

DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS LICENCE CREATIVE COMMONS

CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :

A. Touzain, *L'article 1964 du Code civil : retour vers le futur ?*, *bjda.fr* 2022, n° 82

L'article 1964 du Code civil : retour vers le futur ?

Antoine Touzain,

Professeur à l'université de Rouen, membre du CUREJ

1. Marty affirmait qu'il n'est pas de notions juridiques qui soient « *définitivement imprécises ou totalement rebelles à toute organisation juridique* »¹. La notion de contrat aléatoire n'est-elle pas l'exception qui confirme la règle, à en croire les vicissitudes de l'article 1964 du Code civil, que l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux propose de restaurer ?

2. **Le passé.** À retourner dans le passé, en 1804, le Code Napoléon consacrait deux articles aux contrats aléatoires : l'article 1104, en droit commun des contrats, y voyait les contrats dans lesquels l'équivalent (la cause objective) consistait « *dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain* », et l'article 1964, en droit des contrats spéciaux, les définissait comme les contrats « *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* ».

La contradiction entre ces deux textes a été fréquemment dénoncée : le premier donnait une définition restrictive du contrat aléatoire en exigeant que l'aléa pèse sur l'ensemble des parties, tandis que le second procédait à une extension de la catégorie en admettant que l'aléa puisse ne peser que sur l'une ou plusieurs d'entre elles. Étonnant exemple d'un texte spécial posant une définition plus générale que celle donnée... par le texte général ! La doctrine a donc cherché à concilier les dispositions et a abouti à considérer qu'un contrat aléatoire supposait : 1° un aléa événementiel (l'événement extérieur au contrat), 2° un aléa économique réciproque (l'incertitude, lors de la formation du contrat, quant au *ratio* des prestations respectives définitives) et 3° un lien de causalité entre les deux (la chance de gain ou de perte dépendant de la survenance ou non de l'événement)².

On rappellera en outre qu'après avoir posé une définition dans l'alinéa 1^{er}, l'article 1964 comportait en ses alinéas suivants³ une liste d'exemples de contrats aléatoires : le contrat

¹ G. Marty, *La distinction du fait et du droit*, Sirey, 1929, p. 214.

² H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, 2008, n° 162.

³ Si l'usage en doctrine est de parler de l'alinéa 2 à propos de cette liste – ce qui est parfaitement logique d'un point de vue substantiel, puisqu'à la définition de l'alinéa 1^{er} répondraient les exemples de l'alinéa 2 –, les règles de légistique imposent de compter autrement : cf. *infra* note 20.

d'assurance, le jeu et le pari, le contrat de rente viagère et, jusqu'à la loi de simplification du droit du 12 mai 2009, le prêt à la grosse aventure.

3. **Le présent.** Les choses ont changé avec la réforme du droit des contrats et du régime des obligations du 10 février 2016. Cette réforme a procédé à une nouvelle rédaction de la définition du contrat aléatoire dans le droit commun des contrats : le nouvel article 1108, qui a remplacé l'ancien article 1104 corrélativement abrogé, dispose, en son alinéa 2, 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* ». De cette nouvelle rédaction, il découle qu'il n'est plus nécessaire que chacune des parties supporte la chance ou le risque⁴.

Comme l'a souligné Fabrice Leduc, commentant le projet de réforme des contrats de 2015, cela revenait à opérer, « *non une rupture avec le droit positif, mais plus modestement un changement de son centre de gravité, en déplaçant celui-ci de [l'ancien] article 1104 (chance de gain et risque de perte pour chacune des parties) vers [l'ancien] article 1964 (chance de gain et risque de perte pour chacune des parties ou l'une d'entre elles seulement)* »⁵. La réforme de 2016 est donc allée au bout de la logique (et peut-être au-delà de sa compétence...) : ayant déplacé la substance de l'article 1964 dans le nouvel article 1108, elle abrogeait également le premier, abrogation justifiée par le *Rapport au président de la République* « *compte-tenu de la nouvelle définition donnée par le second alinéa de l'article 1108* ».

Pourtant, cette modification n'était pas un pur déplacement de norme puisque l'alinéa 1^{er} a été accompagné dans sa chute par les alinéas suivants : depuis la réforme de 2016, il n'y a plus de liste d'exemples de contrats aléatoires. Or, si des dispositions spécifiques continuent de régir le jeu et le pari⁶ ainsi que la rente viagère⁷, le contrat d'assurance a en revanche disparu du Code civil.

