alors le caractère aléatoire ne fait pas de doute ; en revanche, si elle est accordée à titre gratuit, alors l'assurance temporaire décès n'est pas en elle-même aléatoire ; néanmoins, l'opération considérée

783. V. HEUZÉ, « Un monstre et son régime... » cit., p. 204.

784. C'est l'assurance de capital différé avec remboursement majoré, dite CDARM.

dans son ensemble le demeure, dès lors que les prestations de l'assureur en cas de vie ou en cas de mort n'ont pas le même montant ⁷⁸⁵.

375 La distinction proposée par ces auteurs reposant sur le paiement d'une prime décès est peu convaincante. En effet, l'assurance ne peut pas être gratuite, puisque le contrat ne serait alors pas aléatoire. Ainsi, en pratique, l'assureur impose toujours le paiement d'une telle prime ; même si le souscripteur paie une prime unique, son montant est la somme du prix de souscription des deux garanties combinées.

En revanche, il est exact de considérer que l'opération demeure aléatoire à certaines conditions. En effet, la combinaison de l'assurance et de la contre-assurance correspond, comme dans l'hypothèse précédente, à la combinaison d'une assurance de capital différé et d'une assurance temporaire décès. Or cette dernière coûte relativement peu ⁷⁸⁶. De plus, si le montant du capital que l'assureur s'engage à verser diffère selon qu'il s'agit du capital vie ou du capital décès, alors l'opération engendrera bien en définitive un gagnant et un perdant.

En effet, dans l'hypothèse où le capital décès est inférieur à la réserve mathématique du contrat ⁷⁸⁷, l'assureur retirera un gain du décès prématuré du souscripteur assuré, puisqu'il sera libéré de toute obligation moyennant le paiement d'un montant inférieur à la valeur de son engagement contractuel lié à la prime d'épargne, puisque cette valeur est représentée par la réserve mathématique du contrat.

En revanche, si le capital décès est supérieur à la réserve mathématique du contrat ⁷⁸⁸, le décès prématuré du souscripteur assuré expose l'assureur au risque de devoir s'acquitter d'un montant supérieur à la valeur de la réserve mathématique du contrat. « La perspective de décès prématuré du souscripteur menace donc, en pareille hypothèse, de bouleverser, au détriment de l'assureur et au profit du souscripteur, l'équivalence théorique sur la base de laquelle l'assureur a établi son tarif. » ⁷⁸⁹

En conclusion, les contrats CDAR qui prévoient, en cas de décès prématuré du souscripteur, le remboursement des primes payées par celui-ci, le cas échéant majorées d'un coefficient de revalorisation inférieur ou supérieur au taux d'intérêt ou de rendement garanti par le contrat, sont des conventions aléatoires. En revanche, si le contrat prévoit le remboursement des primes affectées par un coefficient de revalorisation égal au taux d'intérêt ou de rendement garanti par le contrat, le

785. J.-M. BINON et B. DUBUISSON, « L'aléa dans les produits d'assurance vie » cit., p. 50.

786. C. JAUMAIN, « Faut-il disqualifier l'assurance vie? » cit., p. 123.

787. Ce qui est le cas si le capital décès est égal au montant des primes versées, et si le taux de revalorisation appliqué aux primes remboursées est inférieur au taux d'intérêt ou de rendement garanti par le contrat.

788. C'est l'hypothèse où la garantie décès porte sur le remboursement de la prime, majorée d'un coefficient de revalorisation supérieur au taux d'intérêt ou de rendement garanti dans le contrat.

789. J.-M. BINON et B. DUBUISSON, « L'aléa dans les produits d'assurance vie » cit..

caractère aléatoire pose problème : c'est l'hypothèse des assurances de capital différé en cas de vie avec remboursement de la réserve mathématique.

3. L'assurance de capital différé en cas de vie avec remboursement de la réserve mathématique (CDARR)

376 Il s'agit d'une assurance CDARR, dont la contre-assurance en cas de décès prévoit le remboursement au bénéficiaire désigné ou aux héritiers du souscripteur, de la réserve mathématique du contrat.

Ici encore, MM. Binon et Dubuisson opèrent une distinction, selon que l'assurance décès a donné lieu au paiement d'une prime ou non⁷⁹⁰. Ainsi, comme pour les CDAR et les CDARM, il y a bien aléa si la contre-assurance décès donne lieu au paiement d'une prime de risque, même si elle fait corps avec la prime d'épargne sous le couvert de la prime unique liquidée à la conclusion du contrat. En effet, selon la date de décès du souscripteur assuré, ce dernier aura payé la prime de risque ou la prime d'épargne en pure perte.

En revanche, si la garantie décès portant sur le remboursement de la réserve mathématique n'engendre aucun supplément de prime pour le souscripteur, le caractère aléatoire du contrat leur semble difficilement défendable. En effet, si le souscripteur survit au terme du contrat, il percevra de l'assureur, à ce moment, le montant du capital différé initialement fixé dans ce contrat, ce capital étant la contrepartie de la prime d'épargne qu'il a versée. S'il décède au cours du contrat, le bénéficiaire désigné ou les héritiers du souscripteur, selon le cas, se verront attribuer, par l'effet de la garantie décès, la valeur acquise, au moment du décès, par la réserve mathématique du contrat, soit ni plus ni moins que la valeur représentative, à ce moment, de l'engagement de l'assureur à l'égard du souscripteur en contrepartie de la prime d'épargne versée par ce dernier. Ni le souscripteur ni l'assureur n'assument donc le moindre risque de perte ni ne peuvent espérer la moindre chance de gain. Le souscripteur sait, quelles que soient les circonstances du dénouement du contrat, que lui ou ses proches récupéreront la mise engagée, augmentée des intérêts. L'assureur sait aussi que, en tout état de cause, il sera tenu de verser la valeur de la réserve en cours, et ni plus ni moins que cette valeur.

Ils concluent : « l'assurance de capital différé en cas de vie, assortie d'une contre-assurance gratuite de la réserve mathématique en cas de décès, ne nous paraît pas remplir la condition aléatoire nécessaire à la qualification d'assurance-vie. L'assureur n'a d'ailleurs aucun intérêt de recourir à des tables de mortalité pour ce type de

790. *ibid.*, p. 51 et s..

contrats, dès lors que celui-ci est, en tout état de cause, certain que, quel que soit le moment du dénouement du contrat, il sera tenu de verser le montant de la réserve en cours, et ni plus ni moins que ce montant. De tels contrats s'apparentent à des contrats de capitalisation. »

377 Nous ne souscrivons pas à la distinction portant sur le paiement d'une prime d'assurance-décès. En effet, dans toutes les hypothèses, l'assureur s'engage à verser la réserve mathématique du contrat, de sorte que, quel que soit le contenu de la prime, le montant de la prestation promise est fixé lors de la formation du contrat, et ne dépend pas de la survenance de l'évènement aléatoire (vie ou décès du souscripteur assuré). La seule incertitude de cette opération réside dans la date de versement de la prestation de l'assureur, qui intervient soit au moment du décès de l'assuré, soit au terme du contrat⁷⁹¹. Or, nous avons vu, lors de l'étude des contrats d'assurance mixte 10/X, que l'aléa viager était insuffisant pour reconnaître le caractère aléatoire d'un contrat. Par conséquent, le contrat CDARR n'est pas aléatoire ; il s'agit d'un contrat de capitalisation.

4. L'assurance vie/décès à terme fixe

378 Cette opération consiste pour l'assureur à payer le capital au terme, que l'assuré soit vivant ou non⁷⁹². Or, cette assurance ne comporte aucun aléa si le souscripteur s'est acquitté d'une prime unique à la conclusion du contrat. Selon MM. Binon et Dubuisson, cette « assurance » n'est rien d'autre que la juxtaposition de deux garanties distinctes : une garantie de capital différé en cas de vie et une garantie temporaire en cas de décès un peu particulière (le capital décès ne sera pas payé au moment du décès mais à l'échéance prévue pour la garantie en cas de vie).

Néanmoins, même si on analyse l'assurance mixte comme la juxtaposition de deux assurances, on ne peut ignorer le résultat économique de l'opération prise en son ensemble. Or l'aléa est absent dans cette opération. En effet, si le souscripteur assuré est vivant au terme du contrat, il percevra la prestation représentant la contrepartie de la prime d'épargne acquittée à la conclusion du contrat. S'il est décédé au cours du contrat, alors l'assureur liquidera la contrepartie liée à la garantie décès entre les mains du bénéficiaire ou des héritiers du souscripteur. En aucun cas, les parties courent une chance de gain ou un risque de perte corrélatifs, puisque dans tous les

791. En ce sens, bien qu'il retienne le caractère aléatoire de l'opération, C. JAUMAIN, « Faut-il disqualifier l'assurance vie? » cit., pp. 126 et 127.

792. *ibid.*, p. 127.

cas, l'assureur sera tenu de verser le montant promis au terme fixé. Il s'agit donc d'un contrat d'épargne.

379 En conclusion, nous pouvons remarquer que, malgré quelques dispositions communes dont le champ est restreint, deux types de contrats dits « d'assurance-vie » sont en réalité des contrats de capitalisation : il s'agit des contrats d'assurance de capital différé en cas de vie avec remboursement de la réserve mathématique (CDARR), et des contrats vie/décès à terme fixe. Néanmoins, la Cour de cassation a pris le parti d'une qualification uniforme pour tous les contrats prétendument d'assurance-vie, faisant ainsi évoluer le rôle de l'aléa dans les critères de qualification du contrat d'assurance (2).

Section 2

L'évolution du rôle de l'aléa dans la qualification du contrat d'assurance

380 La Cour de cassation, interrogée sur la nature de formules d'assurance-vie modernes⁷⁹³, s'est prononcée en faveur de la qualification de contrat d'assurance malgré le caractère commutatif de ces contrats, bouleversant ainsi le critère essentiel de qualification de l'assurance. La Haute Cour a forcé les catégories, en adoptant une définition originale du caractère aléatoire d'un contrat (§1).

Nous avons déjà démontré que nous ne souscrivons pas à la définition de l'aléa telle qu'elle a été en l'espèce adoptée par la Cour de cassation⁷⁹⁴. Il nous semble néanmoins que cette définition ne doit pas être nécessairement rejetée, dès lors qu'on restreint les termes du débat suscité par la qualification des contrats d'assurance-vie modernes (§2).

793. Ch. mixte, 23 nov. 2004, préc. cit.

794. *cf.* chapitre premier, titre I, première partie.

§1 La qualification forcée des contrats de capitalisation en contrats d'assurance

381 La distinction entre les contrats de capitalisation et les contrats d'assurance-vie a suscité un débat qui a marqué les années 1990⁷⁹⁵, et auquel la Cour de cassation a mis fin par les arrêts rendus en chambre mixte le 23 novembre 2004. Nous étudierons d'abord la nature des opérations en cause dans ces espèces (A), avant de présenter la solution adoptée par la Cour de cassation (B).

A Etude de la nature des opérations en cause dans les arrêts rendus par la chambre mixte de la Cour de cassation le 23 novembre 2004

382 L'analyse de ces contrats est fondée sur le rapport du conseiller-rapporteur, Mme Crédeville⁷⁹⁶.

383 Dans la première affaire (pourvoi n° 01-13.592), les contrats en cause n'ont pas été produits. D'après les qualifications retenues par les juges du fond et les mémoires ampliatif et en défense, il s'agissait de deux contrats d'assurance sur la vie. Le capital était équivalent au montant investi augmenté des produits de capitalisation et diminué des frais de gestion. Malgré le manque de précisions, en particulier sur la date d'exécution de l'obligation de l'assureur, ces contrats semblent être des contrats à terme fixe, dont le caractère aléatoire fait défaut.

384 Dans la deuxième affaire (pourvoi n° 02-11.352), le litige portait sur quatre contrats. Le premier et le quatrième étaient des contrats d'assurance mixtes « ordinaires » (*dixit* le conseiller-rapporteur), couplant une assurance à capital différé et une assurance temporaire décès. Néanmoins, le même capital devait être versé par l'assureur, qu'il s'agisse du capital vie ou du capital décès. Nous sommes dans le cas d'une assurance mixte 10/X, dont nous avons vu que le caractère aléatoire faisait défaut.

Les deuxième et troisième contrats étaient intitulés « contrat d'assurance décès vie-

795. La controverse a été ouverte par M. GRIMALDI, « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », *Defrénois*, 1994.35841.

796. https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/credeville_conseiller_536.html

entière » ; néanmoins, le capital que l'assureur s'était engagé à verser était constitué des versements effectués augmentés des intérêts et de la participation aux bénéfices. Il s'agissaient donc de contrats d'épargne, que l'assureur devait faire fructifier en capitalisant les primes versées.

385 Dans la troisième affaire (pourvoi n° 02-17.507), trois contrats d'assurance-vie mixtes étaient examinés. Le troisième n'a pas été produit, et les informations recueillies par le conseiller-rapporteur sont insuffisantes pour déterminer s'il s'agit d'un contrat aléatoire ou commutatif. En revanche, il semble que les deux premiers contrats étaient, comme dans les hypothèses précédentes, des contrats dans lesquels le capital décès était du même montant que le capital vie, puisque dans les deux cas (vie ou décès de l'assuré), le capital acquis était égal à la prime unique majorée des participations successives aux bénéfices techniques et financiers. Ces contrats étant des contrats mixtes de type 10/X, ils sont commutatifs.

386 Dans la quatrième affaire (pourvoi n° 03-13.673), un seul contrat était en cause, identique aux autres hypothèses de contrats mixtes précédemment décrits. Là encore, il s'agissait donc d'un contrat commutatif.

387 Les contrats en cause étaient donc des contrats d'épargne, bien plus proches dans leur fonctionnement et leurs caractéristiques des contrats de capitalisation que des contrats d'assurance. Néanmoins, la Cour de cassation a refusé leur requalification en contrat de capitalisation (B).

B Solution choisie par la Cour de cassation

388 La Cour de cassation a refusé de requalifier des « contrats d'assurance » en contrats de capitalisation, bien que ces derniers fussent commutatifs.

La solution s'explique par des considérations économiques qui n'ont que peu de lien avec la nature des contrats envisagés. La note communiquée par le ministère de l'économie et des finances⁷⁹⁷ à cette occasion est édifiante : « Une requalification des contrats d'assurance-vie mixte serait susceptible d'affecter, non seulement le flux de cotisations de l'assurance-vie, mais également l'ensemble des contrats en cours d'exécution qui pourraient, à raison de la modification de leur régime successoral et, le cas échéant, fiscal, faire l'objet de rachats de la part des assurés. Elle pourrait également affecter le fonctionnement même des contrats d'assurance-vie actuellement

797. Note en date du 6 juillet 2004, citée par le premier avocat général.

souscrits en soumettant les engagements des entreprises au règlement des successions et remettre en cause l'exécution des anciens contrats en rouvrant les dossiers de succession. Une vague de rachats de leurs contrats par les assurés aurait probablement des effets de nature systémique, puisque la mise sur le marché de grandes quantités d'actifs (obligations, actions), aujourd'hui détenus par les entreprises d'assurance, orienterait les cours à la baisse, au risque de déclencher une spirale baissière et d'affecter en retour le secteur qui serait contraint de provisionner ce nouveau risque financier ». Au regard d'arguments aussi effrayants, à défaut d'être juridiquement pertinents, la Cour de cassation n'avait que peu de choix quant à l'issue du litige. Seule la motivation demeurait inconnue.

La Haute Cour a fait le choix de défendre le caractère aléatoire de ces contrats, en énonçant : « Le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un aléa au sens des articles 1964 du code civil, L.310-1, 1. et R321-1, 20 du code des assurances et constitue un contrat d'assurance sur la vie. » Implicitement, elle a énoncé une identité entre les contrats de capitalisation et les contrats d'assurance en reconnaissant aux premiers un caractère aléatoire. La solution a été largement commentée, et nous ne reviendrons pas sur son manque de pertinence, puisqu'elle dépouille les contrats aléatoires de leur spécificité sans égard pour la différence de régime affectant ces derniers⁷⁹⁸.

389 Néanmoins, puisque l'identité des contrats de capitalisation et des contrats d'assurance relève désormais du droit positif, il est pertinent de s'interroger sur l'étendue de cette identification. Sur ce point, M. Ghestin fait remarquer à juste titre que la chambre mixte n'opère aucune distinction entre les opérations envisagées⁷⁹⁹. La généralité de la solution rendue démontre le souci d'englober dans une seule et même qualification l'ensemble des contrats modernes qui constituent désormais l'assurance-vie. Néanmoins, cette identification globale n'a de sens que si l'on restreint par ailleurs les termes du débat (§2).

§2 Restriction des termes du débat

390 L'enjeu de la qualification des contrats d'assurance-vie modernes doit être restreint à la véritable portée des arrêts de 2004 : en effet, l'essentiel du régime applicable aux contrats d'assurance-vie est inadapté aux contrats commutatifs (A).

798. En ce sens, V. HEUZÉ, « Un monstre et son régime... » cit., p. 205.

799. J. GHESTIN, « La cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », *JCP G*, 2005, doctr. 111, §7.

L'étude des espèces en cause en 2004 permet de restreindre la portée du débat à quelques dispositions relatives au droit patrimonial de la famille et au droit des créanciers (B).

A Impossibilité d'appliquer l'essentiel du régime du contrat d'assurance aux contrats de capitalisation

391 La controverse relative à la qualification des contrats d'assurance-vie « modernes » s'est concentrée autour de la question de savoir si ces contrats étaient bien des contrats d'assurance ou non, et plus précisément s'ils étaient aléatoires ou commutatifs. Certains auteurs ont refusé catégoriquement la reconnaissance de leur caractère aléatoire⁸⁰⁰, tandis que d'autres l'ont admis⁸⁰¹. On l'a vu, la motivation de la Cour de cassation elle-même est centrée sur la question du lien entre les contrats, leur caractère aléatoire et la qualification de contrat d'assurance qui en découle. Pour autant, la chambre mixte ne prend la peine à aucun moment de détailler le fonctionnement des contrats en cause, bien que l'identification de leur caractère aléatoire ou commutatif eût mérité quelques précisions. De plus, certains contrats n'ont pas été produits devant la Cour de cassation, ce qui a empêché toute analyse objective de leur fonctionnement, voire même la mise à l'écart de cette étape lorsque les éléments rapportés étaient insuffisants⁸⁰².

