

**DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS LICENCE CREATIVE COMMONS****CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :**

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 mai 2021, n° 19-25.395, F-P, *bjda.fr* 2021, n° 76, note E. Petitprez

**Quelques vues sur le risque composite et le caractère aléatoire du contrat d'assurance**

**Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 mai 2021, n° 19-25.395, F-P**

**Contrat d'assurance – Aléa – Risque composite**

*La Cour de cassation a réaffirmé le caractère aléatoire du contrat d'assurance, en rappelant que « 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. Tel est le contrat d'assurance »<sup>1</sup>.*

À l'occasion d'un arrêt rendu le 6 mai 2021<sup>2</sup>, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation est revenue sur le caractère aléatoire du contrat d'assurance. Si l'arrêt a l'apparence du classicisme, il renferme toutefois une particularité : il invite à revenir sur le caractère aléatoire du contrat d'assurance confronté à la notion de risque composite.

Afin de garantir un contrat de location avec option d'achat, un particulier a souscrit, le 25 mai 2013, un contrat d'assurance garantissant, notamment, l'incapacité totale de travail. Quelques mois auparavant, il a été victime d'un accident de service alors qu'il effectuait des travaux d'entretien. Souffrant d'une entorse du genou, il a été placé en arrêt de travail à compter du jour de l'accident, soit le 18 février 2013. La pathologie a été consolidée le 11 septembre 2014, et l'assuré a bénéficié d'un nouvel arrêt de travail le 12 septembre de la même année. Puis, il a été placé en arrêt longue maladie en raison d'un syndrome dépressif, ainsi que pour des névralgies cervicobrachiale en lien avec une hernie discale. L'assuré a entendu bénéficier de la garantie de l'assureur.

L'assureur a refusé sa garantie, arguant du fait qu'au moment de la conclusion du contrat, le 25 mai 2013, le risque s'était déjà réalisé puisque l'assuré était en arrêt de travail depuis le 18 février 2013, jour de l'accident. L'aléa n'existait donc pas lors de la conclusion du contrat. La Cour d'appel de Nancy a pourtant condamné l'assureur à fournir sa garantie, au motif que ce dernier ne sollicitait pas la nullité du contrat d'assurance pour défaut d'aléa. Par conséquent, elle n'était pas saisie de cette demande. Pour le dire autrement, selon les juges du fond, c'est une chose que d'invoquer l'absence d'aléa, mais encore faut-il solliciter la sanction adéquate.

---

<sup>1</sup> Cass. 2<sup>e</sup> Civ., 6 mai 2021, F-P, n° 19-25.395.

<sup>2</sup> Cass. 2<sup>e</sup> Civ., 6 mai 2021, F-P, n° 19-25.395.

L'assureur a formé un pourvoi en cassation, estimant que les juges du fond ont violé les articles 1964 du Code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016<sup>3</sup>, L. 121-15 du Code des assurances et 12 du Code de procédure civile. En bref, la cour d'appel aurait dû rejeter la demande d'indemnisation de l'assuré, en raison de l'absence d'aléa concernant le risque couvert.

La deuxième Chambre civile censure finalement la solution des juges du fond. Au visa de l'article 1964 du Code civil, elle rappelle que « 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. Tel est le contrat d'assurance ». La Haute juridiction réaffirme ainsi l'affiliation du contrat d'assurance à la catégorie des contrats aléatoires.

La solution paraît classique : reposant sur un calcul de probabilités, le contrat d'assurance est effectivement présenté comme par essence aléatoire<sup>4</sup>. Toutefois, un élément de l'arrêt interpelle. À observer les faits, le risque dont il était question pourrait être qualifié de composite : risque qui s'est réalisé, mais dont l'étendue reste incertaine. En relevant l'absence d'aléa, la Cour de cassation rejeterait la théorie du risque composite en matière d'assurance dite accident-maladie ou incapacité-invalidité-décès, confirmant l'accueil mitigé que les juges réservent à cette théorie (I). La solution nourrit alors le débat sur la conception de l'aléa dans le contrat d'assurance : le rejet du risque composite devrait, du même coup, conduire à exclure le contrat d'assurance de la catégorie des contrats aléatoires. Est-ce à dire que le risque composite et l'aléa soient définitivement inconciliables (II) ?