4. **Le futur.** L'avant-projet de réforme des contrats spéciaux, rédigé par la Commission Stoffel-Munck et diffusé le 29 juillet 2022⁸, propose un retour de l'article 1964 (et donc du contrat d'assurance) dans le futur. À l'instar de son prédécesseur, le texte de l'avant-projet procède en deux temps : à la définition du contrat aléatoire (I) succède une liste d'exemples de contrats aléatoires dont l'assurance (II).

I) La définition du contrat aléatoire

⁴ J. Kullmann, « Le contrat d'assurance et le nouvel article 1108 du Code civil : commutatif et/ou aléatoire ? », *RGDA* 2018. 64.

⁵ F. Leduc, « Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats et le caractère aléatoire du contrat d'assurance », *RDC* 2015. 895, n° 2.

⁶ C. civ., art. 1965 à 1967.

⁷ C. civ., art. 1968 à 1983.

⁸<http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/consultation-sur-lavant-projet-de-reforme-du-droit-des-contrats-34548.html>.

5. **Contenu.** L'article 1964, alinéa 1^{er} de l'avant-projet a pour objet de poser une définition : il dispose que « *Sont aléatoires par essence les contrats dans lesquels chacune des parties court une chance de gain en même temps qu'un risque de perte, dépendant en leur totalité d'un événement incertain.* »

6. **Justification.** Selon la Commission, une telle définition était nécessaire, car « *la définition donnée à l'article 1108 est si large qu'elle couvre des opérations qui n'appartiennent pas au même univers économique tant elles servent des fonctions distinctes* », soulignant que tandis que dans le jeu, chaque contractant risque une perte contrebalancée par « *l'appât du gain* », l'assurance de dommages « *n'est pas excitée par le même esprit spéculatif* », se rapprochant des sûretés⁹. Une définition restrictive serait donc nécessaire, d'autant que le titre sur les contrats aléatoires serait le plus hétérogène du projet, au regard de la grande diversité quant à la nature économique des opérations qu'il recouvre¹⁰.

Toujours selon la Commission, la définition s'oppose ainsi à celle de l'article 1108 – lequel admet que la qualification de contrat aléatoire s'accommode de ce que l'aléa ne frapperait qu'une seule des parties – en exigeant que les parties à un contrat essentiellement aléatoire supportent toutes ensemble les conséquences de l'aléa. En somme, si le texte était adopté, un voyageur temporel fin connaisseur des textes de 1804 serait assez déboussolé par le renversement des dispositions de droit commun et de droit spécial : l'avant-projet reviendrait, d'une certaine façon, à replacer le contenu de l'ancien article 1104 dans le nouvel article 1964, alors que la réforme de 2016 avait déplacé le contenu de l'ancien article 1964 dans le nouvel article 1108 !

7. **Critique.** Que penser de cette proposition de texte ? À considérer qu'une dualité de définitions est nécessaire, il est heureux et bien plus logique que la définition restrictive du contrat aléatoire relève pour l'avenir du droit spécial, tandis que la définition extensive est aujourd'hui celle du droit commun.

Mais cette dualité est-elle vraiment pertinente ?

D'un côté, l'inscription de la catégorie des contrats aléatoires dans le droit commun se comprend : les distinguer des contrats commutatifs s'avère pertinent pour écarter certaines sanctions, ce que l'on résume généralement par deux adages, « *l'aléa chasse l'erreur* » (car les parties ont accepté de conclure le contrat malgré le doute quant aux prestations qui seront *in fine* dues¹¹) et « *l'aléa chasse la lésion* » (car les parties ont accepté de courir un risque de perte dans l'espoir d'un gain, ce qui les prive de la possibilité de contester le déséquilibre objectif qui pourrait découler du contrat). Une partie de la doctrine y ajoute d'autres règles : l'aléa chasse la libéralité (car il s'agit de contrats à titre onéreux), l'aléa chasse la garantie – des vices cachés ou d'éviction – (puisqu'il y a acceptation d'un risque) et l'aléa chasse l'imprévision (car l'acceptation d'un risque empêche de se prévaloir ultérieurement d'un changement de

⁹ Ph. Stoffel-Munck et A. Sériaux, « Les contrats aléatoires – Présentation », in *Avant-projet de réforme des contrats spéciaux*, 2022, p. 145 s.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Cette règle a notamment justifié la jurisprudence relative à l'erreur sur l'authenticité : lorsqu'un tableau est « attribué à » un artiste, un aléa entre dans le champ contractuel et il n'est plus possible de demander la nullité pour erreur sur les qualités essentielles de la chose une fois l'identité confirmée ou infirmée.

