

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

CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :

P.-G. Marly, *Aux frontières de l'assurance* (Leçon inaugurale de la Chaire Assurance prononcée le 25 novembre 2025 au Conservatoire national des Arts et Métiers), bjda.fr 2025, n° 102

Aux frontières de l'assurance¹

Pierre-Grégoire Marly

*Professeur agrégé des facultés de droit
Titulaire de la Chaire Assurance du CNAM
Directeur de l'École nationale d'assurances*

Opération d'assurance – Mutualisation des risques – Loi des grands nombres – Risque assurable – Contrat d'assurance – Risque putatif – Obligation de couverture – Amendes administratives – Rançongiciels – Faute intentionnelle ou dolosive – Obligation éventuelle – Contrat financier – Contrat de pari – Sûreté personnelle – Garantie commerciale – Assurance GAP

Avant de débiter notre périple, il nous faut rendre hommage au **Conservatoire national des arts et métiers** (CNAM), où la Chaire d'assurance fut créée en 1938 grâce à Jean Fourastié et son ami Maxime Malinski qui en sera le premier titulaire². Peu de temps après, ces deux pionniers érigeront en institut du CNAM l'**École nationale d'assurances** (ENAss) qui naquit à la Libération en vertu de la loi de nationalisation du 26 avril 1946³.

L'assurance doit également à **Jean Fourastié** et **Maxime Malinski** son plan comptable et plus encore la réglementation de ses entreprises par les fameux décrets-lois de 1938. Il faut dire qu'éminents ingénieurs, ces deux hautes figures de l'assurance n'en étaient pas moins de fins juristes comme l'attestent, pour le premier, une remarquable thèse de doctorat en droit consacrée au contrôle de l'État sur les sociétés d'assurance⁴ et, pour le second, l'introduction d'un cours d'assurances « *au point de vue juridique* »⁵. **Pouvaient-ils plus harmonieusement incarner leur discipline, fertile alliance du chiffre et du droit ?**

¹ Leçon inaugurale de la Chaire Assurance prononcée le 25 novembre 2025 au Conservatoire national des Arts et Métiers. Le style oral a été conservé.

² Discours d'adieu du Professeur M. Malinski, RGAT 1977, p. 594. Signalons que dès 1900, le CNAM était pourvu d'une Chaire d'assurance et de prévoyance sociale.

³ Allocution de Monsieur Balaresque, RGAT 1977, p. 278.

⁴ J. Fourastié, *Le contrôle de l'État sur les sociétés d'assurance*, Dalloz 1938.

⁵ R. Boulat, « Jean Fourastié, un professeur pur ? », in *Les cahiers d'histoire du CNAM*, vol. 6, 2016, p. 17, spéc. p. 22.

Et ce n'est pas faire injure à **François Ewald** que de vouloir aujourd'hui renouveler cette alliance. Philosophe reconnu, théoricien du risque, François Ewald a su cultiver au sein de la Chaire et de son École qu'il dirigea jusqu'en 2012, la diversité des savoirs au service des professionnels de l'assurance.

Qu'il me soit permis de lui témoigner aujourd'hui ma profonde gratitude pour le parrainage dont il m'honore. Je mesure un peu plus la charge qui m'est confiée de perpétuer un immense héritage et faire œuvre utile pour le secteur des assurances.

* * *

1. Pour beaucoup, l'assurance est une terre inhospitalière, pour ne pas dire hostile. Elle est surtout une terre méconnue, voire inconnue. Et pourtant, **l'assurance est omniprésente dans nos vies** : nous sommes tous des assurés ! Nous avons tous un contrat d'assurance que nous avons souscrit ou auquel nous sommes intéressés.

Comment en est-on arrivé là ?

Au commencement était le **risque** ; le risque de devoir supporter les effets du hasard sans en avoir nécessairement la capacité. C'est la crainte de cette menace qui suscita un besoin de sécurité auquel répondra progressivement l'assurance.

Certes, l'assurance ne prémunit pas contre la réalisation du risque. Pour exemple, une assurance contre l'incendie n'évitera pas qu'un feu puisse ravager votre habitation, si ce n'est par les mesures préventives auxquelles elle conditionnerait la garantie. En revanche, que cet incendie survienne et l'assurance vous rendra en tout ou partie indemne des pertes qu'il vous a causées. Dit autrement, si elle n'évite pas les sinistres, moins encore le danger, l'assurance promet à qui y est exposé de le délester sur autrui du poids de ses conséquences.