392 Si le débat est vif quant à la détermination du caractère aléatoire de ces contrats, il est en revanche inexistant lorsqu'il s'agit de défendre l'application d'un certain nombre de dispositions spécifiques aux contrats d'assurance-vie. En effet, à aucun moment la question n'a été posée de savoir si les dispositions relatives au risque étaient applicables à ces contrats, et aucun auteur n'a soutenu leur applicabilité.

800. Voir par exemple, en réaction aux arrêts de 2004, l'observation de M. Bénabent dans la *RDC* 2005.2.297 ou encore la note de M. Beignier (*D.* 2005, p. 1905).

801. J. KULLMANN, « Contrats d'assurance sur la vie: la chance de gain ou de perte », *D.*, 1996. M. Ghestin soutient une position originale selon laquelle le contrat d'assurance n'est pas un contrat aléatoire comme les autres, son caractère aléatoire découlant de l'aléa viager et reposant sur les termes de l'ancien article 1964 du code civil (J. GHESTIN, « La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation » cit.).

802. C'est le cas pour la troisième affaire, pourvoi n° 02-17.507, dans laquelle le contenu d'un des contrats sur trois demeure inconnu. Ainsi, dans son rapport, Mme Crédeville écrit : « Ce contrat n'a semble-t-il pas été produit, mais il ressort de la décision de la cour d'appel de Douai du 25 mars 2002 que ce contrat est un contrat d'assurance-vie mixte ordinaire conclu pour 8 ans couplant une assurance temporaire décès et une assurance-vie capital différé. » Elle cite par la suite les termes de la décision des juges du fond, qui ne précisent à aucun moment les modalités de calcul du capital vie et du capital décès, éléments pourtant essentiels pour la détermination du caractère aléatoire du contrat.

Aucun partisan de la qualification de contrat d'assurance ne défend la nécessaire application de toutes les dispositions relatives à l'évaluation du risque⁸⁰³, de même que celles spécifiques à l'assurance en cas décès, dont l'objectif est de lutter contre le *voluntum mortis*⁸⁰⁴, qui pourtant devrait logiquement en découler.

En réalité, nul ne conteste que la majeure partie des dispositions du code des assurances est dépourvue de pertinence pour les contrats d'assurance-vie « modernes », puisque l'obligation de l'assureur consiste en le versement d'un capital dont le montant est le résultat de la capitalisation des primes versées, augmentée des intérêts. L'espérance de vie de l'assuré n'a donc aucun impact, ni sur le calcul du montant des primes, ni sur celui du capital promis⁸⁰⁵. Or, en dehors des quelques dispositions spécifiques communes aux contrats de capitalisation et aux contrats d'assurance-vie, l'essentiel du régime de ces derniers est intégralement déterminé par leur caractère aléatoire, au sens de l'ancien article 1104 du code civil⁸⁰⁶.

393 La question de la qualification des contrats d'assurance-vie modernes comme contrats d'assurance doit donc être restreinte à celle de l'applicabilité des dispositions en cause dans les arrêts de 2004 (B).

B Problème de l'applicabilité des dispositions spécifiques en droit patrimonial de la famille et droit des créanciers aux contrats d'assurance-vie modernes

394 Dans les espèces examinées par la Cour de cassation en 2004, l'enjeu du débat suscité par la qualification de ces contrats portait exclusivement sur l'application des

803. C'est le cas des articles L. 113-8, L. 113-9 du code des assurances, qui portent sur la déclaration de l'assuré, ainsi que de l'article L. 132-26 du même code qui énonce que l'erreur sur l'âge de l'assuré entraîne des sanctions.

804. Art. L. 132-2 et L. 132-4 c. ass. portant sur l'exigence du consentement écrit de l'assuré ; art. L. 132-7 c. ass. qui déclare de nul effet l'assurance en de suicide de l'assuré dans l'année qui suit la conclusion du contrat ; art. L. 132-3 c. ass. en vertu duquel le contrat souscrit sur la tête d'un mineur de 12 ans ou d'un majeur en tutelle ou interné dans un établissement psychiatrique d'hospitalisation est nul.

805. En ce sens, M. GRIMALDI, « L'assurance-vie et le droit des successions » cit., §13.

806. En ce sens, V. HEUZÉ, « Un monstre et son régime... » cit., p. 209 : « En effet, chacune des règles spécifiquement relatives à ce contrat ne se comprend, et ne peut réellement être appliquée, que si l'accord engendre pour l'assureur aussi bien que le souscripteur une chance réciproque de réaliser un gain, lequel constitue précisément le moyen par lequel ce souscripteur obtient, à proprement parler, une *garantie* contre le risque qu'il envisage : en cas de survenance de lui-ci, il disposera, pour y faire face, de ressources financières supérieures à celles qu'eût permis de dégager sa seule épargne. (...) Quant à l'assureur, il n'offre cette garantie, dont l'exécution se traduira pour lui par une perte, que parce qu'il mutualise le risque, et peut donc faire profiter la mutualité qu'il organise des gains réalisés sur les contrats à l'échéance desquels il n'aura au contraire rien à payer. »

seules dispositions dérogatoires du droit commun que nous avons évoquées ci-dessus, et qui concernent des règles spécifiques dans des domaines précis, que sont le droit patrimonial de la famille et les droits des créanciers.

Ainsi, dans la première et la troisième espèce (pourvois n° 01-13.592, et pourvoi n° 02-17.507), l'enjeu portait sur l'applicabilité des dispositions du code des assurances en matière successorale, en vertu desquelles le capital ou la rente stipulés ne font pas partie de la succession, et par là-même, ne sont ni rapportables, ni réductibles.

Dans la deuxième espèce (pourvoi n° 02-11.352), l'enjeu était également successoral et portait sur l'appréciation du caractère manifestement exagéré des primes eu égard aux facultés du souscripteur, ce qui, lorsque c'est le cas, permet de leur appliquer les règles du rapport et de la réduction⁸⁰⁷.

Enfin, dans la quatrième espèce (pourvoi n° 03-13673), l'enjeu portait sur l'application de l'article L. 132-14 du code des assurances, relatif à l'insaisissabilité des contrats d'assurance-vie, alors que le souscripteur avait été mis en redressement judiciaire.

395 L'examen des arrêts de 2004 permet d'affirmer que l'enjeu de la qualification des contrats d'assurance-vie modernes doit être restreint à la question de l'application de certaines dispositions dérogatoires au droit commun. Ainsi, malgré la motivation générale de la Cour de cassation, la qualification générique de « contrat d'assurance » n'est pas appropriée. Par conséquent, il faut admettre que ces contrats ont une qualification variable selon le domaine des règles envisagées. Cette démarche implique d'identifier les critères spécifiques qui président à leur qualification comme contrats d'assurance en droit fiscal et en droit patrimonial de la famille.

Conclusion

396 Les assureurs ont la possibilité de proposer à leurs clients la souscription de contrats de capitalisation, qui permettent de se constituer une épargne. Seules quelques dispositions énoncées dans le code des assurances sont communes à ces contrats et aux contrats d'assurances. L'essentiel du régime applicable aux contrats d'assurance-vie étant dépendant du caractère aléatoire de l'opération, la distinction entre les deux types de contrat ne pose pas de problème particulier et repose sur la reconnaissance de leur caractère aléatoire ou commutatif.

Néanmoins, les assureurs proposent désormais des formules fort complexes, dans

807. Art. L. 132-13 c. ass.

lesquelles l'aléa est si discret que l'on peut légitimement douter du caractère aléatoire du contrat. C'est le cas dans les contrats mixtes 10/X, l'assurance de capital différé en cas de vie avec remboursement de la réserve mathématique (CDARR), et l'assurance vie/décès à terme fixe, qui sont des opérations où les parties ne courent aucune chance de gain corrélée à un risque de perte. Il s'agit de contrats commutatifs d'épargne, qui entrent dans la catégorie des contrats de capitalisation.

Cependant, la Cour de cassation, par quatre arrêts rendus en 2004, a qualifié de contrats d'assurance des opérations de cette nature, estimant qu'elles étaient aléatoires, car leurs effets dépendaient de la durée de vie humaine. La solution est critiquable, car elle s'appuie sur une définition de l'aléa qui ne permet pas de défendre le caractère aléatoire du contrat. L'essentiel du régime applicable aux contrats d'assurance-vie étant justifié par leur caractère aléatoire, il est impossible d'associer les contrats d'assurance-vie modernes, qui sont des contrats commutatifs, à la catégorie des contrats d'assurance.

Il nous semble néanmoins que la portée des arrêts de 2004 doit être restreinte aux situations en cause, qui concernaient le problème de l'application de quelques dispositions dérogatoires du droit commun prévues dans le code des assurances et qui relèvent du droit patrimonial de la famille et du droit des créanciers. Si l'on admet que les contrats d'assurance-vie modernes, qui sont des contrats de capitalisation, peuvent revêtir une qualification d'opportunité dans certains domaines, cela signifie qu'il faudrait admettre des qualifications variables selon le domaine juridique envisagé. Nous étudierons cette possibilité dans le chapitre suivant.

Chapitre 2

La qualification fonctionnelle des contrats d'assurance-vie modernes

397 La confusion entre les contrats de capitalisation et les contrats d'assurance-vie entraîne nombre d'interrogations sur la détermination du régime applicable à ces opérations. En effet, les contrats d'assurance-vie modernes, qui ne sont autres que des contrats de capitalisation, sont dépourvus de caractère aléatoire, de sorte que l'essentiel du régime prévu par le code des assurances leur est logiquement inapplicable, et qu'il est conceptuellement impossible de les faire entrer dans la catégorie des contrats d'assurance.

La Cour de cassation en a décidé autrement en 2004, estimant que ces contrats étaient bien aléatoires, et s'appuyant, pour défendre sa position, sur une définition hautement critiquable de l'aléa. En réalité, ce choix de qualification est justifié par le souci d'éviter que ne soit prononcée la nullité de ces contrats, alors qu'ils constituent désormais l'essentiel des formules proposées par les assureurs sous la forme apparente d'assurance sur la vie.

398 Les conséquences juridiques de cette solution sont limitées à la question de l'extension du régime légal favorable réservé aux contrats d'assurance-vie classiques aux contrats d'assurance-vie modernes. Ce régime concerne les dispositions fiscales, successorales et civiles dérogatoires énoncées aux articles L. 132-12 à L. 132-16 du code des assurances, ainsi qu'aux articles 757 B et 990-I-I du code général des impôts⁸⁰⁸, dont le champ d'application est désormais modifié.

En effet, le régime fiscal et patrimonial favorable des contrats d'assurance-vie est le fruit de choix politiques, de sorte que son application à des contrats conceptuellement distincts est fonctionnellement envisageable (1). La définition du nouveau champ

808. Le contenu des ces dispositions a été précisé dans le chapitre précédent.

d'application de ces dispositions entraîne une nécessaire identification des critères fonctionnels de qualification désormais mis en œuvre (2).

Section 1

Le champ d'application fonctionnel des dispositions dérogatoires

399 Le champ d'application des dispositions dérogatoires est fonction des choix politiques qui les ont motivées. Nous verrons quels choix politiques ont déterminé l'extension de ces dispositions aux contrats de capitalisation en matière fiscale (§1), puis en droit patrimonial de la famille (§2).

§1 Les choix politiques justifiant le régime dérogatoire en droit fiscal

400 Selon une certaine doctrine, le droit fiscal constitue une branche autonome du droit, et s'appuie sur des catégories différentes de celles du droit civil. Une même situation est donc susceptible de recevoir des qualifications différentes selon la branche du droit considérée⁸⁰⁹. Selon la majorité des auteurs, cette controverse est désormais dépassée, bien que l'autonomie du droit fiscal continue d'être régulièrement invoquée. Elle est désormais réduite à une discussion touchant aux qualifications juridiques mises en œuvre lors de l'application de l'impôt⁸¹⁰.

809. La controverse relative à l'autonomie du droit fiscal est née à la fin des années 1920, lorsque le doyen Trotabas a défendu l'idée selon laquelle le droit fiscal possède une indépendance qui lui permet de s'affranchir des règles du droit civil, tandis que le doyen Gény s'opposait à cette analyse, en ne reconnaissant au droit fiscal qu'un certain particularisme (voir, sur cette question, notamment M. COZIAN, « La définition fiscale du commerçant », *Aspects actuels du droit commercial français, études dédiées à René Roblot*, L.G.D.J., 1984; M. COZIAN, « Propos désobligeants sur une « tarte à la crème » : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal », *Dr. fisc.*, 1999, n° 13, p. 530; B. CASTAGNÈDE, « Nature et caractères du droit fiscal », *Dr. fisc.*, 2007, suppl. n° 25, 623; V. VINDARD, *La qualification en droit fiscal*, sous la dir. de Y. Sérandour, th. Université de Rennes 1, 2014, §68 et s. V. également, pour l'anecdote amusante, la lettre reproduite par M. COZIAN, « Propos désobligeants sur une « tarte à la crème » » cit., dans laquelle le doyen Trotabas avoue avoir « inventé » le principe de l'autonomie du droit fiscal afin de défendre des dossiers alors qu'il était collaborateur d'un avocat aux conseils.

810. B. CASTAGNÈDE, « Nature et caractères du droit fiscal » cit., p. 25.

Cette question est justifiée par le fait que le droit fiscal répond à un objectif financier spécifique, celui du recouvrement de l'impôt. C'est pourquoi il est envisageable d'écarter les qualifications du droit privé si ces dernières sont susceptibles d'entraver cet objectif. En effet, l'objectif financier spécifique poursuivi par le législateur fiscal autorise certains aménagements par rapport aux « fonds commun » de catégories et notions fondamentales offertes par le droit commun : « La poursuite efficace de (cet) objectif peut conduire le législateur fiscal soit à attribuer un sens particulier à une notion autrement comprise en droit commun, soit à créer des notions ou catégories qui vont être propres au droit fiscal »⁸¹¹. C'est pour ces cas spécifiques qu'est invoqué le corollaire de l'autonomie du droit fiscal, le principe de réalisme, qui consisterait en l'appréhension de la matière imposable en tant que pur fait sans considération pour l'étiquette juridique donnée par les parties⁸¹². En réalité, le principe de réalisme justifie qu'une qualification fiscale soit attribuée aux opérations non définies par le droit commun, ou considérées comme illégales, au nom de l'efficacité du recouvrement de l'impôt.

401 L'autonomie des qualifications en droit fiscal est donc justifiée par les choix politiques qui gouvernent le domaine. Les règles du droit fiscal ont comme fonction spécifique d'assurer le financement de l'Etat et des politiques publiques. Ainsi, le contenu des catégories varie selon qu'il s'agit de soumettre certaines situations au recouvrement de l'impôt, ou d'encourager certains comportements favorables à une politique économique.

Ainsi, dans le souci d'assurer l'efficacité de la puissance publique dans le domaine du recouvrement de l'impôt, le caractère rachetable des contrats d'assurance-vie entre en considération pour le calcul de l'assiette de l'impôt sur la fortune. L'article 885F du code général des impôts prévoit que les contrats d'assurance rachetables sont compris dans le patrimoine des redevables pour leur valeur de rachat au 1er janvier de l'année d'imposition, et n'opère pas de distinction suivant que les contrats examinés stipulent ou non une clause d'indisponibilité temporaire. En effet, la jurisprudence a estimé qu'une telle clause était indifférente pour la qualification car le droit au remboursement constitue une créance liquide et certaine⁸¹³. En revanche, pour les contrats non rachetables, seules les primes versées après l'âge de soixante-dix ans sont ajoutées au patrimoine de celui qui les a versées⁸¹⁴. On notera que si le législateur a opéré un renvoi à l'article L. 132-23 du code des assurances pour la définition des

811. *ibid.*.

812. V. VINDARD, *La qualification en droit fiscal* cit., §68.

813. Cass. com. 24 juin 1997, n° 95-19.577, Dr. fisc. 1997, n° 42, comm. 1091, cité par *ibid.*, §72.

814. F. DOUET, *Précis de droit fiscal de la famille* cit., §1844.

contrats rachetables, ce critère de distinction entre deux types d'assurance-vie n'a de sens qu'en droit fiscal, et se justifie par le seul souci d'élargir l'assiette taxable à l'ISF.

402 Le régime fiscal attractif dont bénéficient les contrats d'assurance-vie est justifié par le volonté de l'Etat de favoriser certains comportements afin de mener une politique économique. Ainsi, ce régime est justifié par le souci d'encourager la mutualisation des risques, expression d'une solidarité entre les assurés : « (ces règles exorbitantes) ont été conçues comme une incitation à des opérations socialement utiles pour l'ensemble de la collectivité mais dont le développement, en l'absence de cette incitation, serait contrarié par les réticences naturelles des souscripteurs, du fait du risque de pertes qu'elles comportent *inéluçtablement*. »⁸¹⁵

403 Désormais, le maintien de ce régime fiscal aux contrats d'assurance-vie modernes est le fruit d'une politique d'encouragement à l'épargne, qui a permis de drainer et de canaliser dans les assurances-vie toute une partie de l'épargne publique, et de financer ainsi l'Etat. Comme le note M. de Gouttes, « les provisions mathématiques, évaluées début 2004 à 800 milliards d'euros, sont investies, à hauteur de 72% de ce montant, en obligations, y compris les titres d'Etat, et à hauteur de 22% en actions et titres assimilés. L'assurance-vie représente ainsi le tiers des porteurs de titres de l'Etat, l'équivalent de 62% du volume total des marchés obligataires français et près de 10% de la capitalisation boursière de la place de Paris. »⁸¹⁶

Il faut donc s'accorder avec M. Blondeau, lorsqu'il écrit que c'est essentiellement pour des raisons fiscales que l'on range l'assurance-vie dans la catégorie des produits d'assurance⁸¹⁷, alors que de nombreux autres produits financiers lui sont substituables. La catégorie fiscale de contrat d'assurance ne présente pas les mêmes contours qu'en droit civil, et admet en son sein les contrats d'épargne.

