

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

CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :

P.-G. Marly et A. Sorel, *L'assurance paramétrique est-elle soluble dans le principe indemnitaire ?*, Colloque Risques émergents et assurance, Le FDA – ERLJ Lyon 3, 28 juin 2024, *bjda.fr* 2024, n° 95

L'assurance paramétrique est-elle soluble dans le principe indemnitaire ?

Pierre-Grégoire Marly,

Agrégé des facultés de droit

Professeur à l'Université du Mans

Directeur du Master de droit des assurances

&

Arnaud Sorel,

General Counsel

Descartes Insurance

Risques émergents – Assurance paramétrique – Principe indemnitaire – Valeur agréée – Règlement forfaitaire

1. Les risques émergents éprouvent lourdement les capacités de l'assurance traditionnelle et contraignent les entreprises à se tourner vers des instruments de couverture complémentaires. Parmi eux, l'assurance paramétrique connaît un développement remarquable, spécialement dans la gestion des risques climatiques¹.

L'assurance paramétrique se signale par un mode original de règlement des sinistres : le franchissement d'un seuil indiciel emporte le versement d'une somme forfaitaire à l'assuré qui est ainsi dispensé des déclarations et expertises d'ordinaire requises dans les procédures d'indemnisation. Au contraire, le déclenchement comme le montant de l'indemnisation sont ici fonctions de critères objectifs fixés d'avance par le contrat.

2. Simple et avantageuse, l'assurance paramétrique est toutefois soupçonnée d'achopper sur le principe indemnitaire qu'exprime l'article L. 121-1 du code des assurances en ces termes : « L'assurance relative aux biens est un contrat d'indemnité ; l'indemnité due par l'assureur à l'assuré ne peut pas dépasser le montant de la valeur de la chose assurée au moment du sinistre. »

Selon ce texte d'ordre public, le principe indemnitaire comprend deux propositions. Tout d'abord, l'assurance de dommages y est qualifiée de « contrat d'indemnité », en sorte que son objet est d'indemniser l'assuré, c'est-à-dire de compenser les pertes qu'il pourrait subir. Ensuite, et en conséquence de ce qui précède, le règlement du sinistre ne doit pas enrichir l'assuré par le versement d'une indemnité supérieure aux pertes éprouvées.

¹ P.-G. Marly, « Regard d'un juriste sur l'assurance paramétrique », Mél. AEDBF France VIII, RB éd., 2022, p. 51 – P.-G. Marly et A. Sorel, « Les promesses de l'assurance paramétrique », RCA n° 3, Mars 2023, dossier 13 – S. Bros, « L'assurance paramétrique en assurance de dommages », BJDA-LexisNexis, n° 88, 1 Septembre 2023, 7.

Au regard de son fonctionnement, l'assurance paramétrique est-elle conforme au principe indemnitaire ainsi formulé ? En promettant un règlement automatique et forfaitaire, ne porte-t-elle pas intrinsèquement le risque d'enrichir l'assuré ?

Si le doute est permis (I), il est toutefois possible de le dissiper (II).

I) Le doute

3. En vertu du principe indemnitaire, le montant de la prestation servie en cas de sinistre doit dépendre étroitement de l'évaluation des pertes réellement supportées par l'assuré. Cette évaluation fixe une ultime limite que l'indemnité, si elle peut lui être inférieure, ne peut dépasser². Aussi, les parties au contrat d'assurance de dommages ne peuvent s'affranchir de la valeur réelle du sinistre pour fixer librement le montant de son règlement.

Certes, la pratique a depuis longtemps pris quelques libertés avec cette règle.

4. En premier lieu, il arrive couramment que les parties présument la valeur du sinistre. Ainsi, dans les assurances portant sur des objets déterminés, tels des biens précieux ou industriels, la valeur « agréée » entre les contractants fixe la somme assurée, c'est-à-dire le montant maximal de l'engagement pris par l'assureur, autant qu'elle présume la valeur du bien garanti à la date du sinistre.

