



HAL
open science

Le Code civil, l'aléa, le contrat d'assurance. Libres propos sur l'abrogation de l'article 1964 du Code civil

Matthieu Robineau

► **To cite this version:**

Matthieu Robineau. Le Code civil, l'aléa, le contrat d'assurance. Libres propos sur l'abrogation de l'article 1964 du Code civil. Bulletin juridique des assurances, 2017, dossiers, 2. hal-01778607

HAL Id: hal-01778607

<https://univ-orleans.hal.science/hal-01778607>

Submitted on 14 Jul 2019

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

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

Le Code civil, l'aléa, le contrat d'assurance
Libres propos sur l'abrogation de l'article 1964 du Code civil
Matthieu Robineau – BJDA 2017 Dossier 2

Le Code civil, l'aléa, le contrat d'assurance. Voici un trio qui pourrait en évoquer d'autres, dont l'un tout autant cinématographique que provocateur : le bon, la brute et le truand. Il est évidemment loin d'être sûr que les termes soient interchangeable, mais on pourrait s'accorder, d'une part, sur la qualité du Code civil et, d'autre part, sur la brutalité que revêt parfois l'événement aléatoire. En revanche, un contrat ne saurait être un « truand » : au pire, lui-même ou ses clauses pourraient-ils être des armes par destination, au profit de l'assuré fraudeur ou au profit de l'assureur mauvais payeur.

Le Code civil, tel qu'issu de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations¹, serait « bon ». Plus exactement, il serait meilleur, si l'on admet le postulat que toute réforme poursuit une finalité d'amélioration, du fond comme de la forme.

Or, comme cela a été déjà maintes fois relevé², l'ordonnance précitée a abrogé son article 1964, disposition qui comportait une définition du contrat aléatoire et une liste d'exemples parmi lesquels figurait le contrat d'assurance. Il était temps diront certains³. La réforme a ce faisant mis un terme à la dualité de définitions du contrat aléatoire⁴ qui caractérisait le Code civil et qui avait occasionné d'innombrables débats. Elle a enfin retenu une définition guère novatrice du contrat aléatoire⁵, qui figure désormais à l'article 1108, alinéa 2, du Code civil. Celui-ci dispose que le contrat « est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain ». Le Code conserve donc une définition du contrat aléatoire alors, d'une part, que l'utilité de la notion faisait débat dans la mesure où elle semble à la fois sans portée particulière dans les droits étrangers et ignorée des principes du droit européen des contrats⁶ et, d'autre part, que l'on peine à identifier un régime associé à cette notion⁷.

En évinçant formellement le contrat d'assurance du Code civil, les maîtres d'œuvre de la réforme auraient-ils mené une opération de désarmement des « truands » ? Certainement

¹ Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JO* 11 févr. 2016, texte n° 26.

² Ph. Casson, « Risque et code civil. Quelques réflexions sur l'aléa dans le contrat d'assurance », *BJDA* 2017, dossier n° 1, p. 39.

³ J. Kullmann, « L'aléa, condition de l'assurance ? », *Resp. civ. et assur.* 2014, dossier 4 : « il serait grand temps d'extraire le contrat d'assurance de la liste dressée, en 1804, par l'article 1964 du Code civil » ; Projet de réforme du droit des contrats : vers une nouvelle définition du contrat aléatoire, *RGDA* 2015. 169. – L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances*, LGDJ, 2011, spéc. n° 30.

⁴ C. civ., art. 1104 (anc.) et 1964 (anc.).

⁵ Sur cette stabilité, F. Leduc, « Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats et le caractère aléatoire du contrat d'assurance », *RDC* 2015, p. 895.

⁶ Ph. Stoffel-Munck, « La notion de contrat aléatoire », *Resp. civ. et assur.* 2014, dossier 3.

⁷ V. toutefois Y.-M. Laithier, « Aléa et théorie générale du contrat », in Association Capitant, *L'aléa*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2011, p. 7. – J. Houssier, « Quel avenir pour les contrats aléatoires ? » in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 325.

pas : le contrat d'assurance n'a pas disparu, ses clauses pas davantage⁸. Il reste soumis, en tant que contrat spécial, au droit commun des contrats, selon la règle désormais légale⁹ en vertu de laquelle la loi particulière déroge à (c'est-à-dire prime) la loi générale. Il n'en demeure pas moins qu'il n'est plus cité comme exemple de contrat aléatoire.

Il convient de s'interroger sur le sens et la portée de l'abrogation de l'article 1964. Cela suppose de revenir sur ce qui a été abrogé, de sorte que les effets de cette suppression puissent être mieux appréhendés. Il est ainsi proposé de s'attarder sur l'objet disparu (I), c'est-à-dire l'article 1964 du Code civil, puis d'envisager ce que l'on pourrait appeler l'harmonie retrouvée (II), au sens où l'aléa et le caractère aléatoire paraissent désormais pouvoir trouver chacun leur juste place.

§ 1. - L'objet disparu : l'article 1964 du Code civil

Il est possible de distinguer la norme et son support¹⁰, comme on fait le départ, en matière d'actes juridiques, entre le *negotium* et l'*instrumentum*. Dans cette perspective, l'article 1964 était à l'évidence un support normatif (A), dont le contenu normatif demeure empreint d'incertitude (B).

A. - L'évidence : un support normatif

L'article 1964 du Code civil peut être vu comme une norme parce qu'il est un énoncé de valeur légale, intégré dans un code. Une telle approche peut ne pas satisfaire dans la mesure où elle nie implicitement l'écart fréquent qu'il peut exister entre un texte normatif et la norme qui lui est rattachée (1). Or la place accordée au texte dans notre système juridique confère une portée singulière à cette distinction (2).