En ce sens, elle offre un remède contre les coups du sort, une protection face aux vicissitudes de la vie. Et nous sommes disposés, parfois contraints lorsqu'elle est obligatoire, à payer pour cette protection, serait-ce à fonds perdus puisqu'en l'absence de sinistre nous ne saurions prétendre au remboursement des primes versées. Qu'importe : **s'assurer permet de se rassurer**.

2. Mais l'assurance ne se contente pas de transférer un risque en déplaçant sa charge d'un patrimoine à un autre sans la diminuer. L'assurance ne constitue pas davantage un échange de risques dont chaque partie ambitionnerait de gagner ce que l'autre perdra. L'assurance organise une **mutualisation des risques** dont elle dilue ainsi le poids. En d'autres termes, l'assureur rassemble un grand nombre de risques suffisamment homogènes et dispersés, en vertu de quoi le hasard, favorable à certains assurés et défavorable à d'autres, se trouve quasiment neutralisé.

Et cette neutralisation procède d'un paradoxe : le hasard, par définition insaisissable, obéit en réalité à une loi mathématique : la **loi des grands nombres**, suivant laquelle en répétant une même expérience aléatoire un très grand nombre de fois, la moyenne des résultats observés devient prévisible.

Bien sûr, cette loi ne permet pas de savoir si et quand un risque se réalisera, mais elle donne à connaître avec une quasi-certitude la probabilité de cette réalisation. En d'autres termes, elle peut prédire, non pas quel assuré subira un sinistre, mais combien de sinistres affecteront l'ensemble des assurés. C'est ainsi que **l'imprévisible individuel se commue en prévisible collectif**, que l'assureur peut parvenir à un subtil équilibre entre les « mauvais » risques, dont la fréquence ou l'intensité est élevée, et les « bons » risques, dont la réalisation est plus rare ou moins coûteuse, de telle sorte qu'au sein de cet agrégat les seconds puissent compenser les premiers.

3. Mais la mutualisation des risques n'est jamais que le versant technique de l'assurance. Sans les contrats par lesquels elle tisse concrètement sa toile, l'assurance ne serait que virtualité. C'est là qu'à

bas bruit surgit le juriste...Car le **contrat d'assurance** n'est autre que la traduction juridique et individuelle d'une opération technique et collective. C'est ce contrat qui permet et organise **la rencontre entre l'acte conjuratoire de l'assuré et l'art prédictif de l'assureur**.

Encore faut-il définir ce qu'est un contrat d'assurance. L'enjeu de cette définition est considérable puisque toute convention qui en remplirait les critères serait d'office soumise au droit spécial du contrat d'assurance, ainsi qu'au monopole des organismes et des intermédiaires d'assurance.

Toutefois, contrairement à certains droits étrangers, la loi française ne livre aucune définition du contrat d'assurance, la jurisprudence pas davantage. Tout au plus se dégage une **définition minimaliste** selon laquelle le contrat d'assurance a pour objet la couverture d'un risque en contrepartie d'une prime.

Le **critère de prime** n'est guère discuté. **Équivalent certain d'un événement incertain**, la prime alimente le creuset dans lesquels seront prélevées les sommes destinées à régler les sinistres. Elle finance, en outre, les différents frais auxquels est exposé l'assureur.

En revanche, le **critère de couverture du risque** nécessite quelques éclaircissements sans lesquels il siérait tout aussi bien à des sûretés, des garanties ou encore certains contrats financiers.

Alors comment déterminer la frontière entre le contrat d'assurances et ces conventions voisines ? En quoi la couverture d'un risque par le contrat d'assurance est-elle singulière ?

4. Pour y répondre, commençons par examiner le risque formant la matière du contrat d'assurance ?

Pour la plupart des observateurs, ce risque est réductible à un événement dont la réalisation ou la date est incertaine. Or, à l'épreuve, une telle conception méconnaîtrait la spécificité du risque assurable que l'on préférera définir comme une situation d'incertitude dans laquelle se trouve une personne dont l'intégrité physique ou patrimoniale est exposée aux conséquences d'un événement incertain.