### I) Risque composite et jurisprudence, un accueil mitigé

L'hypothèse du risque composite est une création doctrinale<sup>5</sup>. Il est celui qui est composé de plusieurs éléments : un événement générateur d'un dommage et ses conséquences préjudiciables. C'est un risque qui n'est que partiellement réalisé lors de la souscription du contrat<sup>6</sup>. Cette théorie a reçu un certain accueil dans la jurisprudence. En matière d'assurance de responsabilité, la Cour de cassation paraît condamner la théorie du risque composite, jugeant que l'essentiel est de savoir si le fait générateur était connu ou non de l'assuré au jour de la conclusion du contrat, peu important qu'à cette date aucune réclamation d'une victime n'ait été formulée<sup>7</sup>. La clause de « reprise du passé » doit donc s'entendre d'un passé inconnu, une telle clause ne constituant que le « rappel de la règle selon laquelle on ne peut assurer un risque qu'on sait déjà réalisé »<sup>8</sup>. En matière d'assurance de personnes, en revanche, c'est la théorie du risque composite qui semble expliquer un arrêt rendu le 8 juillet 1994, dans lequel la Cour de cassation a considéré qu'il existait bel et bien un aléa alors même que le risque s'était réalisé

---

<sup>3</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>4</sup> Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, coll. Précis, 14<sup>e</sup> édition, p. 209.

<sup>5</sup> Voir J. Kullmann, *Lamy assurances, Régime général du contrat d'assurance, Le risque, Notion*, n° 93.

<sup>6</sup> Sur la notion de risque composite, voir J. Kullmann, *op. cit., loc. cit.* ; également J. Bigot (dir.), J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayaux et V. Nicolas, *Traité de droit des assurances, Tome 3, Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2002, p. 775 ; H. Groutel (dir.), F. Leduc, Ph. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, LexisNexis, 2008, p. 59.

<sup>7</sup> En ce sens, J. Bigot (dir.), J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayaux et V. Nicolas, *op. cit.*, p. 776.

<sup>8</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 18 janvier 1989, *RGAT*, 1989, p. 309, 1<sup>ère</sup> espèce, note J. Bigot.

avant la conclusion du contrat<sup>9</sup>. En l'espèce, une personne ayant souscrit une assurance invalidité a subi, deux ans après la conclusion du contrat, une amputation de la jambe gauche, qui était la conséquence d'un accident survenu vingt ans avant la conclusion du contrat. Au double visa des articles 1104 et 1964 du Code civil dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016<sup>10</sup>, la Cour de cassation a considéré qu'au jour de la signature du contrat le risque n'était « ni certain dans sa réalisation, ni déterminable dans son étendue »<sup>11</sup>. Elle en a alors déduit l'existence d'un aléa. Autrement dit, lorsque le risque est certain dans sa réalisation, mais incertain dans son étendue, il existe bel et bien un aléa, élément caractéristique du contrat d'assurance. L'objet du contrat serait un risque composite, « alliant, dans sa définition, source et étendue du préjudice »<sup>12</sup>. Pour la Haute juridiction, l'aléa subsiste tant que ces deux éléments ne sont pas survenus. Par la suite, en matière d'assurance couvrant le risque d'invalidité ou d'incapacité de travail consécutive à un accident corporel ou une maladie, la Cour de cassation a appliqué avec plus de réserve la théorie du risque composite. Lorsque l'accident ou la maladie s'est produit avant la conclusion du contrat, les juges considèrent que la réalisation du risque est acquise au moment de la souscription du contrat lorsque, à cette date, la survenance de l'invalidité ou de l'incapacité apparaissait comme une suite inéluctable de l'accident ou de la maladie<sup>13</sup>. En revanche, les tribunaux considèrent que l'événement demeurerait incertain lors de la souscription lorsque le cours ordinaire des choses ne laissait pas présager la survenance de l'invalidité ou de l'incapacité pendant la période d'effet du contrat<sup>14</sup>. C'est donc, finalement, un accueil mitigé que la jurisprudence a réservé à la théorie du risque composite<sup>15</sup>. Ce n'est que lorsque la réalisation future des autres éléments de l'événement composite ne semble pas relever du cours ordinaire des choses que l'on pourra considérer que l'événement présente un caractère incertain<sup>16</sup>.