404 Il en va de même pour certaines dispositions relevant du droit civil. En effet, le régime favorable dont bénéficient les contrats d'assurance-vie classiques est le fruit de choix politiques, dont la motivation justifie leur extension aux contrats d'assurance-vie modernes (§2).

815. V. HEUZÉ, « Un monstre et son régime... » cit., p. 212, selon qui l'encouragement à la solidarité constitue le socle de toutes les dispositions dérogatoires du droit commun applicables aux contrats d'assurance-vie. C'est l'auteur qui souligne.

816. Avis de M. de Gouttes, premier avocat général, relatif aux arrêts rendus par la chambre mixte de la Cour de cassation, le 23 nov. 2004, *préc. cit.*

817. J. BLONDEAU, « Entretien avec Jean-Hervé Lorenzi et Pierre Picard », *Risques*, n° 40, 1999, p. 7.

§2 Les choix politiques justifiant le régime dérogatoire en droit patrimonial de la famille

405 Nous examinerons les choix politiques qui fondent le régime dérogatoire d'abord en droit successoral (A), puis en droit matrimonial (B).

A Les choix politiques justifiant le régime dérogatoire en droit successoral

406 La volonté de favoriser les opérations de prévoyance, c'est-à-dire la transmission de patrimoine en cas de décès prématuré du souscripteur (1.) a laissé place à la volonté de favoriser une conception individuelle et patrimoniale de l'héritage (2.).

1. La volonté de favoriser les opérations de prévoyance

407 Le régime prévu par le code des assurances aux articles L.132-12 et L. 132-13 favorise le bénéficiaire du contrat d'assurance-vie car il déjoue les règles classiques du droit des successions. Lorsqu'aucun bénéficiaire n'a été désigné pour l'attribution du capital, celui-ci est réintégré dans la succession du souscripteur et entre dans la masse à partager⁸¹⁸. En revanche, la désignation d'un bénéficiaire implique la mise en œuvre du régime spécifique aux contrats d'assurance prévu aux articles L. 132-12 et L. 132-13 du code des assurances qui exclut le capital ou la rente ainsi que les primes dont le montant n'est pas exagéré eu égard aux facultés du souscripteur du calcul de la masse successorale. Le champ d'application de ces dispositions a été étendu par la Cour de cassation aux contrats d'assurance-vie modernes. Plusieurs justifications ont été avancées :

408 Selon une première analyse, la mise en œuvre de ce régime suppose le rejet de la qualification de libéralité, malgré la faveur accordée au bénéficiaire. Ce rejet est généralement justifié par l'incompatibilité supposée entre les contrats commutatifs et les contrats aléatoires d'une part, et la notion de libéralité d'autre part⁸¹⁹.

818. Art. L. 132-11 c. ass. ; cass. civ. 1re, 16 fév. 1983, Jurisdata n° 1983-707183, *JCP G* 1983.IV.142.

819. Sur cette question, cf. Q. GUIGUET-SCHIELÉ, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux*, , préf. M. Nicod, Dalloz, 2015, §107 et s. Voir également la position dubitative de R. LIBCHABER, « Chronique de jurisprudence civile générale », *Defrénois*, 2005, p. 617.

En effet, bien que le contrat d'assurance-vie classique soit proche de la catégorie des donations indirectes⁸²⁰, dans la mesure où cette dernière peut être réalisée par le biais d'une stipulation pour autrui, elle suppose néanmoins, comme toute libéralité, une obligation dépourvue de contrepartie⁸²¹. Toute libéralité requiert un élément moral et un élément matériel⁸²² : l'intention libérale (*animus donandi*) est doublée d'un appauvrissement du disposant et d'un enrichissement corrélatif du gratifié⁸²³. Or, l'appauvrissement du souscripteur dans le cadre de la souscription d'un contrat d'assurance ne présente pas un caractère certain⁸²⁴ : c'est le principe des contrats aléatoires, qui supposent, au moment de leur souscription, la possibilité d'un enrichissement ou d'un appauvrissement corrélatifs entre les contractants. D'une part, le principe de « vases communicants » ne s'établit pas directement entre le souscripteur et le bénéficiaire, mais entre le souscripteur et l'assureur, et d'autre part, le bénéfice de la translation de richesse est, par principe, incertain. Ainsi, le caractère aléatoire du contrat ferait obstacle à la caractérisation de l'appauvrissement du donateur et de l'enrichissement du donataire, puisque la gratuité requiert que le disposant se dépouille d'un bien ou d'un droit au profit du gratifié, sans recevoir de celui-ci une contrepartie^{825 826}.

Le caractère aléatoire du contrat ferait donc obstacle à la qualification de donation car il n'y a pas de transfert équivalent entre le patrimoine du souscripteur et celui du bénéficiaire désigné : bien que l'appauvrissement de l'un et l'enrichissement de l'autre soient corrélés, ils ne sont pas pour autant identifiables⁸²⁷. S'appuyant implicitement sur l'idée que la donation, même indirecte, suppose un transfert de richesse d'une équivalence exacte, M. Libchaber identifie trois raisons supplémentaires⁸²⁸ : il sou-

820. La donation indirecte est une catégorie aux contours flous qui est réalisée soit au moyen d'un acte à titre onéreux, soit d'un acte neutre. Voir F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, Dalloz, 2014, §577.

821. *ibid.*, p. 513, §572.

822. Art. 893 c.civ.

823. *ibid.*, §254; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des successions et des libéralités* cit., p. 260.

824. En ce sens, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités* cit., p. 934.

825. M. GRIMALDI, « L'assurance-vie et le droit des successions » cit., p. 17; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités* cit., p. 252 : « L'analyse est alors axée sur la constatation d'un appauvrissement de celui qui dispose et d'un enrichissement corrélatif de celui qui reçoit, ces données d'ordre économique résultant d'une comparaison de la situation des intéressés avant et après l'opération. »

826. A propos de l'acquisition d'un bien avec clause d'accroissement, Cass. civ. 1re, 14 déc. 2004, pourvoi n° 02-11.088, *BC I*, n° 313, *D.* 2005.2263, note Le Gallou, 2122, obs. Nicod, *Defrénois* 2005.1347, obs. Libchaber, *RDC* 2005.693, obs. Bénabent.

827. C. BÉGUIN, *Les contrats d'assurance sur la vie et le droit patrimonial de la famille*, th. Paris II, 2011, §698.

828. R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Defrénois*, 2000, p. 1409, §19.

ligne qu'il peut y avoir un décalage chronologique considérable entre les différentes opérations qui brise la corrélation entre enrichissement et appauvrissement ; de plus, les titres juridiques qui président aux mouvements de richesses sont à la fois différents et spécifiques, de sorte qu'il est nécessaire de se faire « une conception purement économique de la donation pour considérer chaque fois le tiers comme un simple intermédiaire technique, ce qu'il est dans le virement ». Enfin, et c'est là un argument qui découle de l'observation du caractère aléatoire du contrat, il fait remarquer que les montants versés ne sont pas nécessairement identiques, comme c'est le cas dans l'assurance en cas de décès lorsque le souscripteur est mort prématurément.

409 Néanmoins, ces explications ne doivent pas occulter le fait que le fondement du régime dérogatoire successoral résulte d'un choix politique dont le but est de favoriser les actes de prévoyance. En effet, le caractère aléatoire du contrat n'affecte pas le fonctionnement de la stipulation pour autrui, dans laquelle la volonté de se dépouiller ne fait aucun doute⁸²⁹. Quant au caractère indirect de la transmission des richesses d'un patrimoine à l'autre, il justifie certes l'exclusion de la qualification de donation directe au profit de celle de donation indirecte, mais il ne permet pas d'expliquer la mise à l'écart du régime des libéralités. Cependant, par leur caractère aléatoire, les contrats classiques d'assurance-vie, et en particulier les contrats d'assurance en cas de décès, sont des instruments originaux de transmission du patrimoine, puisqu'ils offrent une protection en cas de perte d'un soutien financier⁸³⁰. C'est pourquoi le législateur de 1930 a choisi de dispenser le bénéficiaire d'une assurance de rapporter à la succession du souscripteur⁸³¹.

410 La seconde analyse est plus convaincante : les contrats d'assurance-vie seraient bien des libéralités, à condition d'admettre le caractère fonctionnel de cette notion, de sorte que son régime varierait selon les circonstances⁸³². En effet, selon certains auteurs, le domaine d'application des règles composant le régime des libéralités varie selon l'intérêt protégé : « Selon qu'il s'agit d'assurer la protection du disposant ou du bénéficiaire, celle des créanciers de l'auteur de la libéralité ou de sa famille, ou encore la sauvegarde d'intérêts de caractère plus général, le domaine d'application

829. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités* cit., §577 ; Cass. civ. 1re, 17 sept. 2003, pourvoi n° 01-11.001, *BC* 2003, I, n° 182, p. 141, *D.* 2003.2986, note Nicod.

830. *Contra* M. GRIMALDI, « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille » cit., p. 752, qui oppose la protection contre la perte d'un soutien financier et la transmission des richesses.

831. C. BÉGUIN, *Les contrats d'assurance sur la vie et le droit patrimonial de la famille* cit., §298 et 299.

832. En ce sens, R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte » cit., §19, qui propose de les qualifier de libéralité *sui generis*.

des règles composant le régime des libéralités peut être plus ou moins étendu. »⁸³³ Planiol et Ripert expliquent que les règles sur les donations ont une application relative selon l'intérêt recherché. Ils distinguent la protection du donateur, celle des créanciers, celle des héritiers, celle des enfants du premier lit et celle du fisc : « On voit donc que, suivant les intérêts en jeu, la loi et la jurisprudence reconnaissent à l'acte une nature différente, afin d'assurer ou au contraire d'écarter l'application des règles légales. »⁸³⁴

Ainsi, si l'on met en œuvre cette analyse pour les contrats d'assurance-vie, les intérêts protégés concernent deux parties : la protection du donateur, d'une part, grâce à la possibilité de révocation de la donation entre époux⁸³⁵ ainsi que la possibilité de révocation pour survenance d'enfant⁸³⁶ ; la protection des héritiers, d'autre part, mais dans les hypothèses où le montant des primes a été exagéré eu égard aux facultés du donateur et où les conditions de l'espèce révèlent l'intention du souscripteur de se dépouiller au profit du bénéficiaire⁸³⁷.

2. La volonté de favoriser une conception individuelle et patrimoniale de l'héritage

411 Le choix du régime applicable dépend donc entièrement de questions d'opportunité, de sorte que l'extension du régime dérogatoire aux contrats d'assurance-vie modernes est fonctionnellement envisageable. Cette évolution du champ d'application de ces dispositions conforte d'ailleurs les modifications qui ont récemment marqué le droit des successions.

412 En effet, le droit des successions est le droit de l'héritage. Or, deux concepts se disputent le fondement de l'héritage, chacun de ces concepts renvoyant à une certaine vision de l'individu et à une organisation sociale⁸³⁸. Le premier concept est la propriété : l'héritage, c'est-à-dire la transmission des biens, serait justifié par le caractère perpétuel du droit de propriété. Dans cette vision, l'héritage est perçu dans sa fonction purement économique, et s'inscrit dans une perspective patrimoniale et individualiste. L'autre concept permettant de justifier l'héritage est la famille.

833. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités* cit., §266.

834. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Droit civil français, t. V, Donations et testaments*, L.G.D.J., 1957, §333 et s., spéc. §340.

835. Cass. civ. 1re, 26 mars 1982, *préc. cit.*

836. Cass. civ. 1re, 9 juillet 1991, pourvoi n° 89-20.686, *BC* 1991, I, n° 230, p. 151.

837. Sur ces limitations, *cf.* les explications *infra*.

838. Voir sur cette question, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités* cit., Introduction, et, spéc. pour les développements qui suivent, §5 et 6.

L'héritage est alors l'expression d'une solidarité, le ciment de la cellule familiale et contribue ainsi à assurer l'équilibre du corps social. Ces deux fondements, la propriété et la famille, constituent la base de l'institution successorale. « Le droit des successions et des libéralités, comme le droit des régimes matrimoniaux, s'ordonne donc sous le signe de la protection du *patrimoine familial*. »⁸³⁹

La dualité des fondements du droit des successions se révèle dans l'organisation de l'héritage, à travers deux systèmes de désignation des successeurs : par la loi ou par le *de cuius*. Or, « les rapports du légal et du volontaire dépendent étroitement du fondement que l'on assigne au droit des successions. Selon que l'on privilégie ou non l'un ou l'autre de ces fondements, ces rapports peuvent être de prédominance ou d'équilibre. »⁸⁴⁰ Ainsi, si l'on fait prévaloir une conception individualiste et patrimoniale, c'est la dévolution volontaire qui l'emporte, puisque la réglementation de la succession doit être régie par la volonté du propriétaire. Si, au contraire, les considérations morales et familiales prédominent, alors la succession légale prévaut, car, « expression des devoirs de l'individu envers sa famille, la succession doit se répartir entre les membres de celle-ci conformément à ce qu'exige l'ordre social et politique. »⁸⁴¹ Si le droit français cherche un équilibre entre ces visions, il demeure que l'évolution des mentalités tend désormais vers un accroissement du pouvoir de la volonté⁸⁴².

413 Ainsi, nombreux ont été les auteurs à reconnaître la loi du 23 juin 2006 comme marquant « le passage du droit patrimonial de la famille à un droit patrimonial des personnes »⁸⁴³. La consécration de la donation-partage, le caractère fongible de la réserve, la renonciation anticipée à l'action en réduction, ne sont que des exemples d'un mouvement amorcé depuis des décennies et en vertu duquel la liberté individuelle s'affirme au détriment de l'ordre public successoral tel qu'il a été conçu en 1804⁸⁴⁴. Comme l'explique M. Grimaldi, « désormais permis pour toute succession, et non plus seulement pour celles déferées aux descendants, la donation-partage et le testament-partage ne peuvent plus se comprendre comme des actes de magistrature domestique, mais comme des actes de gestion patrimoniale. L'autorité qui continue à s'y exprimer n'est plus celle d'un père de famille qui allotit ses enfants, mais celle d'un propriétaire qui décide du partage de sa succession. La réforme marque ainsi

839. *ibid.*, §6. Ce sont les auteurs qui soulignent.

840. *ibid.*, §8.

841. *ibid.*, §8.

842. *ibid.*, §17.

843. *ibid.*, §681. Voir également G. WICKER, « Le nouveau droit des libéralités: entre évolution, révolution et contre-révolution », *Droit et patrimoine*, n° 157, 1er mars 2007.

844. M. DAGOT, « L'esprit des réformes récentes du droit successoral », *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 305.

un accroissement du droit de disposer de ses biens à cause de mort, et donc du droit de propriété : il est désormais permis à chacun, non plus seulement d'instituer ou d'exhérer, mais aussi de composer les lots de ses héritiers. Cette évolution de l'institution reflète bien les tendances contemporaines du droit de la famille, marqué par le déclin des autorités et l'exaltation de la propriété individuelle : une institution que l'autorité du paterfamilias ne pouvait plus justifier comme jadis, qui loin de disparaître, subsiste et même prospère mais est désormais fondée sur la plénitude de la propriété, au-delà même de la mort. »⁸⁴⁵

La loi du 23 juin 2006 s'inscrit dans une évolution plus ancienne qui résulte de l'allongement de la durée de vie. Ainsi le mouvement qui gouverne le droit des successions s'oriente de plus en plus vers le souci de faciliter l'organisation d'un patrimoine du vivant, au détriment de l'héritage devenu la plupart du temps inutile. « Cette évolution⁸⁴⁶ a retardé l'âge moyen auquel hérite une personne ayant vocation à hériter -47 ans en 1977, 48 ans en 1984, 51 ans en 1994 -, ce retard semblant d'ailleurs accentué par le fait que, de plus en plus souvent, l'on ne recueille effectivement les biens laissés qu'après le décès de ses deux parents. Au schéma, classique au siècle dernier, de l'enfant héritant à une époque voisine de celle où il entrait dans la vie active, s'est, dans cette mesure, substitué celui de l'héritier installé dans la vie et bénéficiant, vers la cinquantaine, d'un avantage d'origine familiale, en attendant de voir se développer, dans un avenir plus ou moins proche, sous l'effet de l'allongement de l'espérance de vie, l'image de l'héritage -retraite complémentaire. »⁸⁴⁷

Ainsi, la raison d'être du caractère rapportable des donations, qui est de rétablir l'égalité entre les cohéritiers d'une même succession⁸⁴⁸, a perdu de nos jours de sa pertinence. L'application du régime dérogatoire des contrats d'assurance-vie aux contrats de placement s'inscrit dans ce mouvement permettant au *de cuius* de disposer librement de son patrimoine, qui est le fruit d'une part, de l'affirmation croissante de l'individualisme, d'autre part, de l'affaiblissement du rôle social de l'héritage⁸⁴⁹.

845. M. GRIMALDI, « Des donations-partages et des testaments-partages au lendemain de la loi du 23 juin 2006 », *JCP N*, 2006.1320, §5.

846. Celle de l'espérance de vie.

847. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités* cit., p. 26.

848. *ibid.*, p. 926, §1054.

