

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

C E N T R E D E D R O I T D E S O B L I G A T I O N S

**L'aléa dans les produits d'assurance vie.
Le point de vue belge**

par
Jean-Marc BINON
et
Bernard DUBUISSON

Doc. 2000/2

Rapport présenté au colloque organisé par le
D.E.S. en droit et économie des assurances en date
du 3 décembre 1999 sur « les nouveaux produits
d'assurance vie face au droit civil et fiscal »

L'aléa dans les produits d'assurance vie. Le point de vue belge

par J.M. Binon, Maître de conférences invité à l'U.C.L., Référendaire au Tribunal de première instance des Communautés Européennes,

et B. Dubuisson, Professeur à l'U.C.L., Président du D.E.S. en droit et économie des assurances

INTRODUCTION

1. De toute évidence, l'assurance vie a connu une profonde métamorphose ces dernières années. Conçue à l'origine comme une opération à long terme visant à compenser la perte de revenus subie lors de l'arrivée à l'âge de la retraite ou à protéger les proches des conséquences pécuniaires d'un décès prématuré, elle a doublé, depuis quelques années, sa gamme de produits traditionnels d'une variété de produits nouveaux, caractérisés par des engagements plus courts, plus souples et plus liquides, résolument axés sur la rentabilité. Cette évolution, qui entend répondre aux besoins nouveaux exprimés par la clientèle et à une concurrence de plus en plus acerbée entre les professionnels de la finance, n'est évidemment pas propre à notre pays. Chez nous comme à l'étranger, elle est dopée par une série de facteurs, au premier rang desquels les incertitudes pesant sur la viabilité des régimes légaux de sécurité sociale, un statut fiscal favorable et un environnement réglementaire récemment modernisé suite à l'intégration des directives européennes de libéralisation du secteur de l'assurance.

2. « Dans 'assurance vie', il y a surtout le mot placement », affichait il y a quelques années un grand établissement bancaire français. « Dans 'assurance vie', il y a surtout le mot retraite », précisait le même banquier quelque temps plus tard¹. Ces deux slogans publicitaires illustrent bien le flou qui entoure la qualification de ces nouveaux produits, lequel n'a pas manqué de soulever d'âpres discussions, notamment en France.

En 1994, M. Grimaldi lançait le débat en affirmant, dans un article consacré aux rapports entre l'assurance vie et le droit patrimonial de la famille² : « Sous [le] label [d'assurance vie], les assureurs proposent aujourd'hui, à côté des formes classiques d'assurance sur la vie, qui sont déjà fort nombreuses, des conventions qui ne sont que des opérations de *pure capitalisation* : des conventions qui ne les obligent aucunement à garantir le risque inhérent à la durée de la vie humaine et qui, pour cette raison, n'ont d'assurance que le nom. [...] [D]ans la forme nouvelle d'assurance mixte [...], où l'assuré est certain de récupérer le montant des primes versées, majoré des produits financiers et diminué des frais de gestion, et ce montant seulement, l'opération d'épargne est de pure capitalisation, et non plus d'assurance. Elle est un simple placement ».

¹ T. CORFIAS, « Assurance vie et aléa. La cerise sur le gâteau », *L'Argus*, 25 avril 1997, p. 22 ; F. SAUVAGE, « L'assurance-vie et le patrimoine de la famille », *R.G.A.T.*, 1997, p. 13.

² M. GRIMALDI, « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », *Répertoire Notarial Defrenois*, 1994, pp. 737 à 756, particulièrement pp. 737 et 744.

« [P]rovocation pure et simple, [...] méconnaissance des mécanismes fondamentaux de l'assurance vie », s'est insurgé T. Corfias³.

3. En Belgique également, la nature juridique des nouveaux produits d'« assurance vie », dans lesquels le souscripteur ou le bénéficiaire désigné en cas de décès prématuré de ce dernier sont censés retrouver la « mise initiale », accrue des rendements financiers accumulés au fil du temps, alimente la controverse entre les partisans de la requalification en opération de capitalisation et les défenseurs du contrat d'assurance⁴.

4. Le sujet dépasse de loin l'intérêt académique. Les enjeux du débat, parfaitement exposés dans plusieurs études récentes, peuvent être résumés comme suit.

L'assurance vie bénéficie tout d'abord, par rapport aux autres produits financiers, d'un régime de droit civil particulièrement avantageux, contenu aux articles 97 à 135 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre⁵. En substance, celui-ci permet, dans une très large mesure, au souscripteur de placer les fonds investis à l'abri des convoitises de ses créanciers ou de ses héritiers, voire de son conjoint lorsque celui-ci n'est pas le bénéficiaire du contrat^{6 7}.