Si nous revenons à l'arrêt rendu le 6 mai 2021, la qualification de risque composite pourrait être avancée. Certes, l'accident et l'arrêt de travail sont survenus avant la conclusion du contrat, mais la consolidation est intervenue postérieurement – le 11 septembre 2014 – et le particulier a de nouveau été placé en arrêt de travail le 12 septembre 2014, puis en congé longue maladie. Ainsi, si la réalisation du risque était certaine lors de la conclusion du contrat, il n'en demeure pas moins que son étendue demeurerait visiblement incertaine. Au moment de la conclusion du contrat, le risque s'était déjà réalisé, mais la consolidation de la pathologie n'avait pas encore eu lieu. L'on pourrait considérer que le risque se compose de plusieurs éléments, dont la réalisation s'étale dans le temps. La deuxième Chambre civile censure toutefois la solution des

---

<sup>9</sup> En ce sens, S. Porchy, « Caractère aléatoire du contrat d'assurance : couverture des séquelles d'un accident antérieur au contrat d'assurance-invalidité », *D.*, 1995, p. 217.

<sup>10</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>11</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 8 juillet 1994, *D.*, 1995, p. 217, note S. Porchy.

<sup>12</sup> S. Porchy, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>13</sup> Voir en ce sens Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 7 juin 2001, *RCA*, 2001, chron. 21 par H. Groutel, *RGDA*, 2001, p. 676, note J. Kullmann.

<sup>14</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 30 janvier 1996, *RGDA*, 1996, p. 399, note J. Kullmann. Pour une présentation générale de ces deux tendances, voir H. Groutel (dir.), F. Leduc, Ph. Pierre et M. Asselain, *op. cit.*, p. 61.

<sup>15</sup> En ce sens, J. Bigot (dir.), J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayaux et V. Nicolas, *op. cit.*, p. 777.

<sup>16</sup> En ce sens, H. Groutel (dir.), F. Leduc, Ph. Pierre et M. Asselain, *op. cit.*, p. 60.

juges du fond, lesquels ont violé l'ancien article 1964 du Code civil en ne tirant pas les conséquences de l'absence d'aléa.

L'on peut alors s'interroger sur le point de savoir si la Cour de cassation n'entend pas rejeter purement et simplement la théorie du risque composite en matière d'assurance couvrant un risque d'incapacité de travail. En effet, les juges se bornent à relever que l'accident et l'arrêt de travail consécutif ont eu lieu avant la conclusion du contrat, sans s'attarder sur le fait que la consolidation de la pathologie, ainsi qu'un deuxième arrêt de travail et un congé longue maladie sont intervenus postérieurement. La question de savoir si la survenance de l'incapacité était inéluctable ou si le cours ordinaire des choses ne la laissait pas présager est ainsi occultée. Sans s'attarder sur le caractère prévisible ou non de l'incapacité au jour de la conclusion du contrat, la Haute juridiction fermerait la porte à la théorie du risque composite : en présence d'un tel risque, il ne pourrait y avoir d'aléa dès lors que la réalisation du risque est antérieure à la conclusion du contrat. Plus qu'un accueil mitigé, la solution prendrait le chemin d'un véritable rejet de la théorie du risque composite en matière d'assurance couvrant un risque d'incapacité ou d'invalidité. Une telle analyse pourrait alors expliquer que l'arrêt soit publié au Bulletin, ainsi que l'aspect assez solennel de l'attendu qui rappelle la définition du contrat aléatoire et affirme que « tel est le contrat d'assurance ».