circonstances)¹². Il y a donc un régime particulier attaché à la qualification. Quant à la distinction conceptuelle des contrats commutatifs et aléatoires, elle demeure certes discutée¹³ mais l'inscription de la notion de contrat aléatoire dans le droit commun conserve un intérêt, car certains contrats normalement commutatifs (et qui ne relèvent donc pas des contrats aléatoires spéciaux) peuvent devenir aléatoires par la volonté des parties, dès lors que « *l'économie même du contrat s'en trouve affectée* »¹⁴ : ce sont la vente sans garantie des vices, le bail dont le loyer dépend du chiffre d'affaires du preneur, le marché à forfait, le mandat ducroire¹⁵...

D'un autre côté, l'existence d'un titre dédié aux contrats aléatoires au sein des dispositions relatives aux contrats spéciaux pourrait également se justifier. Un tel titre permet en effet d'identifier une catégorie spécifique de contrats, à savoir ceux qui reposent essentiellement sur l'aléa et qui seraient donc annulables si celui-ci faisait défaut¹⁶. Il en va ainsi des contrats listés dans l'article 1964 de l'avant-projet (jeu et pari, rente viagère à titre onéreux, tontine et certaines assurances) mais aussi d'autres figures (cession de droits litigieux, vente de nue-propriété ou d'usufruit, etc.¹⁷). Mais faut-il pour autant proposer une définition commune aux contrats aléatoires, dont les rédacteurs de l'avant-projet soulignent, on l'a dit, la grande hétérogénéité ? Ne faudrait-il pas, quoiqu'à contrecœur, renoncer à l'esprit de système et se contenter de titres distincts pour chacun des contrats aléatoires nommés et spécialement régis par le Code civil¹⁸ ?

Tel n'est pas le parti pris de l'avant-projet, qui privilégie une définition commune qui « *permet d'englober d'autres cas de figure que le Code civil laissait jusqu'ici de côté* », donnant l'exemple de la tontine, la Commission précisant que « *rien n'interdit d'ailleurs de l'employer pour enrichir encore cette liste d'autres opérations contractuelles où la part de spéculation s'avère décisive* »¹⁹. Pourtant, sinon l'intérêt intellectuel, pourquoi rattacher de telles opérations à cette définition, dès lors qu'aucune conséquence technique n'en découle ? En réalité, on a le sentiment qu'il s'agissait de reprendre la méthode du Code de 1804, la définition du contrat aléatoire ayant pour objet principal d'organiser ensemble les dispositions éparses relatives à certains contrats dont le seul caractère aléatoire justifierait la réunion.

¹² A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, Domat droit privé, 14^e éd., 2021, n° 940 s.

¹³ V. not. F. Grua, « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTD civ.* 1983. 263 (selon lequel le contrat aléatoire n'est qu'une variété du contrat commutatif).

¹⁴ A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 935. Cette précision vise à éviter que tout contrat comportant une clause limitative de responsabilité devienne aléatoire.

¹⁵ Exemples proposés par A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 936 s.

¹⁶ Tandis que les contrats commutatifs par nature qui deviennent aléatoires par la volonté des parties seraient seulement requalifiés en contrats commutatifs à défaut d'aléa (A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 926), sauf à ce que l'aléa soit érigé par les parties en élément essentiel du contrat.

¹⁷ Il s'agit des contrats « *essentiellement aléatoires* » proposés par A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 927 s., qui y ajoute la clause d'accroissement (que l'avant-projet Capitant présente comme un synonyme de la tontine) ainsi que la transaction (dont le caractère aléatoire peut être discuté).

¹⁸ V. déjà la proposition de supprimer les contrats aléatoires spéciaux formulée par F. Terré, « L'aléa chasse la lésion. Après la lésion, le contrat aléatoire », *JCP G* 2009. 464 ; pour une défense de la catégorie, v. par ex. S. Ringler, « Les contrats aléatoires », in H. Kassoul et D. Gantschnig, *L'offre de réforme des contrats spéciaux*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2021, p. 117 s., n° 18 s.

¹⁹ *Avant-projet de réforme des contrats spéciaux*, préc., p. 148.