De cette définition saillissent alors deux composantes du risque assurable : l'une événementielle, l'autre conséquentielle.

5. la première désigne un événement dont la survenance est aléatoire et la couverture licite.

Le caractère aléatoire signifie que la réalisation ou la date de l'événement doit être incertaine, tant à la souscription du contrat d'assurance qu'au cours de son exécution.

Au moment de la souscription, l'existence d'un **aléa événementiel** suppose que le risque considéré ne se fût pas déjà réalisé.

À propos des assurances de choses, telle l'assurance contre le vol, l'article L. 121-15 du Code des assurances énonce en ce sens : « *L'assurance est nulle si, au moment du contrat, la chose assurée a déjà péri ou ne peut plus être exposée aux risques.* » La règle prévaut également dans les assurances de personnes, à l'exemple des complémentaires santé, quoique certains contrats garantissent par injonction légale « *les suites des états pathologiques survenus antérieurement à la souscription du contrat* »⁶. En d'autres termes, bien que la maladie préexiste et puisse même être connue au temps de la souscription, ses conséquences seront couvertes.

⁶ L. n° 89-1009, 31 déc. 1989, art. 2, à propos des assurances de groupe à adhésion obligatoire souscrites par l'employeur.

En dehors de cette exception, la solution est cependant bien établie : **consommé, le risque à couvrir n'existe plus, et le contrat d'assurance privé de contenu encourt la nullité.**

6. Cette solution est cependant moins évidente lorsque le risque s'est réalisé à l'insu des parties. On parle alors de « **risque putatif** », en ce sens que l'aléa fait objectivement défaut tandis que lui est substitué un aléa subjectif dans lequel l'incertitude s'identifie à l'ignorance du sinistre par l'assuré. C'est dire que l'aléa évènementiel n'existe plus ici que dans l'esprit des parties.

Ce risque putatif interroge d'emblée sur son **assurabilité** : peut-il seulement faire l'objet d'un contrat d'assurance ?

La réponse est doublement positive : sous l'angle technique, la préexistence du sinistre à la souscription ne contrarie pas la mutualisation des risques dès lors que ce sinistre est ignoré de l'assuré ; juridiquement, et sous la même réserve d'ignorance, la couverture d'un sinistre précontractuel ne heurte en rien l'ordre public.

La Cour de cassation affirme d'ailleurs avec constance que le contrat d'assurance « *ne peut* » valablement porter sur un risque que l'on sait déjà réalisé⁷. D'où il s'infère *a contrario* qu'un contrat d'assurance « *peut* » porter sur un risque dont la survenance est inconnue des parties.

Si la couverture du risque putatif est donc possible, se déploie-t-elle pour autant de plein droit ?

En assurance maritime et aérienne, le législateur a tranché en faveur de la seconde option : la couverture du risque putatif joue d'office dans le silence des parties ou du législateur. Par analogie, ne pourrait-on pas défendre l'extension de cette option aux assurances terrestres ?

A l'égard de celles-ci, l'article L. 121-15 précité expose à la nullité le contrat d'assurance privé d'aléa objectif, sans exception tenant à l'ignorance par l'assuré de cette privation. Partant, il peut être soutenu que **le risque putatif n'est couvert qu'en vertu d'une disposition légale ou conventionnelle**. La jurisprudence semble d'ailleurs opiner en ce sens, comme dans cette affaire de containers détournés antérieurement à la souscription de leur assurance : la deuxième Chambre civile a décidé que ce détournement, bien qu'ignoré des parties, ne pouvait être assuré car « *aucune clause du contrat ne prévoyait la couverture des risques putatifs* »⁸.

Si ce n'est une clause, la loi peut évidemment prévoir cette couverture, à l'exemple de l'article L. 124-5 du Code des assurances qui consacre ce que les professionnels nomment la « **reprise du passé inconnu** ». Selon cette disposition, dans certaines assurances de responsabilité civile des entreprises, le bénéfice de la garantie est subordonné à la condition que le fait dommageable soit ignoré de l'assuré lors de la prise d'effet du contrat. En d'autres mots, bien que le fait dommageable précède cette prise d'effet, son ignorance par l'assuré justifie que soit couverte la responsabilité qui en découle.