1. - Le texte et la norme

Une norme peut exister sans texte, sans support normatif, y compris en droit. Les principes généraux du droit en témoignent, même si à peine découverts ou exprimés, ils trouvent un support dans la décision du juge. Dans le même ordre d'idées, une norme peut avoir une certaine autonomie par rapport au support qui l'exprime. La distinction entre la lettre (le support normatif) et la norme est connue et les travaux des linguistes la consolident. Il peut en effet exister un écart entre le texte interprété (le support normatif) et l'interprétation délivrée (la norme) ou bien encore entre le texte et l'application qui est en faite.

Cela interroge sur la fonction du texte normatif. Celui-ci exprime la norme telle qu'est conçue par celui qui tient la plume au moment de la rédaction. Il est un repère historiquement daté ; mais il n'est pas davantage dans la mesure où, à peine adopté, il peut ne plus refléter la norme qu'il est censé exprimer.

Aussi bien, comprend-on que l'abrogation d'un texte ne signifie pas nécessairement abrogation de la norme qu'il porte ou qui lui est rattachée. En conséquence, il faut sans doute se garder de toute conclusion hâtive lorsqu'un texte est supprimé : la norme peut lui survivre, en raison de son autonomie. L'hypothèse est d'autant plus plausible que le texte supprimé

⁸ Certaines sont toutefois appelées à évoluer, en particulier lorsque la réforme a une incidence sur les contours de la garantie. On songe ici en particulier à l'admission de la révision pour imprévision (C. civ., art. 1196) et à l'introduction des actions interrogatoires (C. civ., art. 1123, 1158 et 1183), qui peuvent avoir une incidence respectivement sur l'assurance de la responsabilité contractuelle et sur l'assurance de protection juridique.

⁹ C. civ., art. 1105. Sur les difficultés que pourraient soulever la rédaction du texte, P. Bertrand, « Réforme du droit des contrats : quel impact sur le contrat d'assurance ? », *D.* 2016, p. 1156.

¹⁰ Ou ses supports : une même norme peut être portée par plusieurs supports distincts, ce qui peut contribuer à sa densification normative (sur laquelle, C. Thibierge et alii, *La densification normative. Découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2014).

n'est pas remplacé par une disposition contraire. La disparition de l'article 1964 du Code civil doit donc être considérée, dans un premier temps, pour ce qu'elle est, celle d'un support normatif.

2. - La nécessité du texte

Mais alors, pourquoi une telle dévotion pour le texte de la norme ? Les raisons sont nombreuses et ce n'est pas le lieu ici que de les interroger en profondeur. Parmi elles, on pourrait certainement citer non seulement notre culture juridique, notre culte des codes, notre conception héritée de Montesquieu qui fait du juge la bouche de la loi, mais encore des arguments plus techniques comme la nécessité du visa dans les arrêts de cassation.

Sur ce terrain, une étude précédente avait montré comment l'article 1964 du Code civil était mobilisé et sollicité par les justiciables et la Cour de cassation¹¹. C'est ce texte qui servait de support à une norme – réelle ou fantasmée¹² – selon laquelle les contrats d'assurance doivent avoir un caractère aléatoire.

C'est ainsi de ce texte, associé à deux autres non pertinents mais offrant une formule rédactionnelle utile¹³, que la haute juridiction a pu déduire que le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un aléa et est un contrat d'assurance vie. De la sorte, elle a condamné à l'échec toute tentative (ou presque) de requalification des assurances placements fondée sur un défaut de chance de gain ou de perte, c'est-à-dire sur un défaut d'aléa économique¹⁴. Elle l'a fait au prix d'un motif qui ne satisfait personne, quelle que soit l'opinion que l'on peut avoir de ces contrats. Nul ne saurait en effet se contenter d'une formule qui, transposée, conduit à retenir que le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la survenance d'un incendie comporte un aléa et est une assurance incendie.

Une remarque s'impose ici : une rapide recherche sur le site Légifrance montre que l'article 1964 a depuis lors grandement perdu sa force normative¹⁵. Il appert en effet qu'il est de moins en moins sollicité et, en tout état de cause, qu'il n'y a plus, sauf erreur, d'action en requalification fondée sur ce texte. La Cour de cassation ne le vise plus dans ses arrêts, quand bien même les parties l'y invitent, comme c'est souvent le cas en matière de faute intentionnelle. De ce point de vue, l'abrogation du texte qui, rappelons-le, n'est que l'abrogation d'un support normatif, ne saurait être considérée comme un bouleversement.

Il importe tout de même de s'arrêter sur la norme portée par le texte abrogé ou plus exactement sur la norme qui lui était rattachée. À cette fin, il convient de partir du contenu normatif du texte.

B. - L'incertitude : quel contenu normatif ?

Le contenu normatif de l'article 1964 du Code civil interroge dans la mesure où ce texte ne correspond pas au modèle archétypal du texte normatif. En donnant une définition du contrat aléatoire et en complétant celle-ci d'une liste d'exemples, l'article 1964 du Code civil pose question. On peut ainsi se demander quel est l'effet normatif d'une définition et si un exemple est normatif.

¹¹ M. Robineau, « La force normative de l'article 1964 du Code civil » in C. Thibierge *et alii*, *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 557.

¹² V. *infra*.

¹³ C. assur., art. L. 310-1,1 et R 321-1, 20.