En plus de son régime dérogatoire de droit civil, l'assurance vie jouit de mesures fiscales favorables, sous la forme d'une réduction de l'impôt sur le revenu et d'une exonération de la taxe mobilière sur les produits financiers. Ces privilèges fiscaux, s'ils ne sont peut-être pas aussi inconditionnels, avantageux et spécifiques à l'assurance vie qu'il n'y paraît à première vue⁸, n'en sont pas moins réels. L'administration fiscale en a récemment contesté le bénéfice à certains nouveaux produits proposés sous la marque de l'assurance vie, au motif qu'ils ne répondaient pas, selon elle, aux caractéristiques de celle-ci⁹. Preuve, s'il en est, de l'intérêt direct du débat sur leur qualification juridique...

Enfin, certains évoquent la possibilité d'une mise en cause de la responsabilité des assureurs et des intermédiaires d'assurance pour manquement à leur obligation d'information, s'il devait s'avérer que des produits commercialisés sous le label de contrats d'assurance vie s'apparentent en réalité à des opérations de capitalisation, inéligibles aux privilèges reconnus à l'assurance vie¹⁰.

³ T. CORFIAS, « Capital différé contre-assuré. C'est pourtant bien de l'assurance vie ! », *L'Argus*, 31 mai 1996, p. 36.

⁴ Sur l'état de la question aux Etats-Unis, voir S.L. KIMBALL, « Reflections on the meaning of 'insurance' », *The International Journal of Insurance Law*, 1995, pp. 226 à 234.

⁵ *Mon. B.*, 20 août. Loi modifiée par la loi du 16 mars 1994, *Mon. B.*, 4 mai.

⁶ Voir, pour un exposé détaillé de ces enjeux de droit civil, B. DUBUISSON, « Les nouveaux produits d'assurance vie face au droit. La fin des privilèges ? », *Revue générale de droit civil belge*, 1997, pp. 342 à 371. En France, voir J. AULAGNIER, « L'assurance-vie est-elle un contrat d'assurance ? », *Droit et patrimoine*, décembre 1996, pp. 44 à 47 ; J. BIGOT, note sous C.A. Colmar, 19 mars 1993, C.A. Grenoble, 7 novembre 1995, et C.A. Toulouse, 24 octobre 1995, *R.G.A.T.*, 1996, pp. 171 à 181, et *J.C.P.*, 1996, II, n° 22.595 ; M. GRIMALDI, *op. cit.* ; J. KULLMANN, « Contrats d'assurance sur la vie : la chance de gain ou de perte », *Recueil Dalloz Sirey*, 1996, p. 205 ; F. LUCET, « Assurance vie : l'influence de l'aléa sur les droits des tiers », *Répertoire Notariat Defrénois*, 1996, pp. 971 à 975 ; F. SAUVAGE, *op. cit.*, pp. 13 à 44.

⁷ On mentionnera toutefois que, dans un récent arrêt du 26 mai 1999, la Cour d'arbitrage a jugé les articles 127 et 128 de la loi du 25 juin 1992 contraires au principe de non-discrimination consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'ils avaient pour effet de rendre propres sans récompense pour la communauté (sauf le cas exceptionnel où les primes prélevées sur le patrimoine commun s'avéreraient manifestement exagérées eu égard aux facultés de celui-ci) les prestations d'assurance perçues à l'âge de la retraite par un époux commun en biens, quand bien même ces prestations auraient été financées par des primes provenant des deniers communs. Voir, sur cet arrêt, le rapport de J.L. RENCHON et de C. LAMBERT, « L'assurance vie et le droit patrimonial de la famille. Les implications de l'arrêt de la Cour d'Arbitrage du 26 mai 1999 ».

⁸ C. JAUMAIN, « Faut-il disqualifier l'assurance vie ? L'assurance vie doit-elle conserver ses privilèges quelles que soient sa durée et l'intensité du risque ? », *Liber amicorum René Van Gompel*, Diegem, Kluwer, 1998, p. 295.

⁹ *Assurinfo*, n° 36, 26 novembre 1998, p. 11.

¹⁰ J. AULAGNIER, *op. cit.*, p. 45 ; J. BIGOT, *op. cit.*, p. 171.

5. Les grandes lignes de l'argumentation défendue de part et d'autre sont aujourd'hui connues. Le présent rapport entend les exposer de la manière la plus complète, en prenant position, et dégager les éléments qui doivent être considérés, selon nous, comme singularisant le contrat d'assurance vie parmi les produits financiers actuellement disponibles sur le marché. Les principaux produits, traditionnels et modernes, proposés par les assureurs vie seront alors confrontés aux critères de qualification ainsi retenus.