Par la théorie du risque putatif, il se fait donc que **l'existence d'un aléa évènementiel lors de la souscription est largement teintée de subjectivité.**

7. Il en est de même pour la **persistance de cet aléa tout au long du contrat d'assurance**. Cette persistance s'oppose à la réalisation volontaire du risque, sa provocation intentionnelle.

⁷ Jurisprudence constante depuis Civ. 1^{re}, 27 févr. 1990, n° 88-14.364, *Bull. civ. I*, n° 52.

⁸ Civ. 2^e, 11 juin 2009, n° 08-16.362.

C'est pourquoi, à propos du suicide, l'article L. 132-7 du Code des assurances proclame que « *L'assurance en cas de décès est de nul effet si l'assuré se donne volontairement la mort au cours de la première année du contrat.* »

Plus généralement, l'inassurabilité du sinistre volontaire est assise sur l'article L. 113-1 du Code des assurances qui prohibe la garantie « *des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré* ».

La **faute intentionnelle** s'identifie à la faute dont l'auteur eut la volonté de « *créer le dommage tel qu'il est survenu* ». De son côté, la **faute dolosive** désigne, depuis 2022, « *un acte délibéré de l'assuré commis avec la conscience du caractère inéluctable de ses conséquences dommageables* ».

Il en ressort que, pour établir une faute dolosive justifiant un refus de garantie, l'assureur doit démontrer que son assuré a volontairement commis une faute tout en ayant conscience qu'un sinistre s'ensuivrait inévitablement.

Appréciée *in concreto*, la conscience de l'inéluctabilité du dommage ne doit pas être confondue avec « *la conscience du seul risque d'occasionner le dommage* ». De fait, bien que l'aléa succombe objectivement lorsque le dommage est inéluctable au moment de la faute qui l'engendre, il subsiste un aléa subjectif si l'assuré fautif est inconscient de cette inéluctabilité. Or, conformément à la théorie du risque putatif, cet aléa intellectuel suffit à préserver l'assurabilité du dommage considéré.

En somme, **l'existence comme la subsistance de l'aléa événementiel sont des données essentiellement subjectives** puisque la théorie du risque putatif autorise la couverture d'un risque déjà réalisé, mais à l'insu des parties, aussi bien que la couverture du risque volontairement provoqué par l'assuré, mais dans l'ignorance de l'inéluctabilité de ses conséquences dommageables.

8. Outre un caractère aléatoire, la composante événementielle du risque assurable doit également présenter un **caractère licite**. Pour le dire autrement, **un risque n'est juridiquement assurable que si sa couverture n'est pas contraire à l'ordre public**.

Bien sûr, cette condition n'est guère satisfaite lorsque le risque est lui-même contraire à l'ordre public. À titre illustratif, évoquons cet arrêt qui fulmina la nullité du contrat d'assurance couvrant l'annulation d'une exposition de cadavres jugée contraire au principe suivant lequel « *le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort* »⁹.

Dans une autre affaire, où était en cause la chiropraxie avant que son exercice ne soit officiellement reconnu, les hauts magistrats ont pu considérer « *qu'une assurance garantissant l'exercice illégal d'activités professionnelles est nulle comme contraire à l'ordre public* »¹⁰.

9. Plus fréquemment, ce n'est cependant pas le risque lui-même, mais sa couverture qui encourt le grief d'illicéité. C'est ainsi que les amendes pénales sont inassurables en raison du principe de personnalité des peines qui interdit à la personne condamnée de se délester sur autrui du poids financier de la sanction.

Compte tenu de leur nature para-pénale¹¹, les condamnations prononcées par une autorité administrative telle que l'AMF sont également soumises au principe de personnalité des peines qui en garantit le caractère tout à la fois répressif et comminatoire. Un garant ou un assureur ne peut donc se charger, en

⁹ Civ. 1^{re}, 29 oct. 2014, n° 13-19.729, *Bull. civ.* I, n° 178.

¹⁰ Civ. 1^{re}, 5 mai 1993, n° 91-15.401.