II) La liste des contrats aléatoires

8. **Contenu.** Une fois la définition posée, l'article 1964 du projet renoue avec la méthode de la liste. Selon ce texte : « *Tels sont :*

Le jeu et le pari ;

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

La tontine. »

Le contrat d'assurance, qui nous intéressera plus particulièrement, fait quant à lui l'objet d'un traitement particulier, puisqu'il est isolé dans une phrase séparée dans l'alinéa 6²⁰ : « *Le contrat d'assurance est aléatoire soit par essence, soit par détermination de la loi. »*

9. **Liste des contrats aléatoires.** Il n'y a pas de justification claire du recours à la méthode de la liste d'exemples dans l'article 1964 et l'on peut subodorer qu'il s'agit plus d'une habitude liée à la manière dont le même article était rédigé en 1804. Il faut néanmoins noter que la liste proprement dite comporte l'ensemble des contrats aléatoires qui font l'objet de dispositions spécifiques dans les textes qui suivent. Seul le contrat d'assurance n'est pas détaillé dans les articles ultérieurs et, précisément, il ne relève pas à proprement parler de la liste, puisqu'il fait l'objet d'un alinéa – et d'une phrase – spécifique.

Comment analyser cette liste ? On pourrait déjà y voir une annonce de plan, puisque contrairement au texte du Code Napoléon, le contrat d'assurance est désormais envisagé à part²¹. Pourtant, dans la continuité de l'ancien article 1964, il faut sans doute plutôt y voir une liste d'exemples. Or, quelle est la normativité des exemples²² ? Luc Mayaux, à propos de l'ancien article 1964, affirmait que le Code faisait « *œuvre doctrinale et non normative* », estimant que dans cette hypothèse, il était « *parole de juristes et non d'évangile* »²³. Mais peut-

²⁰ Intuitivement, on aurait tendance à parler d'alinéa 3, car les items de la liste qui précède sont séparés par des points-virgules. Néanmoins, en légistique, l'alinéa se définit comme « *toute phrase, tout mot, tout ensemble de phrases ou de mots commençant à la ligne, précédés ou non d'un tiret, d'un point, d'une numérotation ou de guillemets, sans qu'il y ait lieu d'établir des distinctions selon la nature du signe placé à la fin de la ligne précédente (point, deux-points ou point-virgule)* », étant précisé que « *tout alinéa débute par une majuscule* » et, dans une énumération, « *s'achève par un point-virgule, à l'exception du dernier* » (Premier ministre, Conseil d'État, *Guide de légistique*, La Documentation Française, 3^e éd., 2017 : <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/Media/Files/autour-de-la-loi/guide-de-legistique/guide-de-legistique-edition-2017-format-pdf.pdf>, p. 286-287). On peut s'interroger alors sur la pertinence de la rédaction du texte : ne serait-il pas plus conforme à la volonté des rédacteurs du projet de privilégier une liste sur la même ligne donc dans un même alinéa (« *Tels sont : le jeu et le pari ; la rente viagère, quand elle est constituée à titre onéreux ; la tontine. »*), afin d'isoler clairement le contrat d'assurance dans un autre alinéa ?

²¹ D'une certaine manière, on pourrait presque voir dans ce texte une volonté d'inscrire le contrat d'assurance dans le Code civil, puisqu'il s'agit du seul élément mentionné dans ce texte qui ne fasse pas l'objet de dispositions spécifiques ultérieures !

²² La question ne se pose en revanche pas pour l'alinéa 1^{er}, dont la normativité est évidente dès lors que « *toute définition légale a, par origine, valeur positive. En elle-même la définition légale est une règle de droit ; elle constitue une norme juridique, un énoncé de droit positif* » (G. Cornu, « Les définitions dans la loi », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 259 s.).

²³ L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances*, LGDJ, 2011, n° 30.

on réellement dire que le législateur ne donne parfois qu'une opinion ? Même à l'admettre, cette opinion est-elle pour autant dépourvue de toute valeur ? Sans compter que, parfois, la créature échappe à son créateur, sous l'influence de la jurisprudence : il n'est que de songer à la simple annonce de plan de l'article 1242, alinéa 1^{er}, du Code civil... En l'occurrence, la Commission est claire : l'idée est certes de laisser l'assurance être régie par le Code des assurances, mais ce « *tout en gardant sa qualification de contrat aléatoire au sens du droit commun* »²⁴. Il faut donc sans doute retenir que l'avant-projet opère un choix de qualification qui, si le texte était finalement adopté, aurait force normative²⁵.