¹⁴ En revanche, demeure le contentieux pour défaut d'aléa viager (v. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 2007, n° 05-10.254 : *Bull. civ. I*, n° 258 ; *Resp. civ. et assur.* 2007, comm. 333), étant observé que l'article 1964 du Code civil n'est mobilisé ni par les parties ni par la Cour de cassation dans cet arrêt.

¹⁵ Sur ce concept, C. Thibierge *et alii*, *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009.

1. - Une définition du contrat aléatoire

Si l'on considère, à la suite de la doctrine contemporaine, qu'est une norme ce qui a vocation à servir de modèle ou de guide¹⁶, une définition peut être considérée comme une norme de qualification. C'est sur elle par exemple que le juge s'appuiera pour rattacher les faits du litige aux catégories juridiques pertinentes. Une définition légale est ainsi normative, non parce qu'elle commande un comportement, mais parce qu'elle impose une qualification et commande le travail du juge. Cette observation en appelle deux autres.

La première est que la normativité de la définition est mise à mal lorsqu'existe une définition concurrente portée par un autre texte de même valeur. Or on se souvient que le Code civil comportait curieusement deux définitions du contrat aléatoire, qui ont occasionné des débats en doctrine avant que l'article 1964, considéré comme le texte spécial, ne l'emporte sur l'article 1104, envisagé comme la disposition générale¹⁷.

La seconde observation est que les définitions doctrinales du contrat d'assurance, en l'absence de définition légale, sont plutôt éloignées de la définition du contrat aléatoire dans la mesure où le caractère aléatoire, souvent présenté comme essentiel, y est passé sous silence. À lire les manuels et traités, et sans préjudice des discussions à son endroit, l'aléatoire est un caractère du contrat d'assurance, qui n'emporte d'ailleurs aucune conséquence particulière. En posant que le contrat d'assurance est la convention par laquelle en contrepartie de primes, l'assureur s'engage à servir une prestation en cas de réalisation du risque défini au contrat ou bien encore qu'il est la convention par laquelle, en contrepartie de primes, l'assureur s'engage à couvrir un risque et à régler une prestation en cas de réalisation de celui-ci, la doctrine n'essentialise pas le caractère aléatoire. Celui-ci n'est pas un critère, c'est seulement une qualité. Il y a là quelque chose de singulier : de prime abord, l'on pourrait penser que la définition d'une catégorie comporte référence au genre (ainsi les définitions de la cession de droits sociaux et de la vente avec faculté de rachat renvoient à celle du contrat de vente). Cette observation aurait pu conduire, à elle seule, à interroger le rattachement du contrat d'assurance à la catégorie des contrats aléatoires.

2. - Des exemples de contrat aléatoire

Il est vrai que l'article 1964 du Code civil comportait en quelque sorte une dispense de questionnement puisque, immédiatement après avoir défini le contrat aléatoire, il donnait une liste d'exemples, introduite par une formule ne laissant guère de place au doute : « tels sont... ». Or figurait parmi ces illustrations le contrat d'assurance.

Toutefois, si l'on y songe un instant, l'ancien article 1964 pouvait être lu de trois manières différentes¹⁸. D'abord, on pouvait y trouver le constat officiel qu'un contrat d'assurance est un contrat aléatoire et que, par suite, il est soumis au droit commun des contrats aléatoires, sauf disposition contraire. En ce sens, il faut se souvenir que l'article en cause était placé en tête du titre XII du Livre III, titre entièrement dédié aux contrats aléatoires.

Ensuite, la disposition abrogée pouvait être comprise comme exigeant que le contrat d'assurance soit aléatoire pour mériter sa qualification. On reconnaît là un argument souvent

¹⁶ V. not., C. Thibierge, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Arch. Phil. Dr.* 2008, t. 51, p. 341.

¹⁷ C'est tout au moins l'une des manières de présenter la résolution du litige. Une solution inverse peut être soutenue (v. F. Leduc et Ph. Pierre, « Assurance-placement : une qualification déplacée », *Resp. civ. et assur.* 2005, chron. 3.

¹⁸ V. M. Robineau, « La force normative de l'article 1964 du Code civil », préc.

avancé par ceux qui entendaient soumettre les assurances-placements au droit successoral¹⁹. Au soutien de cette analyse, il était possible d'avancer que dans les textes normatifs, l'indicatif présent a valeur d'impératif.

Enfin, il était loisible de considérer que l'article 1964 ne faisait que citer le contrat d'assurance comme un exemple de contrat aléatoire. En admettant que tout exemple comporte en soi un ou plusieurs contre-exemples, on pouvait alors en déduire que si le contrat d'assurance en général est aléatoire, certains contrats d'assurance pourraient ne point l'être, sans pour autant que leur validité ou leur qualification soit remise en cause. Certes, cette manière de comprendre le texte pouvait sembler un peu aventureuse. Toutefois, rétrospectivement, elle pouvait trouver appui, d'une part, dans les travaux doctrinaux doutant du caractère aléatoire du contrat d'assurance et, d'autre part, dans la grande variété des contrats d'assurance, qui a conduit certains auteurs à parler du droit des contrats d'assurance²⁰.

En conséquence, selon l'analyse retenue, l'abrogation de l'article 1964 du Code civil n'a pas la même signification. Ne plus citer comme exemple n'est pas nécessairement disqualifier. Dans cette mesure, l'abrogation a pour vertu de libérer la discussion sur la nature aléatoire ou commutative du contrat d'assurance. Elle ne tranche pas le débat.