¹¹ Not. CE, 4 févr. 2005, Sté GSD gestion set M.G., n° 269001.

lieu et place de la personne condamnée, du règlement de l'amende prononcée¹². Faut-il encore que ces amendes remplissent une fonction proprement punitive et ne soient pas destinées, à l'exemple des pénalités de retard, à réparer le préjudice que le manquement reproché causerait à l'administration.

Par ailleurs, dans le cadre d'une cession de contrôle, le cédant pourrait valablement s'engager envers l'acquéreur à indemniser le préjudice que lui occasionne la sanction administrative de la société cible. Une telle garantie ne heurterait pas le principe de personnalité des peines dans la mesure où l'amende prononcée continuerait d'être personnellement acquittée par la société condamnée. Dit autrement, ce n'est pas la dette de la société cédée qui serait ici garantie, mais la perte encourue par le cessionnaire à raison de cette dette. Par suite, l'assurabilité de cette **garantie de passif** prise par le cédant ne soulèverait pas de difficulté particulière puisqu'elle couvrirait, non la cible contre le risque de sanction administrative, mais la cédante contre le risque de devoir indemniser l'acquéreur.

10. Plus sensible est la question de l'**assurabilité des rançons**. Si leur paiement par la victime n'est pas en soi répréhensible, *quid* de sa prise en charge par un assureur ?

Lorsque la demande de rançon est consécutive à un kidnapping, notamment à la suite d'une action terroriste, son paiement ou son remboursement par l'assureur est difficilement admissible. En cause, la prise en charge de ces sommes par un assureur ne garantirait pas la libération de la victime tandis qu'elle financerait les ravisseurs et inciterait à d'autres enlèvements.

De prime abord, les mêmes motifs militent *mutatis mutandis* en faveur de l'inassurabilité des rançongiciels par lesquels des cybercriminels chiffrent des données informatiques dont ils promettent la restauration en contrepartie d'une rançon. Outre qu'une assurance contre ces cyberattaques favoriserait leur foisonnement, elle ne pourrait garantir aux victimes la fourniture d'une clé de déchiffrement et l'absence de fuite des données qui, même restituées, risqueraient d'être corrompues. À quoi s'ajoute que le développement d'une telle assurance n'encouragerait pas les potentielles victimes à renforcer préventivement la sécurité de leur environnement numérique.

Ces arguments doivent toutefois être largement nuancés, voire contrecarrés. D'abord, il n'est pas certain qu'interdire l'assurance des rançongiciels freine leur prolifération qui demeure exponentielle nonobstant le très faible taux de couverture actuelle. En outre, une telle interdiction n'empêcherait pas les entreprises attaquées d'acquitter une rançon si leur survie en dépendait. Au contraire, l'intervention d'un assureur pourrait pallier cette issue en assistant les victimes dans la récupération des données, voire la négociation des rançons. Enfin, au lieu d'engendrer un aléa moral, en poussant l'assuré à la négligence, la souscription d'une police dédiée au risque cyber le contraindrait, par le jeu des conditions de garantie, à mieux se protéger contre le risque de cyberattaques.

Le législateur aura été sensible à ces contre-arguments puisqu'il a introduit dans le Code des assurances un article L. 12-10-1 autorisant, sous certaines conditions, l'assurance des rançongiciels et, plus largement, « *des pertes et dommages causés par une atteinte à un système de traitement automatisé de données* ».

11. Après sa composante événementielle, intéressons-nous à la **composante conséquentielle** de risque assurable.

Force est de constater qu'en première intention, **toute personne qui s'assure recherche une protection**, non pas contre la réalisation d'un événement incertain, mais contre les conséquences de celle-ci. Or la protection ainsi recherchée présuppose que les conséquences de l'événement garanti

¹² Sur l'inassurabilité des sanctions prononcées par l'AMF : CA Paris, Pôle 2-Ch. 5, 14 février 2012, RG n° 09/06711.

soient redoutées par celui qui les supporte, que la situation d'incertitude dans laquelle est plongé l'assuré représente une menace contre laquelle il désire se couvrir.

Il est loisible de déceler dans ce besoin de protection un mobile, extérieur au contrat d'assurance, et qui serait donc inapte à le définir. D'ailleurs, le besoin de protection est parfois primé par un autre mobile, comme dans l'assurance-vie en unités de compte dont la souscription serait davantage animée par une intention spéculative.