849. Voir la position contraire du droit belge : Décision de Cour constitutionnelle belge, 6 juin 2008, arrêt n° 96/2008, *RTD civ.* 2008 p. 526, note Grimaldi. La Cour constitutionnelle a censuré la loi qui plaçait hors d'atteinte des héritiers réservataires les capitaux logés dans des produits d'assurance-vie. Le raisonnement est celui-ci : « Le régime de faveur accordé à l'assurance-vie était justifié par le fait que l'assurance-vie était comprise comme un acte normal de prévoyance entraînant un appauvrissement limité du patrimoine, puisqu'il se traduisait le plus souvent par le paiement de primes périodiques d'un montant raisonnable. Or, ce n'est plus le cas désormais. Certains produits d'assurance sont devenus d'authentiques instruments de placement financier, des avoirs d'épargne considérables étant mobilisés, avec pour effet que la part réservée qui doit être garantie aux héritiers réservataires en vertu de la loi peut être gravement affectée. (...) Par voie de conséquence, la mesure

En termes de qualification, les contrats de capitalisation sont fonctionnellement des contrats d'assurance dans le domaine des successions. Il en va également de même pour les règles relatives au sort du conjoint survivant (B).

B Les choix politiques justifiant le régime dérogatoire en droit matrimonial

414 En vertu de l'article L. 132-16 du code des assurances, le bénéfice de l'assurance-vie contractée par un époux commun en biens en faveur de son conjoint constitue un bien propre pour celui-ci⁸⁵⁰. Aucune récompense n'est due à la communauté en raison des primes payées par elle, sauf si les primes sont manifestement exagérées eu égard aux facultés du souscripteur. Cet article évince le jeu de l'article 1346 du code civil, en vertu duquel si un époux tire un profit personnel d'une somme prise sur la communauté, alors il en doit la récompense⁸⁵¹.

La disposition spécifique prévue par l'article L. 132-16 du code des assurances exige que trois conditions soient remplies : qu'il s'agisse d'une assurance-vie, contractée dans le cadre du régime légal et au profit du conjoint survivant. Ces conditions sont d'appréciation stricte. Ainsi, la jurisprudence a décidé que lorsque l'assurance-vie en cas de décès est souscrite par un époux au profit d'un tiers, et que les primes ont été payées par la communauté, alors cette dernière a droit à récompense, même si les primes ne sont pas excessives⁸⁵².

415 Le caractère propre du bénéfice de l'assurance et l'absence de récompense ont été affirmés par la jurisprudence qui se fondait sur l'idée de donation⁸⁵³. Le législateur

en cause peut avoir des effets disproportionnés en ce qui concerne le traitement des différentes catégories d'héritiers réservataires, selon qu'il sont bénéficiaires ou non du contrat d'assurance-vie du *de cuius*. Il en est d'autant plus ainsi que désormais il n'existe pas de justification pour traiter les héritiers réservataires, bénéficiaires d'un contrat d'assurance-vie, autrement, pour ce qui concerne le rapport et la réduction, que les héritiers réservataires, bénéficiaires d'une autre libéralité, comme une donation. (Points B.6.3. à B.6.5.)

850. Sur les hypothèses laissées sans réponse par la loi, voir J. CASEY, « Assurance-vie et communauté conjugale », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, 2012.

851. Art. 1346 c. civ. : « Toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme, soit pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, telles que le prix ou partie du prix d'un bien à lui propre ou le rachat des services fonciers, soit pour le recouvrement, la conservation ou l'amélioration de ses biens personnels, et généralement toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense. »

852. Cass. civ. 1re, 10 juillet 1996, *Daignan*, *BC I*, n° 309, *D.* 1998.26, note Sauvage, *Defrénois* 1997, art. 36640, n° 26, obs. Champenois, *JCP G* 1997.I.4008, n° 16, obs. Tisserand.

853. Cass. civ. 28 mars 1877, *DP* 1877, I, 241, cité par A. TRESCASES, *Assurances et droit des régimes matrimoniaux*, préf. Remy Cabrillac, *Defrénois*, 2007, §447 ; voir également P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, L.G.D.J., 2015, §345.

de 1930 est revenu sur ce fondement, lui préférant la notion de prévoyance⁸⁵⁴.

L'exclusion de la récompense, ainsi que du rapport et de la réduction⁸⁵⁵ se justifie par le souci de donner effet à l'acte de prévoyance matrimoniale. Ainsi, l'acte de prévoyance constitué par le contrat d'assurance permet la constitution d'un bien propre par nature, au sens de l'article 1404 du code civil. Comme le fait remarquer M. Grimaldi, « le droit au capital assuré n'est acquis au conjoint qu'en considération de la dissolution du mariage, de sorte qu'il serait anormal que la communauté recueillît ce droit créé en vue du jour de sa dissolution et souvent en prévision de son insuffisance. »⁸⁵⁶

416 En effet, la faveur faite au conjoint bénéficiaire se justifie par le souci de lui accorder une protection longtemps refusée par la loi successorale⁸⁵⁷. Avant la réforme du 3 décembre 2001⁸⁵⁸, l'époux survivant bénéficiait d'une vocation successorale *ab intestat* peu favorable. En vertu de l'ancien article 767 du code civil⁸⁵⁹, le conjoint survivant n'excluait que les collatéraux ordinaires ; sa vocation légale était limitée au quart de l'usufruit en présence d'enfants, communs ou non, naturels ou issus d'un précédent mariage ; en l'absence de descendants et en présence d'ascendants, il héritait de la moitié en usufruit, et, en présence d'un seul parent, de la moitié seulement en

854. A. TRECASSES, *Assurances et droit des régimes matrimoniaux* cit., §449 et s.

855. Art. L. 132-13 c. ass.

856. M. GRIMALDI, « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille » cit., p. 741.

857. A. TRECASSES, *Assurances et droit des régimes matrimoniaux* cit., §379.

858. Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions du droit successoral, *JORF* n° 281, du 4 décembre 2001, p. 19279, texte n° 1.

859. « Le conjoint survivant non divorcé, qui ne succède pas à la pleine propriété et contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée a, sur la succession du prédécédé, un droit d'usufruit qui est :

D'un quart, si le défunt laisse un ou plusieurs enfants soit légitimes, issus ou non du mariage, soit naturels ;

De moitié, si le défunt laisse des frères et soeurs, des descendants de frères et soeurs, des ascendants ou des enfants naturels conçus pendant le mariage.

Le calcul sera opéré sur une masse faite de tous les biens existant au décès du *de cuius*, auxquels seront réunis fictivement ceux dont il aurait disposé, soit par acte entre vifs, soit par acte testamentaire, au profit de successibles, sans dispense de rapport.

Mais l'époux survivant ne pourra exercer son droit que sur les biens dont le prédécédé n'aura disposé ni par acte entre vifs, ni par acte testamentaire, et sans préjudicier aux droits de réserve ni aux droits de retour.

Il cessera de l'exercer dans le cas où il aurait reçu du défunt des libéralités, même faites par préciput et hors part, dont le montant atteindrait celui des droits que la présente loi lui attribue, et, si ce montant était inférieur, il ne pourrait réclamer que le complément de son usufruit.

Jusqu'au partage définitif, les héritiers peuvent exiger, moyennant sûretés suffisantes, et garantie du maintien de l'équivalence initiale, que l'usufruit de l'époux survivant soit converti en une rente viagère équivalente. S'ils sont en désaccord, la conversion sera facultative pour les tribunaux. »

pleine propriété⁸⁶⁰. Ainsi, l'assurance constituait un palliatif de l'insuffisance de la vocation légale⁸⁶¹.

417 Le législateur de 1930 a fondé la solution de l'article L. 132-16 du code des assurances sur l'idée de prévoyance, à une époque où le caractère aléatoire des contrats d'assurance, qui étaient dans la majorité des cas des contrats d'assurance temporaire décès, ne suscitait pas d'interrogation. Le développement des contrats d'assurance-vie modernes, qui sont commutatifs, a posé la question du champ d'application des dispositions spécifiques aux contrats d'assurance, en l'occurrence l'article L. 132-16 du code des assurances.

Si l'on retient la qualification de libéralité pour les contrats d'assurance-vie modernes⁸⁶², et non de contrat d'assurance, alors l'article 1437 du code civil a vocation à s'appliquer, et l'époux bénéficiaire doit récompense à la communauté. Néanmoins, comme on l'a vu, la Cour de cassation a retenu la qualification de contrats d'assurance, et l'application corrélatrice du régime spécifique prévu par le code des assurances, de sorte que *de facto*, même dans le cadre d'un contrat de capitalisation, l'époux bénéficiaire n'est pas tenu de récompenser la communauté. Le champ d'application de l'article L. 132-16 du code des assurances englobe les contrats de capitalisation, qui sont donc fonctionnellement des contrats d'assurance.

418 On notera que cette qualification fait écho à l'extension de la notion de prévoyance, notion souple dont le contenu varie avec l'époque. Or, si avant 2001, la souscription d'un contrat d'assurance-vie au profit du conjoint permettait de pallier l'insuffisance de sa vocation successorale, l'extension de l'article L. 132-16 du code des assurances aux contrats d'épargne permet à présent d'assurer une retraite complémentaire au conjoint dans un contexte de faillite du système des retraites par répartition⁸⁶³.

419 A présent que nous avons examiné les raisons politiques justifiant l'extension du champ d'application du régime de faveur légalement réservé aux contrats d'assurance-vie aux contrats de capitalisation, il convient de nous interroger sur les critères fonctionnels de qualification qui sont désormais mis en œuvre (2).

860. Voir *ibid.*, §382 et s. ainsi que P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des successions et des libéralités* cit., §88 et s., qui retrace l'évolution historique des droits du conjoint.

861. A. TRESCASES, *Assurances et droit des régimes matrimoniaux* cit., §383.

862. C'est la position de M. GRIMALDI, « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille » cit..

863. A. TRESCASES, *Assurances et droit des régimes matrimoniaux* cit., §457.

Section 2

Les critères fonctionnels de qualification

420 La catégorie fonctionnelle de contrats d'assurance-vie repose sur deux critères (§1). Par ailleurs, les problèmes suscités par l'extension du régime de faveur a conduit la Cour de cassation a en exclure certaines hypothèses (§2).

§1 L'identification de deux critères

421 Conceptuellement, les contrats de capitalisation ne sont pas des contrats d'assurance : en effet, il s'agit de contrats commutatifs à finalité d'épargne et non de garantie.

Néanmoins, depuis 2004, ces contrats entrent dans le champ d'application des dispositions dérogatoires prévues par le code des assurances et réservées aux contrats d'assurance-vie. Il faut en conclure qu'ils sont fonctionnellement des contrats d'assurance-vie, puisqu'il a été jugé bon de leur appliquer le régime de ces contrats malgré leur différence de nature. De plus, cette qualification étant réservée à l'application des dispositions dérogatoires, leur qualification varie selon les dispositions du code des assurances qui sont examinées.

422 La qualification fonctionnelle des contrats de capitalisation comme contrats d'assurance-vie repose sur deux critères : le premier concerne l'intitulé que les parties ont donné à leur contrat, puisque les entreprises d'assurance ont la possibilité de souscrire aussi bien des contrats de capitalisation que des contrats d'assurance-vie. Ainsi, même dans l'hypothèse où la formule d'assurance sur la vie souscrite ne présente aucun caractère aléatoire, la qualification que les parties ont attribuée à leur contrat leur permet d'exclure le régime fiscal et patrimonial des contrats de capitalisation. Le second critère est identique à celui des contrats de paris que nous avons étudiés dans le titre précédent : il s'agit du critère relatif à la qualité de l'établissement auprès duquel le contrat a été souscrit. En effet, comme les entreprises d'assurance bénéficient d'un monopole sur les opérations d'assurance, elles seules peuvent proposer à leurs clients la souscription de contrats d'assurance-vie. Ainsi, même si conceptuellement il n'existe pas de différence entre un contrat d'assurance-vie moderne et un plan d'épargne souscrit auprès d'un établissement bancaire, ce dernier

ne peut en aucun cas proposer la souscription d'un contrat d'assurance.

Le second critère de qualification fonctionnelle a la vertu de réconcilier le respect du principe de spécialité avec l'évolution constante des activités de l'assurance. En revanche, le premier n'est juridiquement pas admissible, dans la mesure où il constitue une négation des pouvoirs du juge dans le domaine de la qualification⁸⁶⁴. Ainsi, la qualification du contrat, et par conséquent la possibilité de choisir un régime applicable, sont abandonnées à la volonté des parties. Or, cela n'est pas sans soulever des problèmes d'équité, qui justifient le recours à des exceptions (§2).

§2 Les exceptions

423 L'extension du régime fiscal des assurances-vies aux contrats de capitalisation relève des prérogatives de la puissance publique qui est libre de déterminer l'assiette du recouvrement de l'impôt. Néanmoins, les dispositions dérogatoires prévues par le code des assurances ont des conséquences sur le sort de tous les créanciers du souscripteur (A). Leur extension généralisée aux contrats de capitalisation soulève donc des problèmes d'équité, qui justifient le souci de la Cour de cassation de les exclure dans certaines hypothèses (B).

A Problèmes suscités par l'extension du régime de faveur en droit des obligations

424 L'obligation est un engagement d'exécution. Depuis le droit romain, l'obligation est un *vinculum iuris*, un lien de droit en vertu duquel le débiteur répond de sa dette sur ses biens. Le droit des obligations a comme finalité de garantir l'exécution du paiement de la dette, et de participer à l'entretien d'un climat de confiance, propice aux échanges économiques. Comme le notent MM. Revet et Zenati-Castaing, « l'importance de la garantie du paiement de la dette est telle que cette garantie participe de la définition même de l'obligation. Il y a deux dimensions dans l'obligation, l'une de devoir, l'autre d'engagement. (...) La garantie résulte du droit de gage que la loi attribue à tout créancier sur les biens de son débiteur. »⁸⁶⁵

Les exceptions à ce droit de gage doivent donc être strictement limitées, sous peine de fausser la finalité du régime des obligations. Ces considérations ont nécessairement

864. Art. 12 al. 2 CPC. Voir, sur la question de l'office du juge, M. BACACHE, « Office du juge et responsabilité civile », *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, 2008, p. 24.

865. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil, obligations, régime*, PUF, 2013, *Introduction*, p. 19.

des conséquences sur les contours des catégories de biens frappés d'insaisissabilité, comme les contrats d'assurance-vie.

425 En effet, le contrat d'assurance est insaisissable en raison des articles L. 132-14, L. 132-9 et L. 132-12 du code des assurances. En cours de contrat, aucune saisie ne peut être réalisée tant que le contrat n'est pas dénoué ou que la faculté de rachat n'a pas été exercée par le souscripteur⁸⁶⁶. A l'échéance du contrat, le capital ou la rente garantis au profit d'un bénéficiaire déterminé ne peuvent être saisis par les créanciers du souscripteur ; il en va de même pour les primes, sauf dans le cas où leur montant est manifestement exagéré eu égard à ses facultés⁸⁶⁷. En effet, le bénéficiaire dispose d'un droit propre et direct sur le capital auquel il est réputé y avoir seul droit dès la souscription.

Néanmoins, quelques exceptions au principe d'insaisissabilité sont prévues par la loi : en cours de contrat, l'article L. 132-14 du code des assurances prévoit désormais⁸⁶⁸ que le principe d'insaisissabilité ne s'applique pas aux avis à tiers détenteurs⁸⁶⁹, aux saisies à tiers détenteurs⁸⁷⁰, aux oppositions à tiers détenteurs⁸⁷¹, ainsi qu'aux oppositions administratives⁸⁷² réalisées à compter du 8 décembre 2013.

A l'échéance du contrat, les créanciers peuvent exercer l'action paulienne prévue par l'article 1341 -2 du code civil en cas de versement de primes manifestement exagérées par rapport aux facultés du souscripteur ; si le souscripteur fait l'objet d'une procédure collective, les créanciers peuvent demander la nullité des versements de primes effectués par le souscripteur pendant la période suspecte, sur le fondement des articles L. 632-1 et L. 632-2 du code de commerce.

426 Comme dans les hypothèses envisagées précédemment, ce régime dérogatoire du droit commun est justifié par le choix d'encourager la souscription de contrats d'assurance-vie, en tant qu'opérations de prévoyance.

En effet, l'insaisissabilité du capital ou de la rente stipulés au profit d'un bénéficiaire, affirmée par l'article L. 132-14 du code des assurances, repose sur le principe en vertu duquel le bénéficiaire est réputé avoir eu seul droit à partir du jour du contrat,

866. Cass. civ. 1re, 2 juil. 2002, n° 99-14.819, *JCP G* 2003.I.184, n° 3, note Kullmann, *RCA* 2002, n° 346, *RGDA* 2002.1013, note Kullmann.

867. Art. L. 132-14 c. ass.

868. Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013, relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *JORF* n° 0284 du 7 décembre 2013, p. 19941, texte n° 4.

869. Art. L. 263-0 LPF.

870. Art. L. 273 A LPF.

871. Art. L. 1617-5 code général des collectivités territoriales.

872. L. N° 2004-1485 du 30 déc. 2004, art. 128, II.

même si son acceptation est postérieure à la mort de l'assuré⁸⁷³. L'affirmation d'un droit propre et direct du bénéficiaire est justifiée par la théorie de la stipulation pour autrui, et repose sur une fiction en vertu de laquelle le capital ou la rente stipulés sont extraits du patrimoine du souscripteur. On a vu précédemment les conséquences de cette fiction en droits successoral et matrimonial. Il est logique qu'elle se maintienne à l'égard des créanciers du souscripteur, puisqu'elle est justifiée par le souci légal d'encourager et de protéger les actes de prévoyance.

427 La justification de l'insaisissabilité de la valeur de rachat est plus délicate. Le principe est d'origine jurisprudentielle⁸⁷⁴, et repose sur le caractère personnel du droit au rachat⁸⁷⁵. M. Courtieu⁸⁷⁶ retrace le raisonnement suivi par la Cour de cassation⁸⁷⁷ : dans la prémisse majeure, la Cour constate que la demande de rachat met fin au contrat et constitue une révocation de la désignation du bénéficiaire. La prémisse mineure est fondée sur la règle selon laquelle le droit de révocation du bénéficiaire appartient au seul souscripteur⁸⁷⁸. En conclusion, le droit de rachat est un droit exclusivement attaché à la personne du souscripteur.