Si c'est ainsi que s'analyse la solution, relevons qu'elle n'est pas sans conséquences pour les assurés. En effet, une admission plus souple de la théorie du risque composite pourrait être bienvenue pour ces derniers. Cela leur permettrait de pouvoir faire jouer la garantie de l'assureur lorsque les conséquences préjudiciables d'un accident antérieur apparaissent après la conclusion du contrat. De son côté, l'assureur ne pourrait arguer du fait que le contrat était dépourvu d'aléa pour refuser sa garantie. Finalement, le risque composite permettrait une meilleure protection des assurés. Si la Cour de cassation entend ici rejeter cette théorie en assurance dite accident-maladie ou incapacité-invalidité-décès, l'on peut trouver la solution sévère. Parfois, il pourrait s'entendre que l'assureur doit garantir les conséquences préjudiciables d'un accident survenu avant la conclusion du contrat. Cela permettrait d'éviter que l'assuré qui a entendu se protéger ne se retrouve privé de garantie en présence d'un risque dont la réalisation dure dans le temps. En opportunité, la théorie du risque composite apparaît ainsi comme un mécanisme de protection de l'assuré, et son rejet serait discutable. De plus, il est sans doute réducteur de limiter le risque au seul événement générateur du dommage, sans prendre en compte ses éventuelles conséquences pour l'avenir. Les risques complexes sont, en pratique, plus répandus que les risques simples<sup>17</sup>. Outre cet aspect, la solution du 6 mai 2021 suscite la discussion sur un autre point. Confrontant la théorie du risque composite à la notion d'aléa, elle vient nourrir le débat sur le caractère aléatoire du contrat d'assurance.

## II) Risque composite et aléa, une impossible conciliation ?

L'aléa est présenté comme la condition *sine qua non* du contrat d'assurance<sup>18</sup>. La difficulté réside alors dans la définition de l'aléa. Le dictionnaire de l'Académie française le définit comme un « hasard favorable ou, plus souvent, défavorable », « une incertitude due au

---

<sup>17</sup> En ce sens, J. Bigot (dir.), J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayaux et V. Nicolas, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>18</sup> J. Kullmann, « L'aléa, condition de l'assurance ? », *Aléa et contrat d'assurance*, RCA, mars 2014, dossier 10.

hasard »<sup>19</sup>. De son côté, avant l'ordonnance du 10 février 2016<sup>20</sup>, le Code civil donnait une définition des contrats aléatoires aux articles 1104 et 1964, qui étaient applicables à la cause. L'article 1104 précisait que le contrat est aléatoire « lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain ». Quant à l'article 1964 du même Code, il précisait que « 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 ». Il poursuivait en précisant que tels sont « le contrat d'assurance, le jeu et le pari, le contrat de rente viagère ». Si l'article 1104 visait un gain aléatoire, l'article 1964 mentionnait simplement un événement aléatoire, dont vont dépendre les effets de la convention. La jurisprudence a alors tenté une synthèse de ces deux conditions, en précisant que le contrat est aléatoire « lorsque l'avantage que les parties en retireront n'est pas appréciable lors de la formation du contrat parce qu'il dépend d'un événement incertain »<sup>21</sup>. Autrement dit, l'incertitude doit affecter l'événement et ses conséquences patrimoniales pour que le contrat soit qualifié d'aléatoire<sup>22</sup>. Lors de la réforme de 2016, l'article 1964 a été abrogé, de sorte que seul l'article 1108 alinéa 2 du Code civil précise désormais 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 contrat d'assurance n'est donc plus expressément nommé dans le Code civil comme un contrat aléatoire, mais il demeure présenté comme tel<sup>23</sup>. La doctrine le qualifie ainsi<sup>24</sup>, de même que la jurisprudence qui a rappelé, à plusieurs reprises, qu'il était par nature aléatoire<sup>25</sup>. L'arrêt du 6 mai 2021 l'affirme encore<sup>26</sup>.

La définition du contrat aléatoire s'applique-t-elle pour autant au contrat d'assurance ? Le contrat aléatoire présente trois traits caractéristiques. D'abord, il comporte un aléa événementiel, qui désigne un événement incertain<sup>27</sup>. L'incertitude porte sur l'événement en lui-même ou sur sa date. Ensuite, il comprend un aléa économique – ou patrimonial - réciproque<sup>28</sup>. Chacun des cocontractants courrait une chance de gain ou un risque de perte. Enfin, il doit exister un lien de causalité entre les deux éléments : la chance de gain et le risque de perte dépendent de l'événement incertain<sup>29</sup>. Si, *prima facie*, l'appartenance du contrat d'assurance à la catégorie des contrats aléatoires ne fait guère de doute, une controverse s'est pourtant élevée sur le point de savoir s'il était bel et bien un contrat aléatoire. C'est plus précisément l'existence d'un aléa économique réciproque qui est au cœur des discussions. La qualification de contrat aléatoire a

---

<sup>19</sup> Dictionnaire de l'Académie française, version en ligne.