Toutefois, même en cette hypothèse, le contrat souscrit offre à titre principal la couverture d'un risque viager dès lors que, par-delà le gain financier que pourraient lui procurer les supports de son contrat, l'assuré anticipe un besoin auquel, en cas de décès ou de survie à terme, le bénéfice promis viendrait remédier. Aussi ce remède formerait-il le but immédiat de toute souscription et, par cette généralité, acquerrait une objectivité suffisante pour caractériser tout contrat d'assurance.

12. Au fond, cette caractéristique nous renvoie à l'**intérêt d'assurance**, c'est-à-dire l'intérêt à la non-réalisation du risque par celui qui en sollicite la couverture. Cet intérêt constitue le premier rempart contre l'aléa moral puisque, même couvert, l'assuré ne sera pas tenté de provoquer le risque pour lequel il éprouve une aversion.

Certes, la loi ne mentionne l'exigence d'un tel intérêt qu'en matière d'assurances de dommages¹³. Elle mérite toutefois d'être conçue comme **un invariant du contrat d'assurance qui ne pourrait jamais avoir pour objet qu'un risque subi, et non choisi**.

C'est ainsi que le contrat d'assurance diffère des jeux hasard et en particulier du **pari** qui crée le risque auquel les parties consentent à s'exposer. Il en est de même du particulier qui achète un billet de loto : sans cet achat, le joueur ne supporterait aucun risque de perte ou de gain lié au tirage.

Au contraire, **le contrat d'assurance couvre un risque qui lui préexiste et auquel l'assuré est exposé en dehors de ce contrat**.

En somme, l'assuré se prémunit ainsi contre les effets du hasard, tandis que le parieur s'y soumet dans l'espérance d'un gain. La crainte du premier l'incite à se protéger, l'espoir du second le pousse à spéculer.

13. Non loin du pari se trouvent les **contrats financiers** qui présentent également des similitudes avec les contrats d'assurance.

Plus couramment appelés produits dérivés, les contrats financiers font l'objet d'une définition réglementaire ou, plus exactement, d'une liste de leurs différentes variétés : contrats d'option, contrats à terme fermes, contrats d'échange ou contrats de taux¹⁴. Un auteur est toutefois parvenu à dégager une définition unitaire selon laquelle les contrats financiers « *ont pour objet d'abstraire la valeur d'un sous-jacent pour permettre aux parties d'y exposer leurs espérances et leurs craintes pour l'avenir* »¹⁵.

C'est dire que **les contrats financiers portent sur un risque subjectif, introduit par les parties et tributaire des anticipations qu'elles forment sur la valeur future d'un sous-jacent**. Au contraire, l'assurance porte sur un risque objectif pour lequel l'assuré éprouve une aversion au point de payer un tiers qui en débarrasse son patrimoine.

¹³ C. assur., art. L. 121-6, al. 2.

¹⁴ C. mon. fin., art. D. 211-1 A.

¹⁵ M. Gaudemet, *Les dérivés*, Economica, Coll. RJ, n° 217.

13. Le contrat d'assurance n'a pas seulement pour objet un risque, mais la **couverture d'un risque**.

En quoi consiste juridiquement cette couverture ? **forme-t-elle l'objet d'une obligation distincte** de l'engagement pris par l'assureur de verser une prestation en cas de sinistre ?

C'est la position fixée par Mouly au sujet du cautionnement de dettes futures, position qu'il est parfois proposé d'étendre à l'assurance. En ce sens, l'assureur serait débiteur de deux obligations contractuelles : d'une part, l'obligation de couvrir le risque déclaré et, d'autre part, l'obligation de régler le sinistre. La première serait certaine dès la souscription du contrat et son exécution successive tandis que la seconde serait conditionnelle et, selon le cas, à exécution instantanée ou successive.

A l'épreuve, cette présentation dualiste est discutable à plusieurs égards.

14. Tout d'abord, elle pourrait conduire à qualifier l'assurance de contrat, non plus aléatoire, mais commutatif.

Pour rappel, selon l'article 1108 du Code civil, un contrat est commutatif « *lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit* ». Il est au contraire 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* ». Il ne suffit donc pas d'un événement incertain pour qualifier juridiquement un **contrat d'aléatoire** : la réalisation de cet événement doit subordonner le solde final des prestations réciproques au point d'en rendre impossible l'évaluation *ex ante*.