428 Ainsi, le législateur et à sa suite, la jurisprudence, ont décidé de favoriser les opérations de prévoyance au détriment des droits des créanciers. Néanmoins, le contournement de ces droits doit être strictement limité, car ils constituent le socle du bon fonctionnement de l'économie. Or les dispositions déroatoires applicables aux contrats d'assurance-vie classiques ont été étendues aux contrats modernes. Ainsi, l'arrêt du 2 juillet 2002⁸⁷⁹ portait sur un contrat mixte dont le caractère aléatoire était douteux⁸⁸⁰. La solution est critiquable, car on peut craindre, avec M. Courtieu, que l'assurance-vie ne soit le refuge des mauvais payeurs⁸⁸¹.

En termes de qualification, il ne semble pas opportun que les contrats d'assurance-vie modernes, qui ne sont autres que des contrats d'épargne, reçoivent la qualification de contrat d'assurance, tant il est vrai que l'insaisissabilité de ces contrats entraîne une brèche regrettable dans la confiance qui doit gouverner les relations contractuelles,

873. Art. L. 132-12 c. ass.

874. Cass. civ. 1re, 2 juil. 2002, *préc. cit.* Voir sur cette question, G. COURTIEU, « Propos hérétiques sur un arrêt orthodoxe (au sujet de la valeur de rachat dans les assurances sur la vie) », *RCA*, 1995, chron. n° 18.

875. Cass. com. 25 oct. 1994, n° 90-14.316, *RGAT* 1995.149, rapp. Rémerly.

876. *ibid.*.

877. Cass. com. 25 oct. 1994, *préc. cit.*

878. Art. L. 132-9 c. ass.

879. Cass. civ. 1re, 2 juil. 2002, *préc. cit.*

880. En ce sens, J. KULLMANN, « Assurances terrestres, droit des assurances », *JCP G*, 2003, doct. 124, n° 3.

881. G. COURTIEU, « Propos hérétiques sur un arrêt orthodoxe » *cit.*

et fausse ainsi les finalités du droit des obligations.

429 Consciente des difficultés suscitées, la Cour de cassation, bien qu'elle ait étendu aux contrats de capitalisation le bénéfice des dispositions dérogatoires prévues dans le code des assurances pour les contrats d'assurance-vie, a prévu certaines limitations (B).

B Les exceptions prévues par la Cour de cassation

430 Lorsque l'objectif de prévoyance du contrat est considéré comme « trahi », les dispositions dérogatoires prévues par le code des assurances sont écartées au profit de l'application du régime des libéralités. C'est le cas dans deux hypothèses.

431 La première hypothèse est d'origine légale, et prévoit un mécanisme de réduction des primes dont le montant est manifestement exagéré eu égard aux facultés du souscripteur⁸⁸² ; en effet, l'alimentation déraisonnable du contrat montrerait la volonté explicite du souscripteur d'enrichir le bénéficiaire⁸⁸³ et justifierait la requalification de l'opération en donation. Comme on l'a vu, le régime des libéralités est écarté lorsque le contrat est un contrat d'assurance-vie, non pas sur le fondement d'une incompatibilité intrinsèque entre les qualifications d'assurance-vie et de libéralité, mais au regard de décisions d'opportunité dont la finalité est d'encourager la transmission de patrimoine en cas de décès prématuré. Le caractère exagéré des primes serait donc l'indice qui révélerait la finalité réelle de l'opération, un transfert classique de patrimoine, destiné à intervenir même lorsque le décès n'est pas prématuré.

Or, depuis les arrêts de 2004, cette limitation s'applique également aux contrats de capitalisation, bien qu'elle ne leur soit pas adaptée ; en effet, ces contrats constituent des opérations classiques de transmission de patrimoine, de sorte que la recherche d'une volonté explicite d'enrichir le bénéficiaire par l'appréciation du montant des primes sera nécessairement toujours vérifiée.

C'est pourquoi on peut demeurer dubitatif à la lecture d'un arrêt récent, dans lequel la Cour de cassation⁸⁸⁴ a censuré un arrêt pour manque de base légale, reprochant aux juges du fond d'avoir qualifié le contrat en cause de contrat d'assurance-vie, et refusé par conséquent la réintégration des primes dans l'actif successoral, en se fondant sur l'examen de la situation patrimoniale et de l'état de santé du souscripteur pour apprécier le caractère manifestement exagéré ou non des primes. En effet, selon

882. Art. L. 132-13, L. 132-14 et L. 132-16 c. ass.

883. C. BÉGUIN, *Les contrats d'assurance sur la vie et le droit patrimonial de la famille* cit., §298.

884. Cass. civ. 1e, 10 juin 2015, pourvoi n° 14-14.770.

la Haute Cour, les juges auraient dû examiner également si le contrat présentait une utilité pour ce dernier⁸⁸⁵. Or, l'utilité matérielle personnelle d'une stipulation pour autrui est dans tous les cas inexistante, du fait même de la nature du mécanisme qui permet de favoriser un bénéficiaire. Peut-être faut-il comprendre l'intérêt du souscripteur comme l'intérêt d'assurance, c'est-à-dire son intérêt non patrimonial à ce que le bénéficiaire soit indemnisé en cas de décès prématuré? Si l'on suit cette interprétation, alors il faudrait comprendre cet arrêt comme la volonté de la Cour de cassation d'extraire les contrats de capitalisation du champ d'application des dispositions dérogatoires⁸⁸⁶.

432 Dans la seconde hypothèse, la Cour de cassation refuse le bénéfice des dispositions dérogatoires aux contrats dits « d'assurance-vie » s'il ne subsiste aucun aléa au sens où elle l'entend depuis 2004, c'est-à-dire lorsque les faits témoignent d'une volonté actuelle et irrévocable du souscripteur de se dépouiller entre les mains du bénéficiaire. Deux arrêts illustrent cette hypothèse :

Par un arrêt rendu par la chambre mixte⁸⁸⁷, la Cour de cassation a décidé d'approuver la requalification de contrats d'assurance-vie en donations indirectes. En l'espèce, un homme qui se savait malade a souscrit en 1992 et en 1995 deux contrats d'assurance-vie moyennant le versement de primes d'un montant de 16 500 000 F, représentant 82% de son patrimoine. Trois jours avant sa mort survenue en 1996, il en attribue le bénéfice à celle qu'il avait par ailleurs instituée sa légataire universelle. L'arrêt énonce : « Un contrat d'assurance-vie peut être requalifié en donation si les circonstances dans lesquelles son bénéficiaire a été désigné révèlent la volonté du souscripteur de se dépouiller de manière irrévocable ».

Par un autre arrêt rendu le 17 mars 2010⁸⁸⁸, la Cour de cassation a estimé que les juges du second degré, qui avaient refusé la qualification de libéralité, avaient légalement justifié leur décision en faisant ressortir que le souscripteur n'avait pas eu la volonté de se dépouiller de manière irrévocable : « Mais attendu que la cour d'appel a constaté d'une part, que le contrat d'assurance sur la vie Bon Médéric 2000 souscrit le 23 décembre 1996, à durée indéterminée, pouvant prendre fin à

885. « Vu l'article L. 132-13 du code des assurances ; Attendu, selon ce texte, que les primes versées par le souscripteur d'un contrat d'assurance-vie ne sont rapportables à la succession que si elles présentent un caractère manifestement exagéré eu égard aux facultés du souscripteur ; qu'un tel caractère s'apprécie au moment du versement, au regard de l'âge, des situations patrimoniale et familiale du souscripteur, ainsi que de l'utilité du contrat pour celui-ci ».

886. On peut néanmoins douter de l'importance de la portée de cet arrêt, qui n'a pas été publié.

887. Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007, pourvoi n° 06-12.769, *D.* 2008.218, note Bruguière-Fontenille, *RTD civ.* 2008.137, note Grimaldi, *DF famille* 2008, comm. 30, Beignier. Sur la faculté de rachat, voir également cass. ch. mixte, 22 fév 2008, *JCP G* 2008, 10058, note Mayaux.

888. Cass. civ. 1re, 17 mars 2010, pourvoi n° 08-15.658, *BC* 2010, I, n° 66.

tout moment par le rachat total de la valeur acquise et le contrat Séquoia, souscrit le 16 juin 1999, pour une durée de huit années prorogable annuellement, étaient tous deux affectés d'un aléa dès lors qu'à la date de leur souscription Lucien X... ignorait qui de lui ou du bénéficiaire recevrait le capital ; d'autre part, que Lucien X..., qui, en septembre 1999, était encore en pleine possession de ses moyens, était propriétaire, seul ou en indivision, de cinq biens immobiliers et que postérieurement à la souscription du second contrat d'assurance, son épargne était encore de 56 863,48 euros ; que les juges du second degré, qui ont ainsi fait ressortir que le souscripteur n'avait pas eu la volonté de se dépouiller de manière irrévocable, ont légalement justifié leur décision. »

433 Les contrats d'assurance-vie sont aussi bien des instruments d'épargne que des instruments de transmission de patrimoine. Il semblerait, à la lumière de ces arrêts, que la Cour de cassation refuse le bénéfice de l'extension des dispositions dérogatoires lorsqu'il ressort des circonstances de l'espèce que l'intention du souscripteur s'oriente plus vers le souci de transmission que celui d'épargne. En effet, la requalification en donation semble déterminée par la constatation de deux éléments : d'une part, le montant investi dans les contrats d'assurance-vie représente l'essentiel du patrimoine du souscripteur⁸⁸⁹, d'autre part, il n'existe pas d'aléa viager, c'est-à-dire que le souscripteur sait qu'il va bientôt décéder.

Par conséquent, bien que l'aléa viager ne permette pas de qualifier le contrat comme aléatoire⁸⁹⁰, il empêche toute détermination anticipée de l'identité du bénéficiaire final de l'opération, de sorte que, lorsqu'il est caractérisé, l'intention du souscripteur au moment de la souscription est de s'avantager lui-même aussi bien que d'avantager le tiers désigné. En revanche, si ce dernier sait qu'il est sur le point de décéder, alors le contrat, pur instrument de transmission du patrimoine, ne peut bénéficier des dispositions dérogatoires. Là encore, faut-il voir, dans ces arrêts, l'intention de la Cour de cassation d'exclure les contrats de capitalisation du champ d'application des dispositions dérogatoires lorsqu'ils sont susceptibles de devenir le refuge des mauvais payeurs ?

Quelle que soit l'interprétation retenue, il demeure regrettable que la Cour de cassation ne fasse pas dépendre l'application du régime d'une qualification rigoureuse. En effet, les contrats de capitalisation sont des contrats d'assurance-vie lorsqu'il s'agit d'appliquer le régime dérogatoire successoral, excepté lorsque le souscripteur

889. Il s'agit d'un critère très proche de celui relatif au montant exagéré des primes, mais dont les conditions d'appréciation semble plus adaptées aux contrats de capitalisation, pour lesquels le critère de l'exagération est dépourvu de sens.

890. V. HEUZÉ, « Un monstre et son régime... » cit..

sait qu'il est proche du décès. Ainsi, la qualification du contrat dépend d'un critère relatif à l'état de santé d'une des parties, critère fluctuant qui ne peut que susciter l'insécurité juridique.

Conclusion

434 Il existe une parenté conceptuelle entre les paris et les contrats d'assurance, qui permet de justifier aussi bien théoriquement que fonctionnellement l'extension du régime du contrat d'assurance aux contrats de paris souscrits par une entreprise d'assurance, afin d'étendre techniquement le domaine des garanties qu'elle offre. En revanche, seule la crainte de provoquer un désastre financier a conduit la Cour de cassation à distordre les contours de la catégorie du contrat d'assurance afin d'y inclure des opérations qui n'ont pas parenté conceptuelle avec elle. Or, on peut se demander s'il n'eût pas été plus judicieux de modifier les règles plutôt que les catégories. Y. Lequette⁸⁹¹ a écrit, à propos des dispositions fiscales spécifiques aux contrats d'assurance-vie : « Si le risque à conjurer était celui d'une fuite des capitaux investis dans l'assurance-vie, il n'était nul besoin pour y répondre de sacrifier l'intérêt des familles et de malmener les catégories civiles, il suffisait d'édicter des dispositions fiscales maintenant les avantages fiscaux attachés à ce genre de placement. Mais que pèsent aujourd'hui les intérêts familiaux face aux impératifs financiers ? » La même remarque peut être transposée au droit patrimonial de la famille : ne vaudrait-il pas mieux admettre la suppression de la réduction et de la réserve, plutôt que de chercher à élargir la catégorie des contrats d'assurance-vie ?

891. Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », *Etudes de droit privé, mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 283, note 166.

Conclusion du titre II

435 Les entreprises d'assurance sont des investisseurs institutionnels, de sorte qu'un certain nombre de dispositions a été adopté afin de drainer l'épargne des ménages vers ce secteur. Ainsi, depuis environ un siècle, les assureurs ont la possibilité de proposer à leurs clients la souscription de contrats de capitalisation. Par la suite, les assureurs ont entrepris de commercialiser des formules d'assurance-vie dans lesquelles l'aléa tendait à être de plus en plus ténu, tandis que l'administration demeurait indifférente⁸⁹². Désormais, la majorité des contrats d'assurance-vie sont en réalité des contrats commutatifs d'épargne, identiques dans leur nature à des contrats de capitalisation.

La question de la qualification des contrats d'assurance-vie modernes a été soumise à la Cour de cassation en 2004, qui a tranché en faveur de la qualification de contrat d'assurance. Cette décision, à défaut d'être juridiquement rigoureuse, a permis d'éviter la catastrophe financière qu'eût engendrée la requalification des contrats en cause⁸⁹³.

Néanmoins, le caractère commutatif de ces opérations rend inadéquat l'essentiel du régime du contrat d'assurance ; leur intégration dans cette catégorie doit donc être limitée à la question de l'application du régime de faveur accordé aux contrats d'assurance-vie en matière fiscale et patrimoniale. Cette extension de régime est techniquement possible, dans la mesure où ces dispositions dérogatoires ont été imposées non pas en raison des caractéristiques intrinsèques des contrats d'assurance-vie, mais en raison de choix politiques ayant comme visée de favoriser les opérations de prévoyance. Politiquement, l'extension du régime dérogatoire aux contrats d'épargne trouve sa justification dans l'allongement de la durée de vie et l'essor de l'individualisme, qui entraînent la mutation de la notion de prévoyance.

892. Tous les documents que les assureurs destinaient au public ne pouvaient être diffusés qu'après avoir obtenu l'autorisation de l'administration (voir V. HEUZÉ, « Un monstre et son régime... » cit., p. 194).

893. La dépréciation de la valeur des actifs aurait été inévitable, tandis que les souscripteurs n'auraient pas manqué de questionner la validité des contrats et de rechercher la responsabilité des assureurs pour manquement à leur devoir d'information (*ibid.*, p. 194).

Désormais, la qualification fonctionnelle des contrats d'assurance-vie modernes repose sur deux critères : la dénomination donnée par les parties à leur contrat ; la qualité d'assureur agréé de l'une des parties. Par ailleurs, dans la mesure où la qualification d'assurance-vie a des conséquences négatives pour les créanciers du souscripteur, de sorte qu'il est à craindre qu'elle ne devienne le refuge des mauvais payeurs, deux limitations existent : la réduction des primes dont le montant est manifestement exagéré eu égard aux facultés du souscripteur, et la requalification en donation imposée par la Cour de cassation lorsque l'opération ne présente pas d'aléa viager.

Conclusion de la seconde partie

436 Certains contrats proposés par les assureurs ne répondent pas aux critères conceptuels que nous avons identifiés précédemment. Il demeure que ces opérations ont été ouvertes à l'assurance en raison de choix économiques et politiques. C'est pourquoi la définition conceptuelle doit être complétée par des définitions fonctionnelles, dont les critères de qualification ne reposent pas sur les caractéristiques intrinsèques des contrats en cause, mais sur des choix économiques et politiques qui imposent l'application du régime du contrat d'assurance à des opérations conceptuellement distinctes.

Ainsi, les paris ne sont pas des assurances. Néanmoins il existe des hypothèses dans lesquels les paris permettent de garantir des opérations utiles : afin que l'assureur et l'assuré ne soient pas soumis à l'exception de jeu, le choix a été fait d'écarter le régime des paris et d'appliquer celui des contrats d'assurance. Les paris peuvent donc recevoir la qualification fonctionnelle de contrat d'assurance, dès lors qu'ils ont été souscrits auprès d'une entreprise d'assurance.

Les contrats d'assurance-vie modernes ne sont pas non plus des contrats d'assurance, mais bien des contrats de capitalisation. Néanmoins, devenus à présent l'essentiel des opérations réalisées par les assureurs, ces contrats ont été qualifiés de contrats d'assurance afin d'éviter une catastrophe financière, de sorte qu'ils bénéficient des privilèges fiscaux et successoraux réservés à l'assurance-vie. Comme pour les paris, un critère de qualification *ratione personae* s'impose, auquel il faut adjoindre, bien que cela soit juridiquement contestable, la dénomination donnée par les parties à leur contrat et la constatation d'un aléa viager.

Conclusion générale

437 Comme tout contrat auquel est associé un régime spécifique, la mise en œuvre du régime du contrat d'assurance dépend de l'identification de critères de qualification sur lesquels il n'existe pourtant pas de consensus ; c'est pourquoi il nous a semblé nécessaire dans un premier temps de tenter d'identifier les critères constitutifs du concept, après avoir établi un protocole de qualification fondé sur l'identification de la cause typique du contrat.