10. L'assurance, contrat aléatoire ? Si l'on se focalise sur la question du contrat d'assurance, le premier constat est que son retour n'est pas triomphal mais se fait par la petite porte : alors que le Code Napoléon lui offrait la première place dans la liste de l'article 1964, il se trouve désormais relégué dans une phrase à part de la liste des contrats aléatoires, tel le vilain petit canard. Pourquoi cette punition ? C'est que le contrat d'assurance ne serait pas toujours aléatoire « *par essence* » mais le serait parfois « *par détermination de la loi* ». Qu'est-ce à dire ? La Commission explique que certains contrats d'assurance, sans obéir à la définition de l'article 1964 de l'avant-projet, répondraient à celle de l'article 1108, ce qui serait par exemple le cas des assurances-vie mixtes²⁶.

Il est douteux que l'expression de contrat aléatoire « *par détermination de la loi* » soit parfaitement opportune. En effet, la formule semble renvoyer à l'idée de fiction : certaines assurances ne seraient pas aléatoires par essence mais le seraient malgré tout, en raison d'une mention expresse en législation. En revanche, on peine à y lire, quoiqu'en dise la Commission, un renvoi à la définition de l'article 1108 : ainsi, lorsque l'article 529 du Code civil traite des meubles par détermination de la loi, c'est en les énumérant ; de la même manière, les assurances par détermination de la loi devraient être celles énumérées par un texte. Dès lors, plusieurs voies s'envisagent. Le maintien du texte en l'état pourrait être justifié s'il s'agissait de ne pas prendre parti sur la qualification de certains contrats d'assurance, ce qui n'apparaît nullement dans la présentation faite par la Commission. En revanche, si cette volonté de prise de parti existe bel et bien, il serait envisageable de maintenir la lettre de l'avant-projet, tout en prévoyant un texte spécial qui énumérerait les contrats d'assurance aléatoires par détermination de la loi²⁷. Enfin, à privilégier l'esprit de l'avant-projet, selon lequel la formule « *par détermination de la loi* » renvoie à la définition de l'article 1108, alinéa 2, il faudrait procéder à une réécriture fort délicate : faudrait-il dire que « *le contrat d'assurance est aléatoire soit par essence, soit au sens de l'article 1108, alinéa 2* » ? Cela ne serait guère satisfaisant, puisque les contrats qui obéissent à la définition de l'article 1964 entrent aussi dans la qualification de l'article 1108...

²⁴ *Avant-projet de réforme des contrats spéciaux*, préc., p. 146.

²⁵ Pour une remarquable étude beaucoup plus détaillée sur cette question, à propos de l'ancien texte, v. M. Robineau, « La force normative de l'article 1964 du Code civil », in C. Thibierge (dir.), *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 557 s., spéc. p. 560 : l'auteur évoque trois conceptions de la force normative de ce texte, considérant qu'il peut s'agir d'une vérité affirmée (le contrat d'assurance est aléatoire), de la précision de ce que le contrat d'assurance doit être aléatoire pour mériter sa qualification, ou encore de ce que l'assurance n'est qu'un exemple, ce qui laisserait le champ à des contre-exemples.

²⁶ *Avant-projet de réforme des contrats spéciaux*, préc., p. 148 : « *la Commission a ajouté un alinéa final soulignant le maintien de l'assurance dans les contrats aléatoires, soit "par détermination de la loi" (article 1108), soit "par essence"* ».

²⁷ Ce qui reviendrait sans doute à prévoir un article dans le code des assurances affirmant que l'ensemble des contrats d'assurance prévus par ce code sont des contrats aléatoires...

Où l'on en vient à croire qu'il faudrait peut-être tout simplement écrire que « *le contrat d'assurance est un contrat aléatoire* », ce qui reviendrait presque à revenir à la liste de l'ancien article 1964 !

Surtout, plus fondamentalement, est-on bien sûr que tous les contrats d'assurance sont aléatoires, pour les uns par essence, et pour les autres par application de l'article 1108, alinéa 2 ? On aura deviné que le doute concerne, comme toujours, les assurances-vie mixtes ainsi que les assurances-vie en cas de décès contre-assurées, dont la nature aléatoire, débattue en doctrine²⁸, a été affirmée avec force par les célèbres arrêts du 23 novembre 2004²⁹. Les auteurs de l'avant-projet restent assez prudents sur ce point, puisqu'ils affirment que les assurances mixtes « *peuvent bien être aléatoires au sens de la définition assez vague retenue par l'article 1108* », se référant à la jurisprudence de 2004, même si « *elles échappent en revanche à la conception plus stricte des contrats aléatoires que retenait l'ancien article 1104* »³⁰. Pourtant, les choses ne sont pas si claires : ainsi, lors des discussions ayant précédé la réforme de 2016, la capacité de la future définition de l'article 1108 à englober de telles assurances restait débattue³¹ et l'on voit mal en quoi l'avant-projet ici commenté permettrait de tarir la controverse. En réalité, tant que le législateur n'affirmera pas purement et simplement que l'assurance-vie est toujours un contrat aléatoire (ce qui serait une véritable « *détermination de la loi* »), sa qualification continuera de semer la discorde.