§ 2. - L'harmonie retrouvée ? l'aléa sans l'aléatoire

Classiquement, il est enseigné que le contrat d'assurance est un contrat aléatoire. Il est même le contrat aléatoire « par excellence »²¹. À dire vrai, la question de la justesse de cette qualification ne s'est longtemps pas posée, en raison de la citation par l'article 1964 du Code civil du contrat d'assurance comme exemple de contrat aléatoire. Il y avait d'autant moins lieu de s'interroger que la conception du contrat d'assurance paraissait s'accorder pleinement avec la définition du contrat aléatoire contenue dans ce texte. Le seul questionnement avait pour objet son articulation avec la définition alternative portée par l'article 1104 du Code. L'article 1964 semblait ainsi vivoter paisiblement, en combinaison avec l'article L. 121-15 du Code des assurances qui dispose que l'assurance est nulle si, au moment du contrat, la chose assurée a déjà péri ou ne peut plus être exposée aux risques.

Son abrogation permet peut-être de retrouver une certaine harmonie en replaçant les contrats comportant un aléa et les contrats aléatoires à leur juste place. Au fond, l'abrogation du support normatif permet de reconsidérer la norme. Examinons quelques-uns des éléments qui conduisent à interroger celle-ci, c'est-à-dire les sources de l'harmonie (A), avant d'insister sur la distinction entre contrat comportant un aléa et contrat aléatoire, autrement dit sur les ressorts de l'harmonie (B).

¹⁹ *Infra*.

²⁰ V. Nicolas, *Droit des contrats d'assurance*, Economica, « Corpus droit privé », 2012. – v., déjà les travaux préparatoires de la loi du 13 juillet 1930, dans lesquels, sous la plume de Godart, on peut lire : « outre que la recherche d'une formule parfaite et définitive est probablement chimérique, elle ne présente guère qu'un intérêt relatif, car l'assurance se plie à des combinaisons si diverses et évolue sous la pression des besoins économiques avec une telle rapidité qu'elle est peut-être destinée à échapper sans cesse aux définitions doctrinales, de sorte qu'ici, plus que partout ailleurs, la leçon des faits sera toujours préférable à la scolastique » (cité par J. Kullmann, « L'aléa, condition de l'assurance ? », préc.).

²¹ J. Houssier, préc.

A. - Les sources de l'harmonie

Ces sources sont de deux ordres. D'une part, la théorie des contrats aléatoires ouvre quelques pistes ; d'autre part, l'avènement des assurances placement a stimulé la réflexion de la doctrine.

1. - La généalogie : la dualité des contrats aléatoires

Portalis avait lui-même relevé que la catégorie des contrats aléatoires est scindée en deux²². En premier lieu, certains des contrats énumérés par l'ancien article 1964 à titre d'exemples sont aléatoires parce que leurs effets patrimoniaux, en termes de gain ou de perte, sont incertains et dépendent entièrement de la survenance d'un événement incertain. Ils sont des instruments de spéculation dans lesquels les parties sont en opposition d'intérêts. En second lieu, d'autres contrats, en particulier le contrat d'assurance et le prêt à la grosse aventure²³, sont dits aléatoires parce qu'ils prennent en charge les conséquences redoutées de la survenance d'un événement incertain²⁴. Pour ces contrats, il n'y a aucune opposition d'intérêts entre les parties, mais plutôt, convergence d'intérêts. En particulier, ni l'assuré, ni l'assureur, ne souhaitent que le risque se réalise²⁵. De ce point de vue, la chance de gain ou de perte est indifférente. L'unité et la singularité de ces contrats étaient d'ailleurs affirmées par l'article 1964 puisque son dernier alinéa, abrogé en 2009, précisait que le contrat d'assurance et le prêt à la grosse aventure sont régis par les lois maritimes.

Révérance faite au Code civil, ces contrats étaient tout de même qualifiés en doctrine d'aléatoires, dans la mesure où il se trouvait que leur économie correspondait au modèle porté par la définition de l'article 1964 : un gain pour l'assuré et une perte pour l'assureur si le premier recevait une prestation supérieure à la prime payée, une perte pour l'assuré et un gain pour l'assureur dans l'hypothèse inverse. L'ensemble des contrats d'assurance d'alors exposait les parties à devoir déboursier davantage qu'elles n'avaient encaissé et, réciproquement, leur laissait une chance de percevoir plus que ce qu'elles avaient versé. Cette correspondance entre contrat aléatoire et contrat d'assurance se recommandait d'une conception de ce dernier, alors largement dominante, mettant l'accent sur le sinistre et l'obligation de règlement, conception aujourd'hui débattue par les auteurs qui préfèrent placer au premier plan le risque et l'obligation de couverture.

Néanmoins, la dualité des contrats aléatoires invitait à distinguer les contrats ayant pour objet de protéger contre les conséquences de la survenance d'un événement incertain des contrats à caractère aléatoire au sens de la définition portée par l'article 1964²⁶, en d'autres termes à faire le départ entre aléa et contrat aléatoire, à condition de passer outre la lettre de ce texte.

²² J.-E.-M. Portalis, « Présentation au Corps législatif du titre intitulé "Des contrats aléatoires" », in P.-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. 14, Videcoq, 1836, p. 535, cité par F. Leduc, « Le projet d'ordonnance (...), préc. – Adde, Ph. Stoffel-Munck, « La notion de contrat aléatoire », préc.

²³ La mention du prêt à la grosse aventure a été supprimée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (JO 13 mai 2009, p. 7920, texte n° 1).

²⁴ Une autre classification des contrats aléatoires oppose les contrats pour lesquels l'aléa participe de leur essence (pari, jeu, viager) et ceux qui sont commutatifs par nature mais pour lesquels les parties ont introduit conventionnellement un aléa, en contractant à leurs risques et périls. Rapp. la distinction entre aléa juridique et aléa économique proposée par F. Grua, « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTD civ.* 1983, p. 263.