Avant la réforme du droit des obligations, le code civil classait les contrats d'assurance dans la catégorie des contrats aléatoires⁸⁹⁴. Cependant, cette notion a récemment connu de profonds bouleversements à l'occasion de la polémique relative à la qualification des contrats d'assurance-vie modernes, puisque la Cour de cassation a estimé qu'un simple aléa viager suffisait à rendre un contrat aléatoire. Néanmoins, l'aléa étant la cause des contrats aléatoires, la recherche d'une cause typique implique la nécessaire mise à l'écart des définitions non discriminantes, parmi lesquelles l'aléa viager, puisque le risque de décès menace tout contrat conclu *intuitu personae*. Il nous semble que la cause de tous les contrats aléatoires consiste en la recherche par les parties d'une chance de gain corrélée à un risque de perte. Cette mise en concurrence des parties (si je gagne, tu perds ; si tu gagnes, je perds) peut être au service de deux traitements distincts de l'aléa : la garantie ou la spéculation.

Le contrat d'assurance constitue le parangon des contrats de garantie ; en effet, la cause de l'engagement du souscripteur est la recherche de l'indemnisation d'un préjudice. Il s'agit de l'intérêt d'assurance, qui peut être moral ou matériel, et constitue un élément caractéristique de tous les contrats d'assurance. Ainsi, la fonction indemnitaire est le propre des contrats d'assurance. Néanmoins, elle constitue un élément caractéristique insuffisant pour définir les contours de la catégorie, en raison de son impact limité sur le contenu des règles applicables. En effet, il convient de distinguer fonction indemnitaire et régime indemnitaire, car ce dernier n'est applicable qu'à certains contrats d'assurance : ainsi, les règles relatives à la sous-assurance,

894. Anc. art. 1964 c. civ.

la surassurance et au cumul d'assurances ne sont applicables qu'aux contrats qui couvrent des dommages objectivement quantifiables ; le recours subrogatoire ne peut être mis en œuvre que si la dette de l'assureur et la dette du responsable du dommage ont exactement le même objet, c'est-à-dire que si elles indemnisent le même préjudice, en nature et dans son montant. Ainsi, la mise en œuvre du régime indemnitaire dépend de considérations purement pratiques.

438 C'est pourquoi il nous a semblé nécessaire de compléter la définition du contrat d'assurance avec l'étude de la cause de l'engagement de l'assureur. Si, à première vue, cette cause est aisée à définir, puisque le souscripteur s'engage en vue de percevoir une somme d'argent, il demeure qu'une telle définition ne permet pas d'opérer une distinction entre les contrats d'assurance et d'autres contrats conceptuellement proches, comme les contrats financiers. En effet, ces contrats sont au service de finalités diverses, qui incluent aussi bien la spéculation que la garantie. Il faut donc associer la cause de l'engagement de l'assureur à la notion de garantie, opération difficile en raison de deux obstacles : la garantie est une notion complexe aux contours fuyants ; de plus, lorsque l'assureur est une société anonyme ou européenne, le souci de fournir une garantie s'écarte devant la recherche de bénéfices. Comment faut-il dès lors définir la fourniture d'une garantie dans le cadre de l'assurance ?

Les propositions doctrinales qui définissent les contrats de garantie comme des contrats de transfert de risques ne permettent pas d'adopter une définition de la garantie satisfaisante, car elles se fondent sur un langage métaphorique dont la seule vertu est pédagogique ; le recours à la notion d'obligation de couverture n'est pas non plus satisfaisant, car il n'est que l'expression en termes obligationnels de la force obligatoire du contrat.

L'étude des dispositions spécifiques au contrat d'assurance implique de définir la fourniture d'une garantie par l'assureur en recourant au critère technique de la mutualisation des risques. En effet, le régime du contrat d'assurance a ceci de spécifique qu'il énonce des règles dont la *ratio legis* est l'organisation et le bon fonctionnement de la mutualité. Il nous semble donc que l'on ne peut faire abstraction de la technique d'assurance dans la définition du contrat, et que la cause de l'engagement de l'assureur se définit comme le souci de percevoir une prime ou une cotisation en vue de mutualiser les risques. Cette proposition implique que la définition juridique du contrat d'assurance repose sur un critère purement économique. Néanmoins, il nous semble qu'elle est justifiée par la fonction même du contrat d'assurance : ce dernier est objectivement utile car il permet la mise en œuvre d'une technique de garantie à grande échelle. C'est ce critère qui permet de justifier sa reconnaissance en tant que contrat et l'application du régime spécifique

associé.

439 La notion conceptuelle de contrat d'assurance se définit donc comme un contrat aléatoire de garantie par mutualisation des risques. Trois éléments entrent donc dans cette définition : le caractère aléatoire du contrat, l'intérêt d'assurance, et la technique d'assurance par mutualisation des risques.

440 Par ailleurs, il nous a semblé nécessaire de compléter la définition conceptuelle du contrat d'assurance par l'examen de qualifications fonctionnelles. Ces qualifications reposent non pas sur des éléments relevant de la nature intrinsèque du contrat, mais sur des choix politiques imposant l'extension du régime du contrat d'assurance, et par conséquent l'élargissement de la catégorie, à des opérations conceptuellement distinctes.

Cette démarche est nécessaire dans la mesure où, d'une part, l'activité d'assurance évolue constamment, d'autre part, le rôle économique et social des entreprises d'assurance est si important qu'il est souhaitable d'étendre leurs fonctions lorsque cela se révèle socialement et économiquement utile.

441 Ainsi, les assureurs ne sont pas limités par la technique d'assurance. Pourtant, les contrats aléatoires qui ne permettent pas une mutualisation des risques sont des paris. Néanmoins, il existe des hypothèses dans lesquelles ces contrats de pari sont économiquement utiles, puisqu'ils permettent la garantie de risques qui sont techniquement inassurables. C'est le cas lorsqu'un assureur décide de garantir les risques spatiaux par exemple : l'absence d'homogénéité des risques et de statistiques fiables empêche toute mise en œuvre de la loi des grands nombres. Néanmoins, dans la mesure où ces contrats ont une fonction de garantie, il serait regrettable économiquement que l'on puisse opposer l'exception de jeu à l'assureur et à l'assuré. En revanche, le régime du contrat d'assurance leur est beaucoup plus adapté. Par conséquent, nous avons identifié une première notion fonctionnelle de contrat d'assurance, dont le critère de qualification repose sur la qualité d'une des parties en tant qu'assureur agréé.

442 D'autres contrats ne correspondent pas aux critères conceptuels que nous avons identifiés, bien qu'ils soient couramment proposés par les assureurs : il s'agit des contrats d'assurance-vie modernes, dont le caractère aléatoire est problématique, et dont la qualification a suscité les controverses les plus vives. Cette question a été soumise à la Cour de cassation en 2004, qui a tranché en faveur de la qualification de contrat d'assurance. Cette décision était motivée non pas par des considérations

juridiques rigoureuses, mais par le souci d'éviter une catastrophe financière. En effet, en plus de la dépréciation de la valeur des actifs que la requalification aurait nécessairement engendrée, les souscripteurs auraient massivement recherché la responsabilité des assureurs pour manquement à leur devoir d'information.

Néanmoins, le caractère commutatif de ces opérations empêche l'application de l'essentiel du régime du contrat d'assurance ; leur intégration dans cette catégorie doit donc être limitée à la question de l'application du régime de faveur accordé aux contrats d'assurance-vie en matière fiscale et patrimoniale. Leur qualification varie donc selon la règle de droit envisagée. Pour leur appliquer le régime dérogatoire normalement réservé aux contrats d'assurance-vie, leur qualification fonctionnelle repose sur trois critères : la dénomination donnée par les parties à leur contrat ; la qualité d'assureur agréé de l'une des parties ; enfin, l'existence d'un aléa viager.

Bibliographie

Traité et ouvrages généraux

Vocabulaire juridique, sous la dir. de G. Cornu, Association H. Capitant, P.U.F., 11e éd., 2016.

Dictionnaire de la culture juridique, sous la dir. de D. Alland et S. Rials, PUF, 2003.

Lamy Assurances, contrat d'assurance, assurances de dommages, assurances de personnes, intermédiaires d'assurance, ouvrage collectif, sous la dir. de J. Kullmann, éditions Lamy, 2017.

B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, L.G.D.J., 2015.

J.-L. BELLANDO, J. BIGOT, S. CABRILLAC, B. JADAUD, J. MOREAU et G. PARLÉANI, *Traité de droit des assurances, entreprises et organismes d'assurance*, t. 1, dir. J. Bigot, L.G.D.J., 2011.

A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, L.G.D.J., 11e éd., 2015.

A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, L.G.D.J., 16e éd., 2016.

C. J. BERR et H. GROUTEL, *Les grands arrêts du droit des assurances*, 1978.

J. BIGOT, P. BAILLOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, *Traité de droit des assurances, Les assurances de personnes*, t. 4, dir. J. Bigot, L.G.D.J., 2007.

J. BIGOT, J. BEAUCHARD, V. HEUZÉ, J. KULLMANN, L. MAYAUX et V. NICOLAS, *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, t. 3, dir. J. Bigot, L.G.D.J., 2014.

T. BONNEAU, *Droit bancaire*, L.G.D.J., coll. Domat, 2017.

T. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, Economica, 2010.

- J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. précis, 2015.
- P. L. CANNU, T. GRANIER et R. ROUTIER, *Instruments de paiement et de crédit, titrisation*, Dalloz, coll. précis, 2017.
- J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations, tome 4*, P.U.F., 2000.
- G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, coll. Domat, 2007, 13e éd..
- D. DANJON, *Traité de droit maritime, t. V, Assurances, prêt à la grosse*, Recueil Sirey, 1930.
- R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI et M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 2016.
- P. DELEBECQUE, *Droit maritime*, Dalloz, coll. précis, 13e éd., 2014.
- F. DOUET, *Précis de droit fiscal de la famille*, Lexis Nexis, 2016.
- M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, P.U.F., coll. Thémis, Droit, 3e éd., 2012.
- G. FARJAT, *Droit privé de l'économie, 2, Théorie des obligations*, PUF, 1975.
- E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, 2004.
- C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Lexis Nexis, 2015.
- J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L.G.D.J., 2006.
- J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t.1, le contrat, le consentement*, L.G.D.J., 2013.
- M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, Litec, 2001.
- H. GROUDEL, F. LEDUC, P. PIERRE et M. ASSELAIN, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Litec, 2008.
- C. JUBAULT, *Droit civil, les successions, les libéralités*, Montchrestien, 2e éd., 2010.
- J. LAMARQUE, O. NÉGRIN et L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, Lexis Nexis, 2014.
- Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 2000.
- Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 13e éd., 2011.
- C. LARROUMET, *Droit civil, les obligations, le contrat (t. 3)*, Economica, 2007.
- C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial, t. 6*, Paris, librairie Cotillon, 1902.
- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, L.G.D.J., 2015.
- P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des successions et des libéralités*, L.G.D.J., 2016.
- P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, L.G.D.J., 2014.

- P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, L.G.D.J., 2004.
- P. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec, 8e éd., 2003.
- G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations, les sources*, t. 1, Sirey, 2e éd., 1988.
- H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et M. DE JUGLART, *Leçons de droit civil, t.III, vol. 2*, Montchrestien, 1968.
- A.-D. MERVILLE, *Droit financier*, Gualino, Lextension éditions, 2015.
- V. NICOLAS, *Droit des contrats d'assurance*, Economica, 2012.
- M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, L.G.D.J., 1950.
- M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, L.G.D.J., 1975.
- M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres, le contrat d'assurance*, (t.1), L.G.D.J., 1982.
- M. PLANIOL et G. RIPERT, *Droit civil français, t. V, Donations et testaments*, L.G.D.J., 1957.
- G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil, d'après le traité de Planiol, t. III*, Paris, librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958.
- J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, P.U.F., coll. Thémis, Droit, 2011.
- C. SAINRAPT, *Dictionnaire générale de l'assurance*, Arcature, 1996.
- F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, Dalloz, 2014.
- F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013.
- F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil, obligations, régime*, PUF, 2013.

Thèses, monographies et ouvrages spécialisés

Les garanties de financement, Travaux de l'association Henri Capitant, t.XLVII, 1996, L.G.D.J..

M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, préf. L. Aynès, 2002.

- C. ANCEY et L. SICOT, *La loi sur le contrat d'assurance (loi du 13 juillet 1930)*, L.G.D.J., 1930.
- A. ASPECT, R. BALIAN, S. BALIBAR, E. BRÉZIN, B. CABANE, S. FAUVE, D. KAPLAN, P. LENA, J.-P. POIRIER et J. PROST, *Demain, la physique*, Odile Jacob, 2004.
- L.-M. BALCET, *La protection de l'assuré et la loi française du 13 juillet 1930 (assurances contre l'incendie)*, Th. université de Strasbourg, 1931.
- N. BARGUE, *Essai sur la notion de garantie*, Th. dactyl. Université Paris I, 2008.
- J.-M. BEACCO et B. HUBAUD, *Titrisation, maillon clé du financement de l'économie*, Eyrolles, RB éditions, 2013.
- S. BEAUGENDRE, *Contrat d'assistance et activité d'assurance*, L.G.D.J., préf. F. Collart Dutilleul, 2000.
- C. BÉGUIN, *Les contrats d'assurance sur la vie et le droit patrimonial de la famille*, th. Paris II, 2011.
- A. BÉNABENT, *La chance et le droit*, L.G.D.J., 1973.
- J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, P.U.F., coll. Thémis, Droit, 2001.
- I. BESSIÈRES-ROQUES, C. FOURNIER, H. HUGUES-BÉJUI et F. RICHE, *Précis d'évaluation du dommage corporel*, Ed. l'argus de l'assurance, 2001.
- M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, L.G.D.J., 2006.
- L. BOYER, *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Thèse Toulouse, 1947.
- M. BUCHBERGER, *Le contrat d'apport : Essai sur la relation entre la société et son associé*, préf. M. Germain, éd. Univ. Panthéon-Assas Paris, 2009.
- H. CAPITANT, *De la cause des obligations, contrats, engagements unilatéraux, legs*, Dalloz, 3e éd., 1927.
- J.-A. CHABANNES et N. EYMARD-GAUCLIN, *Le manuel de l'assurance vie*, Ed. l'argus de l'assurance, 2004.
- F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé, contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008.
- C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, préf. Frédéric Pollaud-Dulian, P.U.A.M., 2002.
- P. CROCQ, *Propriété et garantie*, , préf. M. Gobert, L.G.D.J., 1995.
- J.-B. DARRACQ, *L'Etat et le jeu*, thèse Lyon II, 2005.

- B. DEMONT, *L'aléa dans le contrat d'assurance*, préf. L. Leveneur, Institut universitaire Varenne, collection des thèses, 2013.
- F. EWALD, *L'Etat providence*, Grasset, 1986.
- P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Videcoq, Paris, 1836.
- M. FONTAINE, *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, C.I.D.C., Bruxelles, 1966.
- C. L. GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé*, préf. de Alain Sériaux, L.G.D.J., 2007.
- A. GAUDEMET, *Contribution à l'étude juridique des dérivés*, thèse Paris 2, préf. H. Synvet, 2008.
- GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1921.
- O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC et E. MICHEL-KERJAN, *Traité des nouveaux risques*, Gallimard, coll. Folio actuel, 2002.
- H. GROUDEL, *Le contrat d'assurance*, Connaissances du droit, Dalloz, 1997.
- Q. GUIGUET-SCHIELÉ, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux*, , préf. M. Nicod, Dalloz, 2015.
- J. HAGE-CHAHINE, *Les contrats de transfert de risque*, sous la dir. de F. Drummond, L.G.D.J., 2016.
- J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Puf, 2e éd., 2012.
- J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, Economica, préf. N. Molfessis, 2012.
- M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Dalloz, 2010 (fac-sim. de l'éd. de Paris : Sirey 1910).
- X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, th. multigr., univ. Nancy II, 1992.
- V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux*, GLN, 1990.
- M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, L.G.D.J., préf. D. Mazeaud, 2009.
- N. LEBLOND, *Assurances et sûretés*, thèse Paris 2, préf. L. Leveneur, 2007.
- H. LECLERCQ, *Introduction au droit chinois des contrats*, GLN Joly éditions, 1994.
- E. LEIN et B. VOLDERS, « Liberté, loyauté et convergence, la responsabilité précontractuelle en droit comparé », *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, P.U. d'Aix-Marseille, 2009.
- S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération*, Economica, préf. C. Brenner, 2012.
- R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. Mayer, L.G.D.J., 1992.

- A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, L.G.D.J., 2005.
- D. MARTEL, *Le rapport d'obligation dans une communauté de personnes*, préf. Ph. Stoffel-Munck, I.R.J.S. éditions, 2012.
- M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, P.U.F., coll. Thémis, Droit privé, 2001.
- P. MAURIN, *Connaître et comprendre l'assurance construction*, L'Assurance française, 1996.
- L. MAYAUX, *Encyclopédie Dalloz, Droit civil, Ass. terr.*
- L. MAYAUX, *Les grandes questions du droit des assurances*, L.G.D.J., 2011.
- V. MAZEAUD, *L'obligation de couverture*, préf. P. Jourdain, I.R.J.S. Editions, 2010.
- J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, L.G.D.J., 1979.
- O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, L.G.D.J., préf. J. Ghestin, 2001.
- F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, préf. A. Bénabent et A. Lyon-Caen, Presses universitaires de la faculté de Droit de Clermont-Ferrand, L.G.D.J., 2001.
- A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, Presses universitaires de la faculté de Droit-Université d'Auvergne, L.G.D.J., 1998, préf. Alain Ghozi.
- H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, 2002.
- C. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Université de Montpellier I, 1977.
- I. NAHAS, *Le jeu et le pari en droit*, sous la dir. de D. Mazeaud, Université Paris 2, 2014.
- V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, préf. J. Héron, L.G.D.J., 1996.
- J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, L.G.D.J., 1969.
- P. PAILLER, *Le contrat financier, un instrument financier à terme*, préf. J.-J. Daigre, IRJS éditions, 2011.
- C. PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1979, nouvelle éd. 1999.
- J.-A. PIETRI, *Comment garantir le risque crédit ?*, L'argus éditions, 1994.
- L.-F. PIGNARRE, *Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé, essai d'une théorisation à partir d'une distinction*, préf. J.-P. Tosi, L.G.D.J., 2010.