<sup>20</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>21</sup> Cass. Com., 10 juin 1960, S., 1961, p. 42.

<sup>22</sup> En ce sens, L. Mayaux, « Contrat d'assurance », *Répertoire de droit civil*, juin 2014, n° 31.

<sup>23</sup> En ce sens, le Professeur Leduc a pu relever que l'article 1106 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ne rompait avec le droit positif mais opérait un changement du centre de gravité de la définition du contrat aléatoire, « en déplaçant celui-ci de l'actuel article 1104 [...] vers l'actuel article 1964 [...] », F. Leduc, « Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats et le caractère aléatoire du contrat d'assurance », *RDC*, 2015, n° 4, p. 895.

<sup>24</sup> Voir Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *op. cit.*, p. 208.

<sup>25</sup> Voir en ce sens Cass. 2<sup>e</sup> Civ., 11 septembre 2014, n° 13-17.236 ; Cass. 2<sup>e</sup> Civ., 15 avril 2010, n° 08-20.377.

<sup>26</sup> Sur ce rappel du principe « pas d'aléa pas d'assurance » opéré par l'arrêt, voir R. Bigot et A. Cayol, « L'aléa absent au jour de la souscription d'un contrat d'assurance », *Dalloz Actualité*, 11 mai 2021.

<sup>27</sup> En ce sens, J. Kullmann, *op. cit.*, *loc. cit.* ; L. Mayaux, *op. cit.*, n° 32.

<sup>28</sup> J. Kullmann, *op. cit.*, *loc. cit.* ; L. Mayaux, *op. cit.*, n° 33.

<sup>29</sup> En ce sens, F. Leduc, *op. cit.*, *loc. cit.* Voir également H. Groutel (dir.), F. Leduc, Ph. Pierre et M. Asselain, *op. cit.*, p. 104.

été discutée s'agissant des contrats d'assurance - placement, dont la figure la plus répandue est celle par laquelle, en contrepartie d'une prime, l'assureur s'engage à verser soit au souscripteur s'il est encore en vie, soit à un bénéficiaire, un capital égal à la valeur de l'épargne constituée à la date de dénouement du contrat. Si la Cour de cassation a pu retenir la qualification de contrat d'assurance<sup>30</sup>, il est pourtant difficile de percevoir dans ce type de contrats les éléments du contrat aléatoire. Dans ces contrats, un événement incertain entre, certes, dans le champ contractuel – la durée de vie, mais il n'existerait aucun aléa économique réciproque. L'événement incertain n'aurait aucune influence sur l'équilibre final des prestations, puisque l'assureur versera un capital, soit à l'assuré, soit au bénéficiaire, en échange du paiement des primes<sup>31</sup>.