²⁵ J. Kullmann, « L'aléa, condition de l'assurance ? », préc. – comp. la distinction entre les contrats aléatoires et les « contrats alliance », tel le contrat de société, dans lesquels les parties gagnent ou perdent ensemble et non l'une contre l'autre (Ph. Stoffel-Munck, « La notion de contrat aléatoire », préc.).

²⁶ V. par ex., D. Bakouche, « Aléa et faute intentionnelle », *Resp. civ. et assur.* 2014, dossier 7, et les ref. cit.

2. - Le contexte : le développement de nouveaux contrats d'assurance vie

La très large diffusion et la collecte considérable que les contrats d'assurance-placement ou contrats d'épargne vie ont engendrée ont conduit à sortir de la confortable léthargie où il se trouvait l'article 1964 et à insister sur l'aléa économique, c'est-à-dire sur la chance de gain ou de perte. Les gardiens de la réserve héréditaire ont vu en effet dans ce texte un argument fort justifiant de soumettre les capitaux décès au droit commun des successions et des libéralités. Il s'agissait ainsi d'écarter les dispositions des articles L. 132-12 et L. 132-13 du Code des assurances²⁷, qui avaient été forgées en considération de contrats de pure prévoyance, destinés à protéger le conjoint survivant et les enfants en cas de décès prématuré de celui que l'on appelait alors le chef de famille, et non en vue de contrats d'épargne aux encours parfois démesurés. L'article 1964 est ainsi devenu l'arme de ceux qui estimaient que ces contrats devaient être régis par le Code civil plutôt que par le Code des assurances, tant leur économie semblait éloignée de la figure du contrat aléatoire. Ces contrats n'ont-ils pas davantage pour objet de gérer des biens au sein d'une enveloppe patrimoniale²⁸ que de couvrir un risque ?

La figure contractuelle qui interroge est celle dans laquelle le souscripteur-assuré²⁹ contracte avec un assureur et qu'il est convenu que celui-ci gèrera les primes payées selon les modalités choisies par l'assuré³⁰ et versera l'épargne ainsi constituée et accumulée soit au bénéficiaire si l'assuré décède, soit à ce dernier s'il est en vie (à l'arrivée du terme ou, plus fréquemment aujourd'hui, lors d'un rachat, les contrats pouvant être à durée indéterminée). De sorte que, si l'on est attaché à la chance de gain ou de perte qui participe de la définition légale du contrat d'assurance, on est forcé de douter de la qualification des contrats d'assurance placement.

La Cour de cassation a cependant sauvé leur qualification assurantielle, pour des raisons plus pragmatiques que juridiques. Les arrêts du 23 novembre 2004³¹, et ceux qui les ont suivis, ont, à cette fin, opéré un glissement de signification de l'énoncé de l'article 1964 du Code civil et, de la sorte, modifié la norme qu'il était censé exprimer. Le support normatif est devenu matrice de deux normes. La première, non en cause dans les arrêts précités, définit le contrat aléatoire comme celui qui comporte une incertitude quant à ses effets patrimoniaux, cette incertitude étant commandée par un événement lui-même incertain. Cette définition légale demeure opérante pour les contrats de rente viagère, le jeu et le pari. La seconde norme de définition, posée par la jurisprudence en s'appuyant sur les articles 1964 du Code civil et L. 310-1,1 et R 321-1, 20 du code des assurances, paraît considérer qu'est aléatoire le contrat dont les effets dépendent d'un événement incertain. Par suite, le contrat d'assurance peut être envisagé comme celui dont les effets dépendent d'un événement incertain, étant précisé que

²⁷ V. not., M. Grimaldi, « L'assurance-vie et le droit des successions (à propos de Cass. 1re civ., 18 juill. 2000, n° 97-21.535, Leroux) », *Defrénois* 2001, art. 37276 ; « Réflexions sur l'assurance vie et le droit patrimonial de la famille » : *Defrénois* 1994, art. 35841.

²⁸ Sur cette fonction de l'assurance vie, M. Robineau, « Le contrat d'assurance vie, enveloppe patrimoniale de gestion des biens », *RJ com.* 2015, n° 2, p. 197.

²⁹ Les qualités de souscripteur et d'assuré peuvent être portées par des personnes distinctes (C. assur., art. L. 132-1, al. 1^{er}).

³⁰ Tout au moins dans les contrats multisupports.

³¹ Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, n°s 01-13.592, 02-11.352, 02-17.507 et 02-13.673, 4 arrêts : *D.* 2005.1905, note B. Beignier ; *Defrénois* 2005, art. 38142, note J.-L. Aubert ; *Dr. et patr.* 1/2005, p. 11, note L. Aynès ; *Dr. famille* 2005, étude n° 6 par H. Lécuyer ; *JCP G* 2005, I, 111, note J. Ghestin ; *RCA.* 2005, comm. n° 42 et chron. n° 3 par F. Leduc et Ph. Pierre ; *RDC* 2005. 297, note A. Bénabent ; *RGDA* 2005.110, note L. Mayaux ; *RTD civ.* 2005.434, obs. M. Grimaldi ; *Risques* 2006, n° 64, p. 87, obs. G. Durry.

les conséquences de cet événement sont redoutées, ce pourquoi il est un risque contre lequel on s'assure.

La nécessité d'apporter cette dernière précision trahit l'inconfort que suscite la définition forgée par la jurisprudence à partir du texte légal, inconfort d'autant plus grand que cette définition a vocation à s'appliquer à tout contrat d'assurance³² et pas seulement aux assurances placements.