C. POPULIN-DESCHAMPS, *La cause du paiement, une analyse innovante du paiement et des modes de paiement*, préf. A. Prüm, éd. Larcier, coll. de la faculté de droit, d'économie et de finance de l'université du Luxembourg, 2010.

L. RAVILLON, *Droit des activités spatiales. Adaptation aux phénomènes de commercialisation et de privatisation*, travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Université de Bourgogne, CNRS, Litec, 2004.

A. RICHARD, *Le paiement de la dette d'autrui*, préf. Jean-Baptiste Donnier, P.U.A.M., 2007.

J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, L.G.D.J., 1999.

S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Dalloz, 2e éd., 2002.

S. ROUXEL, *Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français*, thèse Grenoble II, 1994.

J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse Lille, 1977.

F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, L.G.D.J., 1956.

P.-E. THÉRON, *Mesure et gestion des risques d'assurance : analyse critique des futurs référentiels prudentiels et d'information financière*, thèse, Paris 1, 2007.

H. D. TRAN, *Les opérations tontinières d'épargne*, éd. Panthéon-Assas, coll. Thèses, préf. L. Leveneur, 2014.

A. TRESCASES, *Assurances et droit des régimes matrimoniaux*, préf. Rémy Cabrillac, Defrénois, 2007.

V. VINDARD, *La qualification en droit fiscal*, sous la dir. de Y. Sérandour, th. Université de Rennes 1, 2014.

Etudes, articles et notes de jurisprudence

S. AGBAYISSAH et M.-A. LEPAGE, « Les "caps", "floors" et "collars" à l'épreuve d'une qualification en opération d'assurance », *Revue de droit bancaire et de la bourse*, 1996, n°58, p. 224.

- M. ALBERT, « Le rôle économique et social de l'assurance », *Encyclopédie de l'assurance*, 1998.
- P. AMSELEK, « Ontologie du droit et logique déontique », *Cahiers de philosophie juridique et politique de l'université de Caen*, 1995, n. 27, pp. 115-159.
- P. AMSELEK, « La part de la science dans les activités des juristes », *D.*, 1997, chron. pp. 337-342.
- B. ANCEL, « L'objet de la qualification », *JDI*, 1980.
- P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999.
- J. V. ANDERSEN, Y. MALEVERGNE et D. SORNETTE, « Comprendre et gérer les risques grands et extrêmes », *Risques*, n° 49, mars 2002.
- F. AUCKENTHALER, « Instruments financiers à terme ou contrats financiers », *J.-Cl. Banque, crédit, bourse*, fasc. 2050, 2013.
- M. BACACHE, « Office du juge et responsabilité civile », *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, 2008.
- J. BARBANCEY, « Valeur à neuf et enrichissement », *Gaz. Pal.*, 9 janvier 1988, Doct. p. 28..
- H. BATIFFOL, « La "crise du contrat" et sa portée », *APD*, 1968, p. 13.
- C. BÉBÉAR, « Les réponses des assureurs aux défis d'un monde en mutation », *Encyclopédie de l'assurance*, Economica, 1998.
- J.-L. BERGEL, « Propos conclusifs », *RRJ n. 26*, *Les concepts en droit : usages et identité*, 2012.
- P. BIDAN, « Le régime d'indemnisation des catastrophes naturelles a-t-il un avenir ? », *RGDA*, 2001, n° 2, p. 243.
- J.-M. BINON et B. DUBUISSON, « L'aléa dans les produits d'assurance vie. le point de vue belge », *Les nouveaux produits d'assurance vie, droit civil et droit fiscal*, Actes du colloque du 3 déc. 1999, Academia- Bruylant, 2000.
- X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... », *Les notions juridiques (dir. G. Tusseau)*, Economica, 2009.
- J. BLONDEAU, « Entretien avec Jean-Hervé Lorenzi et Pierre Picard », *Risques*, n° 40, 1999, p. 7.
- R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause) », *D.*, 2015, p. 335.
- R. BOFFA, « La cause, une assurance tous risques », *D.*, 2016, p. 458.
- M. S. CANTER, J. B. COLE et R. L. SANDOR, « Titrisation des risques. les options du chicago board of trade », *Risques*, n° 28, 1996.

- J. CASEY, « Assurance-vie et communauté conjugale », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, 2012.
- B. CASTAGNÈDE, « Nature et caractères du droit fiscal », *Dr. fisc.*, 2007, suppl. n° 25, 623.
- A. CHARPENTIER, « La loi des grands nombres et le théorème central limite comme base de l'assurabilité ? », *Risques*, 2011, n° 86.
- F. CHÉNEDE, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, du mythe à la réalité », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2012, 4, pp. 155-181.
- F. CHÉNEDE, « La cause est morte... vive la cause ? », *Contrats, concurrence, consommation*, n° 5, mai 2016, dossier 4.
- P.-A. CHIAPPORI, « Les limites de l'assurance privée : que dit la théorie économique ? », *Risques*, n° 30, 1997.
- F. COLONNA D'ISTRIA, « Le concept de concept juridique », *RRJ n. 26, Les concepts en droit : usages et identité*, 2012.
- G. COURTIEU, « Propos hérétiques sur un arrêt orthodoxe (au sujet de la valeur de rachat dans les assurances sur la vie) », *RCA*, 1995, chron. n° 18.
- M. COZIAN, « Propos désobligeants sur une « tarte à la crème » : l'autonome et le réalisme du droit fiscal », *Dr. fisc.*, 1999, n° 13, p. 530.
- M. COZIAN, « La définition fiscale du commerçant », *Aspects actuels du droit commercial français, études dédiées à René Roblot*, L.G.D.J., 1984.
- D. CUMMINS, « Cycles de la réassurance et titrisation des risques catastrophe », *Risques*, n° 41, 2000.
- V. DA SILVA, « Jeu et droit », *JCP G*, 2011.1029.
- M. DAGOT, « L'esprit des réformes récentes du droit successoral », *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 305.
- D. DEROUSSIN, « La notion de contrat », *Le contrat : approches historiques et théoriques, Cahiers du Centre lyonnais d'histoire du droit et de la pensée politique*, 2004.
- P. DIDIER, « Le consentement sans l'échange : contrat de société », *RJ com., numéro spécial : L'échange des consentements*, 1995, p. 74.
- P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *L'avenir du Droit, mélanges en l'honneur de François Terré*, 1999, pp. 635-642.
- G. DIONNE et S. E. HARRINGTON, « An introduction to insurance economics », *Foundations of Insurance Economics, readings in Economics and Finance*, Kluwer academic publisher, 1990.

- W. DROSS, « L'identité des concepts juridiques : quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principe ? », *RRJ*, 2012, n. spéc. Les concepts en droit : usages et identité.
- B. DUBUISSON, « Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. nouveau débat, nouvelles questions », *Mélanges Jean Bigot*, L.G.D.J., 2010.
- B.-H. DUMORTIER, « Recherche d'un nouveau fondement de la validité de la clause d'accroissement eu égard à la prohibition des pactes sur succession future », *RTD civ.*, 1987.
- M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.*, 1996, p. 85.
- P. FLORIN, « Y aura-t-il des cycles au xxie siècle ? », *Risques*, n° 41, 2000.
- H. FULCHIRON, « De l'institution aux droits de l'individu : Réflexion sur le mariage au début du XXIe siècle », *Le monde du droit, écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008.
- E. GABRIELLI, « Tipo contrattuale », *Studi sui contratti*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2000.
- A. GAUDEMET, « La réforme des marchés dérivés de gré à gré : les causes d'un retard », *D.*, 2010.1038.
- J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.*, 1982, chron. 1 à 10.
- J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, v.92, 2e et 3e trimestres, 2000.
- J. GHESTIN, « La cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », *JCP G*, 2005, doctr. 111.
- J. GHESTIN, « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables, rapport de synthèse », *La relativité du contrat, Travaux de l'association Henri Capitant*, L.G.D.J., 1999.
- J. GILISSEN, « Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles -essai de synthèse générale -les sûretés personnelles », *Recueils de la société Jean Bodin*, tome XXVIII, Editions de la Librairie Encyclopédique, Bruxelles, 1974.
- M. GRIMALDI, « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », *Defrénois*, 1994.35841.
- M. GRIMALDI, « L'assurance-vie et le droit des successions », *Defrénois*, 2001. 37276.
- M. GRIMALDI, « Des donations-partages et des testaments-partages au lendemain de la loi du 23 juin 2006 », *JCP N*, 2006.1320.
- H. GROUDEL, « Le cantonnement du caractère indemnitaire de certaines assurances de personnes », *RCA*, 1993, p. 29.

- F. GRUA, « La distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTD civ.*, 1983, p. 263.
- F. GRUA et N. CAYROL, « Monnaie, dettes de valeur. principales applications, liquidation », *J.-Cl. Civil code*, fasc. 21, 2012.
- C. GUETTIER, « Indemnisation des victimes de catastrophes naturelles et socialisation du risque », *RGDA*, 1997, n° 3, p. 671.
- M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social, *in* Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté », *Cahiers de la Nouvelles Journée*, n° 23, 1933.
- V. HEUZÉ, « Assurance-crédit et sûretés personnelles », *D.*, 2014.
- V. HEUZÉ, « Un monstre et son régime : le contrat commutatif d'assurance sur la vie », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Bigot*, L.G.D.J., 2010.
- H. HOVASSE et N. MARTIAL-BRAZ, « La titrisation », *J.-Cl. Banque, crédit, bourse*, fasc. 2260, 2013.
- L. HUSSON, « les apories de la logique juridique », *La logique juridique (Travaux du IIe colloque de philosophie du droit comparé)*, Toulouse, 1966, éd. Pédone, 1967.
- P. JAEGER, « L'assurance parmi les instruments de transfert des risques », *Encyclopédie de l'assurance*, 1998, p. 1623.
- C. JAUMAIN, « Faut-il disqualifier l'assurance vie ? l'assurance vie doit-elle conserver ses privilèges tels que sa durée et l'intensité du risque ? », *Les nouveaux produits d'assurance vie, droit civil et droit fiscal*, Academia-Bruylant, 2000.
- P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », *Etudes offertes au professeur Philippe Malinvaud*, 2007, pp. 303-315.
- G. KALINOWSKI, « Logique formelle et droit », *La logique juridique (Travaux du IIe colloque de philosophie du droit comparé)*, Toulouse, 1967.
- N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », *Mélanges en l'honneur de Christian Mouly, t. 2*, v.Litec, 1998.
- H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, pp. 33-76.
- J. KULLMANN, « Contrats d'assurance sur la vie : la chance de gain ou de perte », *D.*, 1996.
- J. KULLMANN, « Assurances terrestres, droit des assurances », *JCP G*, 2003, doct. 124, n° 3.
- P. LAGADEC et B. TOPPER, « Mégarisques : défis théoriques, réponses opérationnelles », *Risques*, n° 86, 2011.

- Y.-M. LAITHIER, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.*, 2006, p. 1003.
- Y.-M. LAITHIER, « Aléa et théorie générale du contrat », *L'aléa, Journées nationales, Association H. Capitant, Tome XIV, Le Mans*, Dalloz, 2011.
- Y. LAMBERT-FAIVRE, « Le lien entre la subrogation et le caractère indemnitaire des prestations des tiers payeurs », *D.*, 1987, chron. 18, p. 97.
- J.-M. LAMÈRE, « Assurance et catastrophes : aujourd'hui et demain », *Risques*, n. 42, 2000.
- Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », *Etudes de droit privé, mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008.
- R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Deffrénois*, 2000, p. 1409.
- R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à J.-L. Aubert*, 2005.
- R. LIBCHABER, « Chronique de jurisprudence civile générale », *Deffrénois*, 2005, p. 617.
- I. R. MACNEIL, « Relational contract theory : challenges and queries », *94 Nw. U. L. Review* 877, 1999-2000.
- S. MAGNAN, « Solidarité et catastrophes naturelles », *Risques*, n. 42, 2000.
- D. MAINGUY, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *JCP E*, n° 7, 2016, act. 151.
- P. MARIE-JEANNE, « Profession à risques ou professions risquées. comment assurer tous les acteurs de la construction ? », *Risques*, n° 68, déc. 2006.
- P.-G. MARLY, « Entreprises d'assurance », *J.-Cl. Responsabilité civile et assurances*, fasc. 504-60, 2015.
- D. MARTIN, « La stipulation de contrat pour autrui », *D.*, 1994, chron. p. 145.
- B. MATHIEU, « Les jeux d'argent et de hasard en droit français », *LPA*, 8 janv. 1999.
- J. MAURY, « Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence », *RID comp.*, 1951. 485.
- L. MAYAUX, « Réflexions sur l'arrêt leroux », *JCP G*, 2000.
- L. MAYAUX, « Indemniser forfaitairement les tempêtes ? », *Risques*, 2012, n°91.
- M. MEKKI, « Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle (c. civ., art. 1170) », *JCP N*, 2016, act. 1227.
- G. MÉNÉROUD, « Vers un retour aux fondements de l'assurance-vie : la gestion de l'aléa viager », *Risques*, n° 79, septembre 1999.

- H. MUIR-WATT, « Du contrat « relationnel » », *La relativité du contrat, Travaux de l'association Henri Capitant*, 1999.
- O. MURAIRE et S. PENET, « La problématique d'assurance pour les professions à risques », *Risques*, n° 68, déc. 2006.
- V. NICOLAS, « Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance », *RGDA*, 1998, p. 637.
- J. PARAIN-VIAL, « La nature du concept juridique et la logique », *APD, n° 11, La logique du droit*, 1966.
- G. PARLEANI, « Rehausseurs de crédit et assurance », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Bigot*, 2010.
- G. PARLEANI, « Les assureurs peuvent-ils être banquiers ? », *RGDA*, 2013.
- C. PERELMAN, « Raisonement juridique et logique juridique », *APD, n° 11, La logique du droit*, 1966.
- P. PESTIEAU, « Assurance sociale et intégration économique », *Risques*, n° 40, 1999, p. 95.
- N. PETERKA, P.-G. MARLY et S. GOSSOU, « Chronique bancassurance », *Banque et droit*, n° 120, 2008.
- P. PICARD, « Les frontières de l'assurance », *Risques*, n. 42, 2000.
- P. PICARD, « Les frontières de l'assurabilité », *Risques*, n° 54, 2003.
- M. PLANIOL, « Classification synthétique des contrats », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1904, p. 470.
- S. PRAICHEUX, « Instruments financiers à terme », *Dalloz Rép. Soc.*, 2015.
- M. PROVOST, « La notion d'intérêt d'assurance », *RGDA*, 2009, p. 713.
- G. QUINTANE, « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », *Les notions juridiques (dir. G. Tusseau), Economica*, 2009.
- J.-C. ROCHET, « Assurabilité et financement des risques », *Encyclopédie de l'assurance, Economica*, 1998.
- J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC*, 2004, p. 47.
- J. ROCHFELD, « La cause », *Dalloz Rép. civ.*, 2012.
- J. ROCHFELD, « La rupture efficace », *Droit et économie des contrats*, sous la dir. de Ch. Jamin, L.G.D.J. 2008.
- J. ROUSSEL et S. BECQUÉ-ICKOWICZ, *Risques et assurances construction*, L'argus de l'assurance, 2016.
- P. SIMLER, « Contrats et obligations, classifications des obligations, distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *J.-Cl. Civil code*, fasc. 10, 2016.

- K. SINZ, « Quel financement optimal du risque tempêtes ? », *Risques*, n°91, 2012.
- G. SOUSI, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », *RTD civ.*, 1982.
- O. TOURNAFOND, « La cession directe de clientèle civile et la vente du "fonds libéral" en droit français », *D.*, 2002, p. 930.
- O. TOURNAFOND, « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français », *D.*, 2008, p. 2607.
- G. TUSSEAU, « Critique d'une métonymie fonctionnelle, la notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *RFDA*, 2009, p. 641.
- G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (la légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *JCP*, 1948, I, 682.
- G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, 1950.I .851.
- M. VILLEY, « Histoire de la logique juridique », *La logique juridique (Travaux du IIe colloque de philosophie du droit comparé)*, Toulouse, 1966, éd. Pedone, 1967.
- F. VINCENT, « Droit public et assurance », *RGAT*, 1991. 241.
- G. WICKER, « Le nouveau droit des libéralités : entre évolution, révolution et contre-révolution », *Droit et patrimoine*, n° 157, 1er mars 2007.
- F. ZENATTI, « Nullité d'une cession de clientèle médicale, faute d'objet et de cause », *RTD civ.*, 1991, p. 560.