S'agissant de cet aléa économique, d'autres considèrent qu'il ne peut être, de façon générale, une condition du contrat d'assurance<sup>32</sup>. L'ancien article 1964 du Code civil précisait en effet que sont des contrats aléatoires, avec le contrat d'assurance, la rente viagère ainsi que le jeu et le pari. Dans ces derniers il est effectivement question d'une chance de gain ou d'un risque de perte : un pari peut être gagné ou perdu ; une rente peut être payée plus ou moins longtemps, engendrant des pertes pour l'un et des gains pour l'autre. Mais il n'est point question de chance de gain ou de risque de perte dans le contrat d'assurance. L'assureur comme le souscripteur n'ont aucun intérêt à ce que l'autre perde ou gagne, il n'y a pas de désir de perte de l'autre pour obtenir un gain. L'assuré et l'assureur « ne contractent pas l'un contre l'autre »<sup>33</sup>. Au contraire, les deux ont intérêt à ce que nul d'entre eux ne subisse une perte<sup>34</sup>. Également, le principe indemnitaire, dans l'assurance dommage, qui veut qu'il n'y ait jamais d'enrichissement, et donc jamais de gain, empêche de considérer que l'aléa économique soit une condition du contrat d'assurance<sup>35</sup>. De même, l'avantage est connu dans le contrat d'assurance : il est, pour l'assuré, d'être couvert contre un risque. L'avantage est immédiat et mesurable, puisqu'une prime est déterminée, représentant la valeur de la couverture du risque<sup>36</sup>. L'équivalent ne réside pas dans la chance de gain ou le risque de perte d'après un événement incertain comme le prévoyait l'article 1104 du Code civil ; il réside dans la prime et la couverture du risque. Il est ainsi plus question de prévoyance que de chance ou de malchance dans le contrat d'assurance, qui n'a finalement pas grand - chose à voir avec les contrats aléatoires que sont le jeu, le pari ou le contrat de rente viagère. Si ces derniers créent le risque, le contrat d'assurance, lui, le couvre<sup>37</sup>. On le voit, l'intégration du contrat d'assurance dans la catégorie des contrats aléatoires n'est pas si aisée : l'aléa économique réciproque ne sied pas tout à fait à la figure du contrat d'assurance. Certains appellent alors à extraire ce contrat de la catégorie des contrats aléatoires<sup>38</sup>.

---

<sup>30</sup> Voir notamment Cass. Ch. Mixte, 23 novembre 2004, n<sup>os</sup> 03-13673, 02-17507, 01-13592 et 02-11353, *Bull. Civ.* n<sup>o</sup> 4.

<sup>31</sup> Sur cette critique, voir notamment F. Leduc, *op. cit., loc. cit.*

<sup>32</sup> J. Kullmann, *op. cit., loc. cit.* L'auteur considère qu'« il saute aux yeux que la chance de gain ou de perte ne caractérise pas le contrat d'assurance ».

<sup>33</sup> J. Kullmann, *Lamy assurances, Régime général du contrat d'assurance, Le risque, Assurance, jeu et pari*, n<sup>o</sup> 100.

<sup>34</sup> En ce sens, J. Kullmann, « L'aléa, condition de l'assurance ? », *Aléa et contrat d'assurance, RCA*, mars 2014, dossier 10.

<sup>35</sup> En ce sens, J. Kullmann, *op. cit., loc. cit.* ; L. Mayaux, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 34.

<sup>36</sup> En ce sens, L. Mayaux, *op. cit., loc. cit.*

<sup>37</sup> L. Mayaux, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 36.

<sup>38</sup> J. Kullmann, *op. cit., loc. cit.*

Dans cette perspective, l'admission de la théorie du risque composite soulève des difficultés. Cela conduit en effet à reconnaître que la convention est aléatoire dans son résultat, puisque ce qui est en jeu ce n'est pas la réalisation du risque mais son étendue. Toute la question est de savoir dans quelle mesure le risque va être étendu et quels vont être finalement les effets de la convention. Une telle conception s'entend si l'on retient une analyse civiliste du contrat aléatoire<sup>39</sup>. Si l'aléa se comprend comme un événement incertain, alors toute incertitude, qu'elle concerne le risque ou son étendue, affecte l'équilibre des prestations, puisque la détermination de la dette de l'assureur en dépend. La convention est aléatoire en ce que son résultat dépend de la survenance ou non d'un événement incertain. Du point de vue du droit civil, la solution se justifie. Mais, du point de vue du droit des assurances, la solution est plus discutable. Si l'on admet que l'incertitude porte sur les résultats que va produire le contrat, alors l'aléa dans le contrat d'assurance n'est pas seulement l'événement incertain ; il est également une chance de gain ou un risque de perte dans les effets que la convention va produire. Les résultats auxquels la convention va aboutir renvoient en effet à ce chacun peut, *in fine*, gagner ou perdre. Admettre la théorie du risque composite revient donc à considérer que le contrat d'assurance est un contrat aléatoire non seulement car il comporte un aléa événementiel, mais également un aléa économique réciproque. Or, comme nous l'avons relevé plus haut, il est difficile d'appliquer ce dernier au contrat d'assurance. De ce point de vue, la théorie du risque composite ne devrait pas être admise.