Ce rattachement à la catégorie des contrats aléatoires, vécu comme imposé par la lettre de l'article 1964 du Code civil, conduit manifestement à des contorsions peu satisfaisantes. La Cour de cassation elle-même, dans ses arrêts de 2004, vise le texte, mais ne s'aventure pas à dire que les contrats en cause sont aléatoires : elle dit seulement que le contrat comporte un aléa, ce qui n'est pas la même chose. Ainsi, bien davantage que la chance de gain ou de perte, c'est l'incertitude qui affecte l'événement défini au contrat d'assurance qui est essentielle pour lui. En d'autres termes, ce qui est aléatoire, ce n'est pas le contrat d'assurance, mais bien plutôt l'événement – futur en principe³³ – contre les conséquences duquel on s'assure.

L'abrogation opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 achève de libérer la réflexion. Ce qui était plus ou moins explicite au sein de la doctrine peut désormais être clairement posé, parce que l'obstacle légal est tombé : il ne faut pas confondre aléa et caractère aléatoire. Dit autrement, si l'aléa est en effet de l'essence du contrat d'assurance, il n'en résulte pas nécessairement que le contrat d'assurance est aléatoire.

B. - Les ressorts de l'harmonie

Une certaine harmonie peut être retrouvée dès lors que l'on admet que tout contrat comportant un aléa, c'est-à-dire tout contrat dont les effets dépendent d'un événement futur et incertain, n'est pas *de plano* un contrat aléatoire. L'abrogation de l'article 1964 favorise cette distinction. Par suite, s'agissant du contrat d'assurance, il devient possible d'écrire qu'il requiert un aléa et, simultanément, de considérer qu'il n'en est pas moins un contrat commutatif, sans heurter la loi, sans avoir à en rechercher une interprétation aventureuse.

1. - L'exigence de l'aléa

L'exigence de l'aléa est posée pour le contrat d'assurance en général. La question est connue, ce n'est pas le lieu ici que d'en exposer les conséquences et les enjeux. On se contentera donc de rappeler que sans événement incertain, aux conséquences redoutées pour le porteur de l'intérêt d'assurance, il n'y a pas matière à couverture.

Selon une formule usuelle en jurisprudence, l'aléa est ainsi de l'essence du contrat d'assurance. Les juges rappellent parfois cette évidence en énonçant, par un raccourci de langage, que le contrat d'assurance est par nature aléatoire³⁴. Qu'on ne s'y trompe pas, quand

³² Ou, au minimum, à toute assurance vie, si l'on veut accorder une portée normative au visa des articles L. 310-1,1 et R 321-1, 20.

³³ Sans préjudice de l'assurance du risque putatif, possible en effet, sous réserve qu'elle soit prévue par la loi ou stipulée par les parties au contrat.

³⁴ V. par ex., Cass. 1^{ère} civ., 10 avr. 1996, n° 94-111.74. – Cass. 1^{ère} civ., 4 nov. 2003, n° 01-14.942 : *Bull. civ. I*, n° 220 ; *RGDA* 2004. 337, note J. Kullmann. – Cass. 2^{ème} civ., 11 sept. 2014, n° 13-17.236 : *LEDA* 2014, n° 9, p. 2, obs. F. Patris ; *RGDA* 2014. 521, note L. Mayaux. Dans ces trois arrêts, la Cour rappelle que le contrat d'assurance ne peut porter sur un risque que l'assuré sait déjà réalisé. La question de la chance de gain ou de perte n'est pas discutée.

tel est le cas, il s'agit de vérifier que les effets du contrat d'assurance dépendent bien d'un événement futur et incertain, c'est-à-dire d'un aléa factuel, et non que ces effets se traduiraient par un gain ou une perte lorsqu'ils se produiraient.

Cet aléa correspond au risque-événement. Il doit comporter une part d'incertitude : entièrement sous la maîtrise de l'assuré, il serait disqualifié. C'est la raison pour laquelle, parmi toute une série de conséquences, il est fréquent que les parties et les juges du fond – c'est plus rare s'agissant de la Cour de cassation³⁵ – convoquent l'aléa lorsqu'ils invoquent ou se prononcent sur l'existence d'une faute intentionnelle.

Le défaut d'aléa emporte, *a minima*, absence de couverture et par suite absence de règlement. *A maxima*, il conduit à prononcer la nullité du contrat, pour absence de cause³⁶. La réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 ne devrait rien changer à cette solution – sauf peut-être s'agissant de la nature de la nullité, absolue et non plus relative – dans la mesure où, si la cause a formellement disparu du Code civil, elle est substantiellement toujours présente. Le contrat aléatoire peut être annulé en cas de défaut d'aléa, pour absence de contenu licite et certain selon les termes de l'article 1128 du Code civil ou pour contrepartie illusoire ou dérisoire sur le fondement de l'article 1169 du même code, si l'on considère que le défaut d'aléa rend l'une des obligations vide de toute substance³⁷.

En matière d'assurance vie, l'aléa est tout autant requis que dans les autres branches ou espèces d'assurance. Lorsque l'on souscrit ou que l'on adhère à un contrat d'assurance vie, c'est pour être couvert, c'est-à-dire protégé, contre les conséquences défavorables que pourrait produire ou produire un événement incertain, dans sa survenance ou dans sa date. Il en est de même lorsque l'assurance vie en cause relève d'une assurance placement (quelles que soient les modalités de celles-ci). Les parties, assureur et souscripteur, ne savent pas si et quand l'événement³⁸ va se produire. De ce point de vue, juger que le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un aléa est parfaitement exact, parce que cette durée est incertaine, de sorte qu'il n'est pas possible de dire à quel moment l'assureur exécutera son obligation de règlement, ni qui du souscripteur ou du bénéficiaire profitera des fonds.