Index

A

aléa, 69, 75, 76, 189, 190, 207, 244, 275, 278, 282, 301
aléa viager, 73, 302, 306, 307
assurance collective, 195, 196
contrat-cadre, 196
stipulation de contrat pour autrui, 198
stipulation pour autrui, 197
assurance construction, 228
responsabilité décennale des constructeurs, 229
assurance crédit, 232
assurance-vie, 73, 212, 264, 279, 307
aléa, 301
assurance décès vie entière, 267
assurance de capital différé en cas de vie avec remboursement de la réserve mathématique, 273
assurance de capital différé en cas de vie avec remboursement des primes, 271
assurance de capital différé en cas de vie sans remboursement de primes, 269
assurance de rente viagère, 268
assurance en cas de décès, 267
assurance en cas de vie, 266

assurance mixte, 270, 276
assurance temporaire décès, 267
assurance vie/décès à terme fixe, 274
avantages fiscaux, 265, 286
communauté, 265, 293
contrat d'assurance-vie moderne, 266, 269, 275, 280, 286, 295, 305, 307
critère de qualification, 296, 306
insaisissabilité, 265, 281, 297
rapport (exclusion), 264, 281, 289
réduction (exclusion), 264, 281, 289
réduction des primes, 300
assurances obligatoires, 229
assurances sociales, 218, 245
assurances spatiales, 227, 254
assurances-emprunteur, 196

B

bail à nourriture, 80

C

cat bonds, 223, 242
cat calls, 224
catégorie juridique, 19
fonction, 24
logique scientifique, 22
notion, 17

- cause
 - cause catégorique, 41
 - cause de l'obligation, 46, 142
 - cause du contrat, 46, 142
 - cause typique, 45, 84, 96, 162
 - réforme, 40, 144
 - sous-type, 85
 - cession de droits litigieux, 83
 - clause d'accroissement, 81
 - clauses cat-nat, 219, 237
 - contrat, 184
 - autonomie de la volonté, 16
 - catégorie contractuelle, 14
 - crise du contrat, 13, 187
 - finalité socio-économique, 46, 124, 140, 169, 180, 181, 185
 - force obligatoire, 155, 181, 185, 200, 205
 - institution, 188, 191–193
 - liberté, 182
 - principes de justice et d'utilité, 185
 - qualification, 13
 - contrat aléatoire, 57, 190
 - aléa juridique et aléa économique, 61, 66
 - cause, 71, 77, 84, 207
 - cause complexe, 68, 239
 - contrôle étatique, 247, 249
 - contrat conditionnel (distinction), 59
 - erreur, 75
 - exception de jeu, 200, 248
 - fonction économique, 198, 199
 - garantie, 199
 - licéité, 246–249
 - obligation conditionnelle, 158
 - spéculation, 199
 - contrat d'échange, 188
 - contrat d'assurance
 - éléments caractéristiques, 122, 207
 - assistance, 160, 162
 - assurance obligatoire, 218
 - cause, 189, 207
 - cause de l'engagement de
 - l'assureur, 87, 139, 169, 202
 - cause de l'engagement du
 - souscripteur, 72, 87, 92
 - contrôle étatique, 250
 - contrat financier (distinction), 134
 - critère fonctionnel de qualification, 255, 296, 307
 - définition jurisprudentielle, 11
 - fonction économique, 200, 202, 203, 205
 - loi du 13 juillet 1930, 174
 - prestation en nature, 160
 - contrat d'intérêt commun, 187
 - contrat de capitalisation, 263–265, 278, 279, 296, 305
 - contrat de cession de risque, 148
 - contrat de coopération, 186, 188, 190
 - contrat de transfert de risque, 147
 - contrats financiers, 127
 - contrat à terme, 129, 136
 - contrat d'échange, 131
 - dérivé de crédit, 131, 136
 - option, 130
 - vente (distinction), 132
- D**
- dommage, 114
 - donation, 288
 - droit fiscal, 284
 - autonomie, 284

- finalité, 285
- E**
- entreprises d'assurance, 305
 contrôle étatique, 251
- épargne, 263
- G**
- garantie, 86, 89, 117, 146, 147, 157,
 169, 170, 180, 200, 203, 205,
 207, 250, 263
- hypersegmentation, 231, 233
- provision, 226, 227, 234, 244
- spéculation (distinction), 86, 96,
 244
- I**
- intérêt d'assurance, 95, 97, 119, 150,
 153
- J**
- jeux et paris, 85, 128, 170, 199, 212,
 255, 257, 307
- cause, 238, 239
- exception de jeu, 245, 246
- immoralité, 247
- L**
- libéralité, 288, 289, 295
- M**
- maintenance, 201, 203
- mutualisation des risques, 221
- N**
- notion, 28
- concept (distinction), 33
- notion conceptuelle, 27
- notion fonctionnelle, 26, 211
- O**
- objet de l'obligation, 169
- objet du contrat, 50, 52, 53, 125, 160,
 163
- obligation de couverture, 72, 152
 période de couverture, 155, 156
- P**
- perte de chance, 149
- prévoyance, 287, 295, 300
- prêt à la grosse aventure, 241
- préjudice, 111
- prestation caractéristique, 141
- principe de spécialité, 12, 235
- principe forfaitaire, 102, 103
- principe indemnitaire, 101, 103, 254
- produits dérivés, 127
- Q**
- qualification, 14
- catégorisation, 15
- objet du contrat, 49
- protocole, 39
- structure du contrat, 47
- R**
- recours subrogatoire, 115
- rente viagère, 78
- risque, 92, 147, 149, 152, 179, 228, 263
- catastrophes naturelles, 219, 244
- risque diversifiable, 222
- risque systémique, 222
- risques, 223
- S**
- Sécurité sociale, 218
- segmentation, 227, 231, 233, 244
- solidarité, 217, 219, 237, 245
- sous-assurance, 114
- stipulation pour autrui, 289
- succession, 290, 292
- surassurance, 113

T

technique d'assurance, 12, 176, 177,
180, 192, 193, 202, 215, 221,
235, 244, 251
loi des grands nombres, 178
théorème central limite, 177

titrisation, 223, 225, 233, 241, 242
tontine, 81
transaction, 80

V

vente immobilière en viager, 85

Table des matières

Liste des principales abréviations	7
Table des matières abrégée	9
Introduction	11
Section 1 L'objet de la méthode : La notion de catégorie contractuelle	14
§1 Le hiatus entre la technique de qualification et la logique juridique contractuelle	14
§2 Le fonctionnement de la logique juridique	17
A Les évolutions historiques de la logique juridique	18
B La logique juridique contemporaine	20
1. L'hésitation entre deux visions de la logique juridique . . .	20
2. Le refus d'assimiler la logique juridique à la logique scientifique	22
Section 2 L'établissement d'une technique de catégorisation	25
§1 La recherche d'une catégorie en adéquation avec la fonction de l'assurance et le concept de contrat	26
A La distinction entre notion conceptuelle et notion fonctionnelle	26
B La description du concept et de la fonction	27
§2 Le recours à la notion de notion	28

Première partie

La notion conceptuelle de contrat d'assurance	31
Titre I Un contrat aléatoire de garantie	37
Chapitre introductif : L'établissement d'un protocole de qualification	39
Section 1 La qualification par la cause du contrat	40
§1 La thèse de Boyer : la qualification par la cause catégorique	41
A Exposé de la thèse de Boyer	41
B Critique de la thèse de Boyer	43
§2 La thèse de Mme Rochfeld : la qualification par la cause typique	45
Section 2 Les méthodes concurrentes	47
§1 La qualification par la structure du contrat : la thèse de M. Henry	47
A Exposé de la thèse de M. Henry	47
B Critique de la thèse de M. Henry	49
§2 La qualification par l'objet du contrat	49
A La théorie de M. Overstake : la qualification par l'objet du contrat, entendu comme l'objet de la prestation principale	50
B La concurrence entre la cause du contrat et l'objet du contrat : exposé de la thèse de Mme Lucas-Puget	53
Chapitre 1 Un contrat aléatoire	57
Section 1 Les définitions contestables de la cause des contrats aléatoires	58
§1 Le nouvel article 1108 du code civil et la dilution inévitable du caractère aléatoire du contrat d'assurance	58
A Première interprétation de l'article 1108 du code civil	59
B Seconde interprétation de l'article 1108 du code civil	60

§2 Contrats aléatoires et diversité des causes	63
A Le contrat envisagé comme une opération de maîtrise du hasard	63
B La distinction entre les contrats économiquement aléatoires et les contrats juridiquement aléatoires	65
Section 2 Définition de la cause des contrats aléatoires	67
§1 La chance de gain ou le risque de perte corrélatifs	68
A Une cause complexe	68
B La notion d'équivalence dans les contrats aléatoires	71
1. Conditions d'appréciation de l'équivalence	71
a) Analyse de l'ancien article 1104 du code civil	71
b) La jurisprudence très contestable en matière d'assurances-vie	73
2. Le prix de l'équivalence	75
§2 L'épuisement de la cause en seulement deux types	77
A Requalification ou disqualification des contrats aléatoires	78
1. Disqualification contractuelle	78
a) La rente viagère	78
b) Le bail à nourriture	80
c) La transaction	80
2. Requalification contractuelle	81
a) La clause de tontine ou clause d'accroissement	81
b) La cession de droits litigieux	83
c) La vente d'un bien grevé d'un usufruit ou d'un droit d'usage et d'habitation	83
B La chance de gain ou le risque de perte corrélatifs, cause typique nécessaire et suffisante	84
1. La distinction entre le type et les sous-types	84

2. La distinction entre les contrats de spéculation et les contrats de garantie	86
Chapitre 2 La garantie, finalité socio-économique du contrat	89
Section 1 Les éléments constitutifs de la garantie, cause de l'en- gagement du souscripteur	92
§1 Difficultés pour associer la garantie à la notion de risque	92
§2 La garantie entendue comme l'intérêt d'assurance	95
A L'assiette de l'indemnité	95
B L'imputation de l'indemnité : l'intérêt d'assurance	97
Section 2 La fonction commune à tous les contrats de garantie : la recherche d'une indemnisation	101
§1 Les critères classiques de distinction entre le principe indemni- taire et le caractère forfaitaire	102
A Distinction portant sur la fonction des principes	102
B Distinction portant sur la fonction de l'indemnité	103
§2 Réfutation de la distinction	107
A Le caractère indemnitaire de tous les types d'assurance	107
B Les conditions de la mise en œuvre du « régime indemnitaire »	113
1. Surassurance, assurances multiples cumulatives, sous-assurance	113
2. Le recours subrogatoire de l'assureur contre le tiers responsable	115
Conclusion du titre I	119
 Titre II Un contrat aléatoire de garantie fondée sur la mutualisation des risques	 121
Chapitre 1 L'insuffisance de la définition du contrat d'assurance comme contrat aléatoire de garantie	123

Section 1 Les difficultés pour définir la cause de l'engagement de l'assureur	124
§1 La nécessité de spécifier le contenu de la cause de l'obligation de l'assureur	125
A L'identité d'objet entre les contrats aléatoires de garantie et les contrats aléatoires de spéculation	125
B L'exemple des contrats financiers	127
1. Description synthétique des contrats financiers	129
a) Les contrats à terme ferme	129
b) Les contrats optionnels	130
c) Les contrats d'échange	131
d) Les dérivés de crédit	131
2. Les qualifications envisageables	132
a) Exclusion de la qualification comme contrats de vente . . .	132
b) Refus de la qualification comme contrats d'assurance . . .	134
§2 Les obstacles à l'intégration de la notion de garantie dans la cause de l'engagement de l'assureur	139
A La prestation caractéristique et la qualification	140
B La nécessité d'élargir le cadre de la cause pour y inclure la fourniture d'une garantie	142
1. La subjectivisation de la cause objective	142
2. Les problèmes soulevés par la réforme du droit des obligations	144
Section 2 L'absence de contenu obligationnel propre à la notion de garantie	146
§1 L'impossibilité d'identifier la garantie à une prestation définie	147
A Le rejet de la définition de la garantie comme cession ou transfert de risque	147

1. La garantie définie comme un contrat de transfert d'un risque : la thèse de Mme Hage-Chahine	147
2. La garantie définie comme un contrat de cession d'un risque : la thèse de M. Demont	148
B L'introuvable obligation de couverture	152
1. Présentation de la notion d'obligation de couverture	152
a) Origines de l'obligation de couverture	152
b) Les résistances à l'admission de cette obligation	154
2. Le renouvellement contemporain de l'obligation de couverture	157
§2 L'impossibilité de classer la prestation de garantie selon son objet	160
A L'incidence des distinctions relatives à l'objet de l'obligation sur la définition de la cause typique	162
B L'absence d'obstacle relatif à la distinction de objets entre l'obligation de payer une somme d'argent et l'obligation de faire du point de vue de la qualification	165

**Chapitre 2 La mutualisation des risques, critère de qualification
du contrat d'assurance 173**

**Section 1 La garantie par mutualisation des risques, critère dis-
tinctif du contrat d'assurance 174**

§1 La construction du régime du contrat d'assurance	174
§2 Les dispositions spécifiques du régime du contrat d'assurance .	176
A Présentation synthétique de la technique de mutualisation des risques	177
B Les conséquences juridiques de la technique de mutualisation des risques	179

Section 2 La technique de mutualisation des risques, fonction économique du contrat d'assurance	181
§1 La fonction économique du contrat, critère de qualification . . .	181
A Le régime du contrat, miroir des politiques socio-économiques	181
B Les interprétations juridiques d'une réalité socio-économique	184
§2 La technique d'assurance, fonction économique du contrat d'assurance	186
A Exclusion du contrat d'assurance des fonctions économiques distinguées par l'échange et la coopération	188
1. Rejet de la théorie du contrat d'échange	189
2. Rejet de la théorie du contrat de coopération	190
a) Présentation du fondement théorique du contrat de coopération : l'analyse institutionnelle	190
b) Limites de l'analyse institutionnelle	193
B Admission du contrat d'assurance dans la catégorie des contrats aléatoires socialement et économiquement utiles . . .	198
1. L'utilité des contrats aléatoires subordonnée à la finalité de garantie	199
2. La finalité de garantie des contrats d'assurance distinguée par le recours à la mutualisation des risques : la distinction avec les contrats de maintenance	201
Conclusion du titre II	205
Conclusion de la première partie	207

Seconde partie

Les notions fonctionnelles de contrat d'assurance 209

Titre I	Contrat d'assurance et contrats de pari	213
Chapitre 1	La présentation des techniques de financement de la garantie distinctes de la mutualisation des risques	215
Section 1	Le recours à la solidarité	217
§1	Les manifestations de la solidarité	217
§2	L'exemple des clauses dites « cat nat »	219
Section 2	Les techniques financières alternatives	221
§1	La garantie des risques par le recours à la titrisation	222
A	Présentation de la titrisation	222
B	Traduction juridique de la technique de garantie par titrisation	225
§2	La garantie par le recours à la segmentation, au détriment de la mutualisation	226
A	La mise en réserve des capitaux	227
1.	La garantie des risques nouveaux : l'exemple des contrats d'assurance spatiale	227
2.	La garantie des risques techniquement et juridiquement problématiques : l'exemple de l'assurance construction . . .	228
B	L'hypersegmentation	231
Chapitre 2	La qualification des contrats reposant sur des tech- niques alternatives de garantie	235
Section 1	La qualification conceptuelle des contrats reposant sur des techniques alternatives de garantie	236
§1	Le refus de la qualification de contrats pour les mécanismes fondés sur la solidarité	237

§2 L'identification des opérations reposant sur des techniques alternatives de financement de la garantie comme des contrats de pari	238
A La cause du pari	238
B La qualification conceptuelle des contrats de garantie reposant sur des techniques alternatives	240
1. La qualification des contrats financés par la titrisation . . .	241
2. La qualification des contrats financés par la technique de segmentation	244
Section 2 La qualification fonctionnelle des contrats reposant sur des techniques alternatives de garantie	245
§1 Le régime du pari, un régime inadéquat	245
A L'inapplicabilité de l'exception de jeu aux contrats aléatoires socialement utiles	246
B Utilité sociale et contrôle étatique	247
§2 La pertinence de la qualification fonctionnelle de contrat d'assurance	249
A Des contrats de pari socialement utiles grâce à un contrôle sectoriel étendu	250
B La pertinence du régime prévu au livre Ier du code des assurances	253
Conclusion du titre I	257
Titre II Contrat d'assurance et contrats commutatifs d'épargne	259
Chapitre 1 L'apparition de contrats d'assurance-vie commutatifs à finalité d'épargne	261

Section 1	La distinction entre les contrats de capitalisation et les contrats d'assurance-vie	262
§1	La distinction des régimes applicables	263
A	Les dispositions communes	263
B	Les dispositions propres aux contrats d'assurance-vie	264
§2	La confusion entre les contrats de capitalisation et les contrats d'assurance-vie	265
A	Le caractère aléatoire des contrats d'assurance-vie classiques	266
1.	L'assurance temporaire en cas de décès	267
2.	L'assurance décès vie entière	267
3.	L'assurance de rente viagère	268
4.	L'assurance de capital différé en cas de vie sans remboursement de primes (CDSR)	269
B	La difficile caractérisation des contrats d'assurance-vie « modernes »	269
1.	L'assurance mixte « 10/X »	270
2.	L'assurance de capital différé en cas de vie avec remboursement des primes (CDAR et CDARM)	271
3.	L'assurance de capital différé en cas de vie avec remboursement de la réserve mathématique (CDARR)	273
4.	L'assurance vie/décès à terme fixe	274
Section 2	L'évolution du rôle de l'aléa dans la qualification du contrat d'assurance	275
§1	La qualification forcée des contrats de capitalisation en contrats d'assurance	276

A	Etude de la nature des opérations en cause dans les arrêts rendus par la chambre mixte de la Cour de cassation le 23 novembre 2004	276
B	Solution choisie par la Cour de cassation	277
§2	Restriction des termes du débat	278
A	Impossibilité d'appliquer l'essentiel du régime du contrat d'assurance aux contrats de capitalisation	279
B	Problème de l'applicabilité des dispositions spécifiques en droit patrimonial de la famille et droit des créanciers aux contrats d'assurance-vie modernes	280
Chapitre 2	La qualification fonctionnelle des contrats d'assurance-vie modernes	283
Section 1	Le champ d'application fonctionnel des dispositions dérogatoires	284
§1	Les choix politiques justifiant le régime dérogatoire en droit fiscal	284
§2	Les choix politiques justifiant le régime dérogatoire en droit patrimonial de la famille	287
A	Les choix politiques justifiant le régime dérogatoire en droit successoral	287
1.	La volonté de favoriser les opérations de prévoyance	287
2.	La volonté de favoriser une conception individuelle et patrimoniale de l'héritage	290
B	Les choix politiques justifiant le régime dérogatoire en droit matrimonial	293
Section 2	Les critères fonctionnels de qualification	296
§1	L'identification de deux critères	296
§2	Les exceptions	297

A Problèmes suscités par l'extension du régime de faveur en droit des obligations	297
B Les exceptions prévues par la Cour de cassation	300
Conclusion du titre II	305
Conclusion de la seconde partie	307
Conclusion générale	309
Bibliographie	313
Index	327