Si cette présomption dispense l'assuré d'établir le montant du sinistre³, l'assureur peut toutefois la combattre en démontrant que la valeur présumée excède la valeur constatée au temps du dommage. Reste qu'en pratique, l'assureur réserve cette preuve aux cas de fraudes pressenties ou d'écarts anormaux entre la valeur agréée et la valeur réelle du bien sinistré. C'est dire qu'il consent *de facto* à un enrichissement de l'assuré dans des limites jugées moralement et économiquement acceptables.

5. Parfois, les parties ne se contentent pas de présumer la valeur du sinistre, elles prédéterminent le montant de l'indemnité versée.

Les assurances contre l'incendie couvrent ainsi fréquemment les frais auxquels l'assuré fut exposé à la suite du sinistre (*e.g.* les frais de relogement, de déplacement, d'expertise...). Or, la diversité de ces pertes indirectes est telle, que l'indemnité destinée à les compenser est commodément fixée en pourcentage du montant versé à titre principal. Semblable commodité se retrouve également dans les assurances de pertes d'exploitation, lorsque le montant de l'indemnité s'obtient en multipliant une somme fixe par le nombre de jours d'activité interrompue.

Incontestablement, ces prestations présentent un caractère forfaitaire puisque leur *quantum*, déterminé par le contrat, s'émancipe de toute évaluation des pertes réellement éprouvées par l'assuré.

² En son second alinéa, l'article L. 121-1 du Code des assurances réserve aux parties la faculté de stipuler « que l'assuré reste obligatoirement son propre assureur pour une somme, ou une quotité déterminée, ou qu'il supporte une déduction fixée d'avance sur l'indemnité du sinistre ». Sous la limite fixée par le principe indemnitaire, le montant de la prestation d'assurance peut donc être conventionnellement réduit en vertu d'un découvert, d'une franchise ou d'un plafond.

³ C'est toute la différence avec l'assurance en valeur « déclarée », où cette valeur, unilatéralement fixée par l'assuré à la souscription, ne le dispense pas de prouver la valeur du dommage qui n'est donc pas présumée.

6. Ces clauses sont inégalement accueillies par la Cour de cassation : ici, elle s'en satisfait, désapprouvant la cour d'appel d'avoir exigé par surcroît la preuve du préjudice réel de l'assuré⁴, là, elle les invalide, reprochant aux juges du fond de n'avoir recherché ce préjudice⁵.

En tout état de cause, les parties n'envisagent ici que de prédéterminer le montant de l'indemnité, et non l'existence même du sinistre. Or c'est cette double prédétermination qu'ambitionne l'assurance paramétrique, où l'assureur promet un règlement à forfait dès qu'est franchi un seuil indiciel (par ex., un niveau de précipitations, un taux d'humidité, une température de l'air). Ce seuil atteint, l'assuré est donc dispensé de prouver tant l'existence que le montant de son sinistre puisqu'au cours d'une même séquence, l'événement déclencheur est instantanément identifié et la prestation due automatiquement fixée selon le barème ou la formule convenue dans la police.

Ce *modus operandi* n'achoppe-t-il pas frontalement sur le principe indemnitaire ?

II) Les réponses

7. Le doute sur la conformité de l'assurance paramétrique au principe indemnitaire peut être levé, nuancé à tout le moins, par deux séries de considérations.

Les premières tiennent au principe indemnitaire lui-même, dont le sens et la portée méritent d'être précisés (A).

Les secondes procèdent de la manière dont, en pratique, l'assurance paramétrique est conçue et mise en œuvre (B).

A) Le regard d'un universitaire sur le principe indemnitaire⁶

8. L'assurance paramétrique est une invitation à redécouvrir le principe indemnitaire dont il importe de rappeler les deux préoccupations qui le fondent⁷.