Si cette durée était connue, il n'y aurait pas d'aléa³⁹. L'hypothèse est certainement marginale en jurisprudence⁴⁰, mais elle est en parfaite cohérence avec l'exigence que le contrat d'assurance comporte un aléa.

2. - L'éviction du caractère aléatoire

Que l'aléa soit requis est donc entendu. Toutefois, l'abrogation de l'article 1964 du Code civil et le maintien d'une définition du contrat aléatoire à l'article 1108, alinéa 2, du même code, conduit à s'interroger sur le caractère aléatoire du contrat d'assurance. Il y a quelques mois, bien que doutant fortement de ce caractère, on en venait à conclure, par égard

³⁵ En matière de faute intentionnelle, l'article L. 113-1 du Code des assurances a en effet « cannibalisé » l'article 1964 du Code civil (D. Bakouche, art. préc.).

³⁶ Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1999, n° 97-16.306 et n° 97-16.800 : *Bull. civ. I*, n° 293 ; *D.* 2000. 507, note A. Cristau ; *Defrénois* 2000, p. 250, obs. J.-L. Aubert ; *RDI* 2000. 206, obs. G. Leguay ; *RTD civ.* 2000. 568, obs. J. Mestre et B. Fages.

³⁷ Comp. P. Bertrand, « Réforme du droit des contrats : quel impact sur le contrat d'assurance ? », *D.* 2016, p. 1156.

³⁸ Ou, selon les cas, les événements : décès de l'assuré, arrivée du terme en étant en vie – on pourrait y ajouter l'exercice du rachat, mais on y revient ensuite.

³⁹ Rapp. Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 2007, n° 05-10.254 : *Bull. civ. I*, n° 258, préc.

⁴⁰ Ph. Pierre, « Aléa et qualification du contrat d'assurance sur la vie », in Association Capitant, *L'aléa*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011, p. 51, spéc. p. 55.

pour le texte et la jurisprudence, que le contrat d'assurance est aléatoire par détermination de la loi⁴¹. L'obstacle légal ayant disparu, que conclure désormais ?

Un contrat comportant un aléa (un événement incertain dans sa réalisation ou dans sa date de survenance) peut ne pas être aléatoire⁴². Il peut tout aussi bien être commutatif. Pour qu'il soit aléatoire, il faut qu'à l'incertitude factuelle s'ajoute une incertitude économique⁴³, entièrement sous la dépendance de la première. Le critère du contrat aléatoire est que la prestation d'au moins l'une des parties dépend essentiellement d'un événement futur et incertain et que cet aléa soit à l'origine d'une chance de gain ou d'un risque de perte. Essentiellement car si tout contrat dont l'exécution s'inscrit dans la durée est confronté au hasard, au changement de circonstances, à l'imprévision, cela n'en fait pas pour autant un contrat aléatoire. Ce dernier présente en effet trois traits distinctifs : un aléa événementiel, un aléa économique et un lien de causalité entre ces deux événements⁴⁴.

Or il n'y a aucune nécessité pour le contrat d'assurance qu'un aléa économique s'ajoute à l'aléa événementiel. Le droit comparé en témoigne⁴⁵. Dans un contrat d'assurance, les prestations caractéristiques des parties ne dépendent aucunement du hasard. L'obligation de s'acquitter de la prime comme l'obligation de couvrir le risque tel que défini au contrat sont certaines, le plus souvent exigibles dès la conclusion du contrat⁴⁶, et certainement pas conditionnelles. Pour cette raison, il est malaisé de rattacher le contrat d'assurance à la catégorie des contrats aléatoires.

Cette qualification n'est possible que si l'on préfère occulter l'obligation de couverture et mettre l'accent sur l'obligation de règlement. Une telle approche permet de soutenir que le contrat considéré *ut singuli* et du point de vue de l'assureur doit être rattaché à la catégorie des contrats aléatoires⁴⁷.

Cependant, la thèse de la dualité des obligations de l'assureur – obligation de couverture et obligation de règlement – peut sembler plus convaincante. La souscription d'un contrat d'assurance consiste à faire l'acquisition de sécurité, pour soi-même ou pour un tiers. Il s'agit de faire œuvre de prévoyance et non de spéculation. Pour les parties, la conclusion du contrat n'est pas motivée par la perspective d'une chance de gain ou de perte, pas davantage que l'exécution du contrat ne se traduit par des profits ou des bénéfices (sans préjudice de la rémunération de l'assureur et des intermédiaires éventuels, cela va de soi). Le contrat d'assurance n'est pas aléatoire au sens littéral de l'ancien article 1964 du Code civil et désormais au sens de l'article 1108, alinéa 2, du même code : il est bien davantage commutatif. Le seul aléa qui tienne est celui qui affecte l'événement, qui doit être futur et incertain, quant à sa survenance même ou quant à la date de celle-ci, voire quant à ses effets⁴⁸.

Déduire de l'exigence d'un aléa que le contrat d'assurance est aléatoire, c'est donner à cet adjectif une signification distincte de celle portée par le Code civil, seulement justifiée par une étymologie et une racine communes.

⁴¹ M. Robineau, *Fiches de droit des assurances*, Ellipses, 2015, p. 45.

⁴² F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – innovations – perspectives*, Dalloz, 2016, n° 21.54.