Au regard de cette classification, le contrat d'assurance est fréquemment présenté comme l'archétype du contrat aléatoire. De fait, au moins pour l'assuré, il est impossible de savoir avant le dénouement du contrat si l'opération lui est économiquement avantageuse ou non.

Certes, en 2004, la Cour de cassation réunie en chambre mixte a pu qualifier d'aléatoires des contrats d'assurance-vie qui ne l'étaient pas. Pour mémoire, il s'agissait d'assurances dans lesquelles la durée de vie n'exerçaient aucune influence sur l'équilibre financier du contrat : que l'assuré décède ou non avant l'échéance de celui-ci, la prestation servie correspondait toujours au montant cumulé des primes, majoré des intérêts conventionnels et diminué des frais de gestion.

Toutefois, même si elle détordait la définition légale du contrat aléatoire, cette jurisprudence n'a pas poussé le vice jusqu'à qualifier de commutatifs les contrats d'assurance en cause. Cette qualification est pourtant quelquefois avancée au motif que dès la souscription, le versement des primes procurerait au souscripteur un avantage certain et immédiatement quantifiable : la couverture du risque.

Encore faudrait-il, pour que prospère une telle position, que la couverture du risque constituât une prestation en soi, ce qui est loin d'être le cas.

15. Car à quoi s'oblige concrètement l'assureur qui promet la couverture d'un risque ?

A rien répondent les partisans de l'obligation de couverture, si ce n'est un *prestaere* défini comme la mise à disposition d'un service. L'assureur serait ainsi tenu de veiller à la tranquillité de l'assuré en lui garantissant d'être en mesure de régler les sinistres qui surviendraient au cours de la période garantie. Reste qu'il n'est pas besoin d'une obligation de couverture pour cela : l'obligation de régler les sinistres est bien suffisante pour justifier que son débiteur soit tenu de l'exécuter le moment venu.

Certes, cette obligation est entourée de prescriptions financières, comptables et plus largement prudentielles auxquelles est contraint l'assureur ? Mais ces prescriptions sont de source légale, et non contractuelle ; les assurés n'en sont pas créanciers, pas plus qu'ils ne le sont d'une fantomatique obligation de couverture qui ne serait ni exigible, ni susceptible d'exécution forcée.

A la réflexion, si la couverture du risque est bien caractéristique du contrat d'assurance, au point qu'elle puisse être suspendue en cas de non-paiement des primes ; si elle est bien distincte de l'engagement à régler les sinistres, ce n'est pas en tant qu'obligation mais comme norme non-obligationnelle. Autrement dit, avant toute obligation, le contrat d'assurance fait naître une **situation de couverture** qu'il drapait de sa force obligatoire. Dans une optique kelsenienne, et suivant la pensée de Pascal Ancel, nous pouvons dire ainsi que cette situation fixe le cadre normatif duquel procéderont, au fil des éventuels sinistres, les obligations de règlement.

16. Il faut encore préciser que ces obligations de règlement forment des **obligations éventuelles** plutôt que conditionnelles.

Par définition, une condition est une donnée extrinsèque au contrat qui affecte une obligation dotée par ailleurs de tous ses éléments constitutifs. Lorsque cette condition est suspensive, elle subordonne la naissance de l'obligation qui existe toutefois à l'état embryonnaire : valablement formée, il lui suffit qu'advienne l'évènement matérialisant la condition pour qu'elle devienne « *pure et simple* »¹⁶.

Or le risque garanti n'est pas extérieur mais inhérent au contrat d'assurance, et sa réalisation participe à l'essence de l'obligation de règlement qui ne peut, même à l'état larvé, exister sans elle. En d'autres termes, le sinistre n'est pas un élément adventice mais une composante essentielle de cette obligation.

Il suit que l'obligation de règlement présente un caractère éventuel car elle ne réunit pas tous les éléments nécessaires à son existence, et ne pourra émerger à la vie juridique qu'au jour du sinistre qui viendra définitivement l'actualiser.