La première est la crainte de sinistres délibérément causés par l'assuré à dessein de percevoir une indemnité supérieure à son dommage. Certes, pour le même mobile, il est loisible à l'assureur de convoquer l'article L. 113-1 du code des assurances qui, en son second alinéa, fulmine l'inassurabilité « des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ». Reste toutefois les autres fautes volontaires, dont la loi reconnaît l'assurabilité⁸ et dont l'exclusion conventionnelle est passible de nullité⁹. Le principe indemnitaire découragerait alors leur commission, du moins si leur auteur escomptait de celle-ci une indemnité excédant son préjudice. Ce faisant, il diminuerait l'aléa moral qui contrarie les prévisions à partir desquelles l'assureur mutualise les risques.

⁴ Civ. 1, 6 janv. 1987, n° 85-13.352 – Civ. 2, 18 novembre 2010, 09-13.265 : Bull. 2010, II, n° 188.

⁵ Civ. 1, 22 juil. 1986, n° 85-11.997 : Bull. 1986 I n° 217 - Civ. 1., 17 nov. 1987, n° 85-17.840 : Bull. 1987, I, n° 295.

⁶ Les développements qui suivent reprennent dans une large mesure la réflexion issue de l'étude : P.-G. Marly, « Que reste-t-il du principe indemnitaire ? », in Mél. P. Delebecque, éd. Dalloz 2024, p. 663.

⁷ M. Picard et A. Besson, *Les Assurances terrestres*, t. 1, *Le Contrat d'assurance*, par A. Besson, *op. cit.*, n° 176.

⁸ C. ass., art. L. 113-1, al. 1.

⁹ Civ. 2, 20 janv. 2022, n° 20-10.529 : Bull. à venir - Civ. 2, 20 janv. 2022, n° 20-13.245 : Bull. à venir.

La seconde justification du principe indemnitaire tient au danger de la spéculation. En présence de risques échappant à l'action humaine (par ex., un risque d'intempérie), ce principe empêcherait que l'assurance ne dégénère en pari, que le souscripteur n'acquiesce une forte prime dans l'espoir d'un sinistre dont il tirerait de l'indemnisation un bénéfice. L'exigence d'un intérêt d'assurance, compris comme l'intérêt à la non-réalisation du risque¹⁰, doit également permettre de contrecarrer cette visée lucrative.

En somme, le principe indemnitaire est donc justifié par des considérations subjectives : il cible des comportements de l'assuré - sinistres volontaires ou entreprises spéculatives - qui dévoient la fonction indemnitaire des assurances de dommages.

9. Partant, un forfait dans ces assurances pourrait être licite dès l'instant où le risque de gain qu'il recèle n'est pas créé, ni contrôlé par l'assuré. Il en est notamment ainsi lorsque ce forfait est établi par l'assureur à partir de ses propres données. Dans de telles circonstances, quel motif impérieux commanderait que la somme promise soit invalidée ou neutralisée notamment par le jeu de la surassurance¹¹ ?

Ce motif est d'autant plus introuvable dès lors que, même forfaitaire, la somme convenue dans l'assurance paramétrique n'en a pas moins pour fonction l'indemnisation d'un sinistre. De fait, son montant procède d'une anticipation des pertes causées par l'évènement dont la réalisation déclenche le règlement. Loin de constituer un capital fixé arbitrairement ou en fonction de considérations extrinsèques au risque couvert, elle se recommande d'une évaluation *ex ante* du dommage qu'elle est destinée à compenser.

Si une prestation forfaitaire est donc compatible avec le principe indemnitaire, le régime découlant de celui-ci mériterait, de *lege feranda*, d'affirmer cette compatibilité.

B) Le regard d'un praticien sur l'assurance paramétrique

10. Bien qu'elle repose sur des indices, l'assurance paramétrique n'est pas déconnectée du réel.

Tout d'abord, elle se nourrit de données objectives dont les sources et la qualité sont toujours plus fiables et précises au fil des évolutions technologiques. Force est ainsi de constater que la diversification de ces sources, la capacité de stocker et de croiser les données et d'établir des relations entre les caractéristiques des événements et des pertes subies dans le passé sont aujourd'hui facilitées.