⁴³ Selon la terminologie utilisée par Ph. Stoffel-Munck, art. préc.

⁴⁴ F. Leduc, « Le projet d'ordonnance (...), art. préc.

⁴⁵ V. spéc., J. Kullmann, « L'aléa, condition de l'assurance ? », art. préc..

⁴⁶ Sous réserve de délai de carence ou de latence qui, en tant que termes suspensifs, retardent la prise d'effet de la garantie, c'est-à-dire l'exigibilité de l'obligation de l'assureur.

⁴⁷ F. Leduc, art. préc.

⁴⁸ Cf. l'exemple du droit suisse, rapporté par J. Kullmann (« L'aléa, condition de l'assurance ? », art. préc.), qui permet de prendre une assurance frais de procès après le lancement de celui-ci, dès lors que les parties sont dans l'ignorance du montant des honoraires des avocats.

Il devient alors inutile, pour sauver la qualification des contrats d'assurance vie, de rechercher ici ou là des soupçons de chance de gain ou de perte⁴⁹, introduire ou prendre en considération des « zestes d'aléa⁵⁰ », comme l'adjonction de garanties prévoyance⁵¹ ou la mise en place d'une participation bénéficiaire différée⁵².

Au regard de ce qui précède, la cause est entendue : le contrat d'assurance vie n'est pas aléatoire, parce qu'il est un contrat d'assurance. Il n'y a là aucune monstruosité⁵³. Prétendre le disqualifier pour défaut de caractère aléatoire paraît pour cette raison contestable. En revanche, nier sa qualification lorsque l'aléa viager n'existe pas, parce que le décès est inéluctable et imminent, est non seulement admissible, mais parfaitement logique et nécessaire.

Une certaine harmonie est alors retrouvée : la dissonance qu'apportait le texte de l'article 1964 est supprimée.

Il n'en demeure pas moins que les contrats d'aujourd'hui sont, dans une certaine mesure⁵⁴, des instruments de contournement de la réserve. Or, d'une part, le correctif des primes manifestement exagérées eu égard aux facultés du souscripteur⁵⁵ ne joue sans doute pas le rôle qu'il pourrait remplir, en raison de ses critères, et spécialement de l'utilité de la souscription⁵⁶. D'autre part, la voie de la qualification en donation indirecte est, elle aussi, rarement empruntée avec succès, parce que l'utilité de la souscription pour soi-même, qui repose pour beaucoup sur le droit de rachat, fait obstacle à la démonstration d'une intention libérale. La protection des héritiers réservataires du souscripteur est donc très incertaine. Néanmoins le législateur n'a pas jugé bon de modifier les articles L. 132-12 et L. 132-13 du Code des assurances, ni en 2001⁵⁷, ni en 2006⁵⁸. Sans doute convient-il d'en déduire que le droit positif et ses conséquences trouvent grâce à ses yeux.

Il reste alors à définir le contrat d'assurance. C'est une toute autre histoire⁵⁹.

⁴⁹ J. Kullmann, « Contrats d'assurance sur la vie : la chance de gain ou de perte », *D.* 1996, chron. p. 205. – *Adde*, O. Roumélian, « Le risque en assurance vie », *BJDA* 2017, dossier n° 1, p. 31.

⁵⁰ L'expression est empruntée à F. Lucet, « La qualification des contrats d'assurance-vie », *Gaz. Pal.* 28-29 nov. 1997, p. 2.

⁵¹ Par ex., doublement du capital décès si celui-ci a une cause accidentelle.

⁵² C. assur., art. A. 132-16.

⁵³ Comp. V. Heuzé, « Un monstre et son régime : le contrat commutatif d'assurance sur la vie », *Mélanges J. Bigot*, LGDJ, 2010, p. 193.

⁵⁴ La plupart des contrats sont de montants modestes et se dénouent au profit du conjoint, à défaut des enfants. Les hypothèses d'exhérédation ne sont tout de même pas les plus fréquentes. Ceci dit, désigner le conjoint, c'est priver les enfants de droits. Or s'ils sont issus d'un autre lit, ils ne profiteront jamais des capitaux décès reçus par le conjoint survivant.

⁵⁵ C. assur., art. L. 132-13, al. 2.

⁵⁶ M. Robineau, Variations autour du droit de l'assurance-vie, Petit florilège inspiré par un arrêt du 19 mars 2014 : *www.actuassurance.com*, mars-avril 2014, n° 35, analyses. – J. Aulagnier, « Assurance-vie : l'exclusion des réservataires, ou la protection inopérante des primes exagérées », *Dr. et patr.* 2014, n° 242, p. 20.

⁵⁷ L. n° 2001-1135 du 3 déc. 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, *JO* 4 déc. 2001, p. 19279, texte n° 1.

⁵⁸ L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JO* 24 juin 2006 p. 9513, texte n° 1.

⁵⁹ J. Kullmann, « What's the animal ? Insurance or... », *RGDA* 2015. 429. – *adde*, V., à propos de la qualification des contrats en unités de compte : CJUE, n° C-166-11, González Alonso c/ Nationale Nederlanden Vida Compania de Seguros y Reaseguros, *RGDA* 2013. 187, note G. Parléani. – De manière plus générale, v. CJUE, 5^{ème} ch., 16 juill. 2015, n° C-584/13, DGFP c/ Mapfre Assistencia et Mapfre Warranty, *RGDA* 2015. 465, note G. Parléani. – Cass. com., 24 nov. 2015, n° 12-15.419 : *RGDA* 2016. 24, note G. Parléani. *Adde*, J. Kullmann, « What's the animal ? Insurance or... », *RGDA* 2015. 429.