Vu sous cet angle, l'arrêt du 6 mai 2021 a tout d'un paradoxe. D'un côté il semble rejeter la théorie du risque composite ; de l'autre il réaffirme l'affiliation du contrat d'assurance à la catégorie des contrats aléatoires. Les deux solutions sont pourtant difficilement compatibles. Le rejet du risque composite devrait conduire à exclure du même coup le contrat d'assurance de la catégorie des contrats aléatoires ; à l'inverse, affirmer que le contrat d'assurance est un contrat aléatoire devrait mener à admettre la théorie du risque composite. Il existe alors, croyons-nous, une façon de résoudre la difficulté. La solution consisterait à admettre que le contrat d'assurance est un contrat aléatoire, mais dans la mesure où il existerait deux sortes de contrats aléatoires. Cette dualité avait été esquissée par Portalis dans les travaux préparatoires du Code civil, qui avait affirmé que les contrats aléatoires « sont le produit de nos espérances ou de nos craintes. On veut tenter la fortune ou être rassuré contre ses caprices »<sup>40</sup>. Il existerait ainsi deux sortes de contrats aléatoires, qui introduiraient le hasard de deux façons différentes. Soit le hasard est ce que le contrat vient défier et le contrat spéculer sur le hasard ; soit le hasard est ce contre quoi le contrat protège et ce dernier a vocation à apporter une sécurité contre le hasard<sup>41</sup>. Dans cette deuxième catégorie, l'on retrouverait le contrat d'assurance. Entendu ainsi, le contrat d'assurance serait un contrat aléatoire, comportant un aléa économique qui serait non pas réciproque mais unilatéral. L'assuré ne s'exposerait aucunement à une chance de gain ou un risque de perte. Si le risque se réalise, il perçoit une indemnité, et si le risque ne se réalise pas, il aura certes payé les primes, mais il a bénéficié de la couverture de l'assureur en contrepartie. Il ne paye donc pas la prime à fonds perdus<sup>42</sup>. En revanche, l'assureur s'exposerait à une chance de gain ou un risque de perte. Certes, il dilue l'aléa dans le principe de la mutualité, mais au niveau du seul contrat d'assurance, il s'expose à une chance de gain ou un risque de perte. Si le risque ne se réalise pas, il aura touché les primes ; il bénéficiera d'un gain. À

---

<sup>39</sup> En ce sens, S. Porchy, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>40</sup> J-E-M. Portalis, « Présentation au corps législatif du titre intitulé "Des contrats aléatoires" », P-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Videcoq, 1836, p. 535.

<sup>41</sup> En ce sens, F. Leduc, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>42</sup> En ce sens, F. Leduc, *op. cit.*, *loc. cit.*

l'inverse, si le sinistre survient, il devra verser l'indemnité ; il subira une perte<sup>43</sup>. L'aléa économique dans le contrat d'assurance existerait bel et bien, mais il serait unilatéral. Ainsi entendu, le contrat d'assurance serait bien un contrat aléatoire, et la difficulté précédemment présentée serait résorbée. La théorie du risque composite ne susciterait plus de difficulté : puisqu'il y a une incertitude sur l'étendue du risque, il y a, pour l'assureur, une chance de gain ou un risque de perte dans les effets que la convention va produire. Le contrat d'assurance serait une sorte de contrat aléatoire, qui comprendrait un aléa économique unilatéral. Il conserverait cette qualification dès lors que le risque s'est réalisé mais demeure incertain dans son étendue pour la personne de l'assureur.

D'apparence classique, l'arrêt du 6 mai 2021 n'en suscite donc pas moins la discussion. Il donne l'occasion de revenir sur la théorie du risque composite, ainsi que sur l'incidence de cette théorie sur la conception de l'aléa dans le contrat d'assurance. Gageons que le débat sur le caractère aléatoire du contrat d'assurance s'en trouvera encore alimenté. Pour reprendre les propos du Professeur Leduc, « Quelques obus devraient encore pleuvoir de part et d'autre de cette ligne de front que constitue la frontière entre le commutatif et l'aléatoire »<sup>44</sup>.