Ensuite, les polices d'assurance peuvent imposer à l'assuré une attestation de sinistre et prévoir que l'indemnité versée sera plafonnée au montant de la perte effectivement subie.

11. Certes, ces différentes mesures ne suffisent pas toujours à tarir le « risque de base » qui désigne l'écart potentiel entre l'indemnité versée par l'assureur et le préjudice éprouvé l'assuré. Ce risque peut être positif, lorsque l'indemnisation ne couvre pas (volontairement ou non) l'intégralité du préjudice, tandis qu'il est négatif lorsque l'indemnisation excède ce préjudice, ce qui pourrait alors contrarier le principe indemnitaire.

Il convient toutefois de noter que, selon les couvertures envisagées, l'intensité du risque de base peut considérablement varier. Dans certains cas, il est quasiment nul et c'est au cas par cas qu'il conviendra de s'interroger sur les éventuelles limites de la couverture paramétrique.

¹⁰ C. ass., art. L. 126-1.

¹¹ C. ass., art. L. 121-3.

A titre d'exemple, un exploitant d'éoliennes qui voudrait se couvrir contre les pertes d'exploitation liées à des vents trop faibles ou trop forts pourra se baser sur des mesures faites par un anémomètre présent sur ses éoliennes. La perte d'exploitation sera une conséquence directe et très fortement corrélée à la mesure de vent : dans de telles conditions le risque de base sera très faible.

De même, l'exploitant d'une péniche de transport fluvial souhaitant se prémunir contre des basses eaux empêchant la navigation, pourra facilement déterminer la gauge de référence en dessous de laquelle la navigation sera impossible ; selon les historiques de volume d'activité, il sera alors loisible de concevoir une couverture précise contre le risque de basses eaux de sorte que le risque de base soit quasiment nul.

12. Par ailleurs, il importe de connaître et de reconnaître les progrès réalisés dans la conception des polices d'assurance paramétrique. La plupart de réserves exprimées jadis à l' « âge de pierre du paramétrique » ont été levées.

A cet égard, il n'est pas inutile de préciser qu'aujourd'hui deux types de polices coexistent.

Dans les premières, les critères servant de référence pour déclencher l'indemnisation tiennent aux caractéristiques de l'évènement (durée et intensité notamment). Ces caractéristiques sont réputées déterminantes et leurs effets sont présumés très fortement corrélés. Par exemple, on déduira de la vitesse des vents et de la durée des épisodes de vents forts le préjudice attendu pour l'assuré. De même, il sera possible de déduire ce préjudice de la localisation d'épisode de grêles, de la vitesse de chute des grêlons, de leur taille, les effets sur la récolte... Le fait de partir des caractéristiques de l'évènement pour en modéliser les conséquences peut laisser subsister un risque de base. Toutefois, la finesse dans le choix des sources de données, dans l'appréciation des situations passée et dans leur modélisation tendent à limiter très sensiblement ce risque.

Le second type de police prévoit quant à lui d'identifier des critères objectifs de pertes. On ne s'appuie plus sur les caractéristiques des événements mais sur la mesure de leurs effets, l'intention étant de le faire rapidement en s'appuyant sur une mesure objective et toujours sans l'intervention d'une expertise humaine sur site. Entrent dans cette catégorie la couverture des baisses de rendement agricole, ou encore la couverture s'appuyant sur des observations satellitaires destinées à constater de manière rapide et objectivement mesurable les effets de périls climatiques. Avec de telles modalités s'attachant à mesurer les effets de l'évènement, le risque de base est considérablement réduit et, avec lui, d'éventuelles atteintes au principe indemnitaire.

On le voit, en pratique, l'assurance paramétrique n'ignore pas les pertes réellement éprouvées par l'assuré, mais tend à les anticiper pour pouvoir les indemniser plus rapidement et plus efficacement.