17. Lorsqu'il exécute cette obligation, l'assureur tend à compenser les effets du sinistre.

Régler un sinistre, ce n'est donc pas pallier la défaillance d'un débiteur contractuel en exécutant à sa place la dette dont il est tenu ; car cette défaillance ne vaut pas réalisation d'un risque mais manquement à une obligation.

On voit ici comment l'assurance se départit des **sûretés personnelles** tel que le cautionnement. En effet, la caution mobilisée par le créancier impayé va régler à ce dernier ce que lui doit le débiteur défaillant. En d'autres termes, la caution va se substituer au débiteur originel dans l'accomplissement de son obligation.

Tel n'est pas le cas de l'assureur-crédit qui serait appelé par le créancier assuré et qui l'indemniserait des pertes que lui causent l'inexécution ou l'insolvabilité de ses débiteurs. L'assureur règle ainsi sa propre dette et non celles des débiteurs défaillants.

La même considération permet de distinguer l'assurance de la **garantie commerciale** qu'un vendeur professionnel peut proposer à ses clients consommateurs en complément de sa garantie légale de conformité. En ce qu'elle couvre l'altération du bien vendu par un vice interne, la garantie commerciale relève de l'exécution du contrat de vente. En revanche, elle ne peut garantir ce même bien contre des atteintes d'origine extérieure, tel un vol. En effet, la couverture de tels risques ne relève pas des obligations du vendeur.

18. Arrivé à ce point de notre investigation conceptuelle, nous pouvons donc affirmer que le contrat d'assurance se signale par la situation de couverture qu'il engendre et dont les obligations de règlement seraient un effet différé. Mais ce critère de couverture doit encore être complété par un retour à la **mutualisation des risques**.

¹⁶ C. civ., art. 1304.

Même imparfaite ou inaboutie, au point que le législateur lui prête parfois secours, **cette technique innerve le contrat d'assurance qui la manifeste dans les rapports individuels**. D'ailleurs, nombre de règles applicables au contrat d'assurance, en ce qu'elles traduisent la proportionnalité de la prime au risque, trouvent leur justification dans la mutualisation des risques. Il en est ainsi du droit pour l'assureur d'augmenter son tarif si le souscripteur l'avise d'une aggravation du risque initialement déclaré¹⁷, ou encore du droit de résilier le contrat au seul motif que le risque couvert s'est réalisé¹⁸. La loi réserve ainsi à l'assureur le pouvoir de maintenir l'équilibre de la mutualité qu'il constitue.

Bien sûr, nous pourrions envisager de vous rétribuer pour couvrir les conséquences de ma responsabilité extracontractuelle. Mais un tel accord, à défaut de mutualisation des risques à votre endroit, ne serait pas qualifier de contrat d'assurance mais, selon les termes de la Cour de cassation, de « *pacte analogue à un contrat d'assurance* »¹⁹. Un tel pacte n'aurait alors pour effet que de déplacer le risque de responsabilité de mon patrimoine au vôtre, et non de l'absorber dans une collectivité organisée.

Il en est de même dans le **contrat financier** que nous avons précédemment convoqué : même si le vendeur de protection conclut plusieurs dérivés et cumule ainsi des risques similaires, il ne les compense pas entre eux et n'offre donc pas une couverture par mutualisation.

Mais que dire alors des captives d'assurance qui couvrent exclusivement les risques du groupe dont elles sont filiales ? A l'analyse, ces risques font bien l'objet d'une mutualisation, si ce n'est spatiale, à tout le moins temporelle, où les « bonnes » années en termes de sinistres compensent les « mauvaises ».

19. En conclusion, peut-être qu'à partir d'aujourd'hui vous ne porterez plus le même regard sur votre police d'assurance ; derrière ses clauses, vous pourrez entrevoir la communauté à laquelle vous êtes affiliés et la solidarité qui unit ses membres.

Peut-être même éprouverez-vous l'envie d'en savoir un peu plus sur le régime juridique de ce contrat si particulier.

Si tel est le cas, je vous donne rendez-vous au prochain chapitre.

¹⁷ C. assur., art. L. 113-4.

¹⁸ C. assur., art. R. 113-10.

¹⁹ Civ. 2^e, 29 mars 1962, *Bull. civ.* II, n° 360.