E. Petitprez

Docteur en droit et enseignante – chercheuse à l'Université de Picardie Jules Verne

### L'arrêt :

#### Faits et procédure :

1. Selon l'arrêt attaqué (Nancy, 24 octobre 2019), M. [Z] a acquis un véhicule au moyen d'un contrat de location avec option d'achat souscrit le 20 septembre 2012.
2. Arguant avoir adhéré le 25 mai 2013 à un contrat d'assurance souscrit auprès de la société Swisslife assurance et patrimoine (l'assureur) et garantissant notamment l'incapacité totale de travail, M. [Z] a assigné le vendeur et l'assureur en paiement d'une somme représentant les mensualités du crédit qu'il avait réglées durant sa période d'arrêt de travail.

#### Examen du moyen :

Sur le moyen, pris en sa deuxième branche

#### Énoncé du moyen :

3. L'assureur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer à M. [Z] la somme de 11 642 euros majorée des intérêts au taux légal à compter du 2 décembre 2016 et celle de 1 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, alors « *que le contrat d'assurance, par nature aléatoire, ne peut porter sur un risque que l'assuré sait déjà réalisé ; que pour retenir la garantie de la société Swisslife qui la déniait en faisant valoir que M. [Z] ne pouvait être indemnisé de l'arrêt de travail qui était en cours et dont il avait connaissance au jour de son adhésion à l'assurance, la cour d'appel a considéré que cet assureur ne pouvait pas invoquer l'absence de garantie d'un risque que l'assuré savait déjà réalisé dès lors qu'il ne sollicitait pas la nullité du contrat d'assurance de ce chef ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel qui a méconnu son office en ne tirant pas les conséquences légales de la situation invoquée, a violé les articles 1964 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, applicable au litige, L. 121-15 du code des assurances, ensemble l'article 12 du code de procédure civile.* »

#### Réponse de la Cour :

---

<sup>43</sup> En ce sens, F. Leduc, *op. cit., loc. cit.* Relevons qu'avec la crise sanitaire, les pertes d'exploitation ont dépassé les prévisions des assureurs, qui s'exposent bel et bien à un risque de perte et peuvent ainsi subir le hasard en dépit de leurs calculs.

<sup>44</sup> F. Leduc, *op. cit., loc. cit.*

Vu l'article 1964 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, applicable à la cause :

4. Aux termes de ce texte, 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. Tel est le contrat d'assurance.

5. Pour condamner l'assureur à payer à M. [Z] la somme de 11 642 euros majorée des intérêts au taux légal courant à compter du 2 décembre 2016, l'arrêt, après avoir retenu que M. [Z] avait adhéré le 25 mai 2013 au contrat d'assurance affecté au contrat de location avec option d'achat, énonce que ce dernier, souffrant d'une entorse du genou droit, a bénéficié d'un arrêt de travail à compter du 18 février 2013, que cette pathologie a été consolidée le 11 septembre 2014 et que M. [Z] a été de nouveau en arrêt de travail à compter du 12 septembre 2014. L'arrêt rappelle que pour s'opposer à la garantie, l'assureur fait valoir que le contrat d'assurance, par nature aléatoire, ne peut porter sur un risque que l'assuré sait déjà réalisé et ne peut ainsi être indemnisé de l'arrêt de travail qui était en cours et dont il avait connaissance au jour de la souscription de l'assurance litigieuse. L'arrêt ajoute que toutefois, aux termes du dispositif de ses conclusions d'appel, l'assureur ne sollicite pas la nullité du contrat d'assurance de ce chef de sorte que la cour n'est pas saisie de cette demande.

6. En statuant ainsi, alors qu'en l'absence d'aléa, au jour de l'adhésion, concernant l'un des risques couverts par le contrat d'assurance, la garantie y afférente ne pouvait être retenue, la cour d'appel, qui relevait que le premier arrêt de travail avait débuté le 18 février 2013, avant la date de l'adhésion, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé le texte susvisé.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi, la Cour :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 24 octobre 2019, entre les parties, par la cour d'appel de Nancy ;