On terminera en indiquant que les rédacteurs de l'avant-projet indiquent avoir hésité à consacrer expressément une sous-catégorie des contrats aléatoires que serait celle des « *contrats de couverture d'un risque* »³² : l'assuré, comme le créancier bénéficiaire d'un cautionnement, ne rechercherait pas le profit mais à neutraliser un risque de perte. Cette qualification a finalement été écartée, « *en l'absence, pour l'instant, d'une élaboration suffisante de cette catégorie et pour ne pas heurter les habitudes de pensée ni troubler le monde des assurances* »³³. Ce choix est heureux car l'identification de l'obligation de couverture est loin

²⁸ Sans aucun souci d'exhaustivité, v. ainsi, estimant qu'il s'agit bien de contrats aléatoires : J. Kullmann, « Contrat d'assurance sur la vie : la chance de gain ou de perte », *D.* 1996. 205 ; M. Billiau et J. Ghestin, « Contre la requalification des contrats d'assurance vie en contrats de capitalisation », *JCP G* 2005. I. 111. *Contra*, estimant que de tels contrats ne méritent pas une telle qualification : M. Grimaldi et J. Aulagnier, « L'assurance-vie est-elle un contrat d'assurance ? », *Dr. et patr.* Déc. 1996, p. 44 s. ; V. Nicolas, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, *op. cit.*, n° 731 s. ; J.-L. Aubert, « L'aléa et l'assurance sur la vie », in *Mélanges Groutel*, Litec, 2006, p. 13 s.

²⁹ Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, arrêts *Dawant*, *Wangermee*, *Crédit foncier de France* et *Coulon*, in *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, Dalloz, Grands arrêts, 13^e éd., 2015, arrêt n° 133.

³⁰ *Avant-projet de réforme des contrats spéciaux*, préc., p. 147.

³¹ V. ainsi, défendant l'idée que la nouvelle définition de l'article 1108 (plus précisément l'article 1106 du projet de réforme de 2015) engloberait tous les contrats d'assurance, J. Kullmann, « Projet de réforme du droit des contrats : vers une nouvelle définition du contrat aléatoire », *RGDA* 2015. 169 ; *contra*, considérant que les contrats d'assurance-placement continueraient d'échapper au nouveau texte, v. F. Leduc, « Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats et le caractère aléatoire du contrat d'assurance », art. préc.

³² L'avant-projet fait expressément référence à V. Mazeaud, *L'obligation de couverture*, IRJS, 2010 et à N. Kanayama, « De l'obligation de couverture à la prestation de garantir, Donner, faire, ne pas faire... et garantir ? », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 375 s. À ces auteurs, il faut ajouter plusieurs grands spécialistes de droit des assurances qui défendent également le caractère essentiel de l'obligation de couverture de l'assureur, notamment L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances*, *op. cit.*, n° 39 ; J. Kullmann, « L'aléa, conditions de l'assurance ? », *RCA* mars 2014, p. 14 s., n° 15 ; ou encore B. Beignier, « Contrat de présentation à la clientèle et liberté de la clientèle », *D.* 1999. 32.

³³ *Avant-projet de réforme des contrats spéciaux*, préc., p. 148.

de faire l'unanimité, entre les partisans d'une conception dualiste³⁴ ou d'une conception moniste³⁵ de la couverture, et ceux qui s'opposent au recours à la notion de couverture pour analyser le contrat d'assurance³⁶. En présence d'un feu doctrinal aussi nourri, la Commission a sans doute bien fait de n'oser toucher à l'article 1964 que « *d'une main tremblante* ».

³⁴ Selon laquelle l'obligation de couverture se double d'une obligation de règlement, ce qui découle de la pensée du créateur du concept (C. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. M. Cabrillac, Litec, 1979, *passim*).

³⁵ Qui est notamment celle défendue par N. Kanayama (art. préc.) et V. Mazeaud (*op. cit.*), lesquels identifient l'obligation unique dans la période de couverture elle-même.

³⁶ V. not. V. Nicolas, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, préf. J. Héron, LGDJ, 1996, n° 160, qui dénonce le caractère impalpable de la prestation de couverture.