SECTION 1. ELEMENTS DE QUALIFICATION

§ 1. Eléments non pertinents

La qualification de l'opérateur ne détermine pas celle de l'opération

6. Personne, pas même les tenants de la qualification du contrat d'assurance, ne soutient que la circonstance que le produit est commercialisé par un assureur dûment agréé implique nécessairement que ce produit est un contrat d'assurance. Il est communément admis que la qualité des parties contractantes n'est pas décisive de la qualification du contrat¹¹. Au demeurant, la réglementation de contrôle interdit de conclure que la qualité d'assureur suffit à emporter la qualification de l'ensemble de ses produits en contrats d'assurance, puisqu'elle habilite les entreprises d'assurance à pratiquer un certain nombre d'opérations dont il n'a jamais été contesté qu'elles ne relèvent pas, à proprement parler, de l'assurance : ainsi, les opérations tontinières (branche 25), les opérations de capitalisation (branche 26) et les opérations de gestion de fonds collectifs de retraite (branche 27).

L'intention des parties n'est pas décisive de la qualification juridique du produit

7. Personne ne prétend non plus que la seule circonstance que le produit soit qualifié par les parties - en fait, par l'assureur - de contrat d'assurance vie suffit à le considérer comme tel. L'intention des parties ne saurait contourner la loi en habillant un produit d'une qualification juridique dont la reconnaissance suppose la réunion de critères légaux que ce produit ne remplirait pas entièrement.

8. Il a pourtant été soutenu que, si le produit concerné respecte le formalisme du contrat d'assurance vie, il peut revendiquer une telle qualification¹². La mention d'un terme, la désignation d'un bénéficiaire en cas de décès, d'un bénéficiaire en cas de vie et de montants garantis feraient de ce produit un contrat d'assurance vie.

A cela, on objectera que, en dépit des exigences particulières prescrites par l'article 10 de la loi du 25 juin 1992 en matière de preuve, le contrat d'assurance vie est un contrat consensuel, et non solennel¹³. Sa validité n'est subordonnée à aucun formalisme. La désignation d'un tiers

¹¹ B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 361, et références citées à la note en bas de page 56 ; J. BIGOT, *op. cit.*, pp. 172 et 177 ; J. KULLMANN, *op. cit.*, p. 206.

¹² J.J. GOLLIER, *L'Echo*, 10 novembre 1998.

¹³ M. FONTAINE, *Droit des assurances* (2^{ème} éd.), Précis de la Faculté de droit de l'U.C.L., Bruxelles, Larcier, 1996, p. 105. Voir tout récemment, en France, Cass., 9 mars 1999, *R.G.D.A.*, 1999, n° 3, pp. 567 à 570.

bénéficiaire ne saurait, du reste, suffire à qualifier le contrat d'assurance vie, l'attribution bénéficiaire étant un élément commun à toute stipulation pour autrui.

Au demeurant(, suivre une telle thèse conduirait à ouvrir la voie à des manoeuvres qui n'auraient d'autre but que de chercher à faire relever l'opération concernée d'un régime légal auquel celle-ci ne pourrait prétendre accéder en raison de ses caractéristiques juridiques essentielles. Des arguments de pure forme ne sauraient avoir pour effet de déterminer la qualification juridique d'un contrat consensuel.

L'existence d'un aléa, critère décisif... mais quel aléa ?

9. Les textes de loi régissant spécifiquement l'assurance n'offrent aucune indication décisive en la matière.

La législation de contrôle énumère les « branches » composant le groupe d'activités d'assurance vie (branches 21 à 29)¹⁴. Au rang de celles-ci figurent notamment les assurances sur la vie non liées à des fonds d'investissement (branche 21), les assurances sur la vie liées à de tels fonds (branche 23) et les opérations de capitalisation (branche 26). Aucune définition n'est cependant donnée de ces différentes activités.

La définition du « produit d'assurance » contenue au point 59 de l'annexe 2 de l'arrêté royal du 17 décembre 1992 relatif à l'activité d'assurance sur la vie (ci-après « arrêté vie »)¹⁵ - « opération d'assurance caractérisée à la fois par la combinaison d'assurance, les bases techniques, le caractère flexible ou fixé des primes » - n'est, à première vue, pas d'un grand secours. Elle rappelle toutefois, à bon escient, qu'un produit d'assurance vie suppose le recours à des bases techniques, précision qui, comme on le verra plus loin, revêt toute son importance dans ce débat.

10. La loi du 25 juin 1992 définit le contrat d'assurance terrestre à l'article 1^{er}, *littera* A., comme « [le] contrat en vertu duquel, moyennant le paiement d'une prime fixe ou variable, une partie, l'assureur, s'engage envers une autre partie, le preneur d'assurance, à fournir une prestation stipulée dans le contrat au cas où surviendrait un événement incertain que, selon le cas, l'assuré ou le bénéficiaire, a intérêt à ne pas voir se réaliser ». L'article 97 ajoute que le contrat d'assurance vie est celui dans lequel la survenance de cet événement incertain dépend exclusivement de la durée de la vie humaine¹⁶.

De ces dispositions, il ressort que la qualification d'assurance vie exige, à tout le moins, le paiement d'une prime (unique, périodique déterminée, libre), un engagement correspondant de l'assureur de fournir une prestation en cas de survenance d'un événement incertain¹⁷ exclusivement lié à la durée de la vie humaine, ainsi qu'un intérêt à l'assurance¹⁸. Aucune d'elles n'indique explicitement qu'une telle qualification suppose, aussi, que le contrat en question soit aléatoire, élément qui, ainsi que le soulignent à bon escient certains auteurs¹⁹, ne saurait être confondu avec celui relatif à l'incertitude pesant sur l'événement assuré. L'exécution de contrats

¹⁴ Voir annexe I de l'arrêté royal du 22 février 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurances, *Mon. B.*, 11 avril ; ci-après « règlement général de contrôle ».

¹⁵ *Mon. B.*, 31 décembre.

¹⁶ On retrouve une définition analogue du contrat d'assurance vie à l'article 2, *littera* a), de l'arrêté vie.

¹⁷ Il est communément admis que cette incertitude peut porter sur la survenance même de l'événement contre lequel on s'assure (cf., par exemple, l'assurance décès « solde restant dû ») ou, simplement, sur le moment de sa survenance (cf., par exemple, l'assurance décès « vie entière »). Voy., sur ce point, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, t. V, n° 290 et 291, et J. AULAGNIER, *op. cit.*, p. 47.

¹⁸ Pour une analyse détaillée de ces différents éléments, voy. notamment M. FONTAINE, *op. cit.*, pp. 96 à 105.

¹⁹ Voir J. AULAGNIER, *op. cit.*, p. 49, et J. KULLMANN, *op. cit.*, p. 206.

à prestations successives peut être sujette à de nombreuses incertitudes, sans que ces contrats soient pour autant aléatoires.

11. Or, une relative unanimité existe, dans la doctrine, pour considérer que le critère distinctif du contrat d'assurance réside précisément dans son caractère aléatoire. Il est aussi communément admis que cette condition doit être comprise à la lumière des articles 1104 et 1964 du Code civil²⁰, lesquels, en substance, identifient l'aléa à l'existence, pour les parties au contrat, d'une chance de gain ou de perte liée à un événement incertain²¹.

Encore cette notion de chance de gain ou de risque de perte doit-elle être correctement appréhendée et replacée au centre de l'échange économique traduit dans le contrat. Dans ce contexte, la prime apparaît comme le prix que le souscripteur est disposé à payer pour se protéger de l'événement incertain qu'il redoute. Le contrat d'assurance organise le transfert d'un risque pour un prix déterminé.

- *La probabilité d'un état de besoin ou d'utilité économique ?*

12. Certains défendent l'idée que le caractère aléatoire du contrat d'assurance vie réside dans le fait que celui-ci entend permettre au souscripteur²² de faire face à la survenance éventuelle d'un état de besoin ou d'utilité économique, justifiant l'octroi d'une prestation d'assurance. Selon cette opinion, les nouveaux produits proposés par les assureurs vie seraient de véritables contrats d'assurance, car la prestation de l'assureur y dépendrait d'un événement incertain que le bénéficiaire a intérêt à ne pas voir se réaliser²³.

13. Une telle argumentation rappelle en réalité la nécessité, en assurance vie comme dans toute assurance, d'un intérêt d'assurance, lequel doit être compris comme l'intérêt de l'assuré (dans les couvertures en cas de vie) ou du bénéficiaire (dans les couvertures en cas de décès) « à ne pas voir se réaliser » l'événement assuré (article 1^{er}, *littera A.*, de la loi du 25 juin 1992) - et non pas, comme cela a parfois été défendu à propos des couvertures d'assurance en cas de vie²⁴, comme l'intérêt à voir un tel événement se réaliser²⁵ - L'intérêt d'assurance ne se confond toutefois pas avec l'aléa, autre élément essentiel du contrat d'assurance.

Du reste, bon nombre d'autres opérations financières sont animées par des considérations liées à l'anticipation d'un besoin ou à la perspective d'utilité économique ultérieure. Que l'on songe à la souscription d'un bon d'Etat, d'un bon de caisse ou d'un produit d'épargne bancaire. De telles

²⁰ Selon l'article 1104 du Code civil, 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 ». L'article 1964 dispose pour sa part 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 cite notamment comme exemple le contrat d'assurance.

²¹ Voir ainsi J. AULAGNIER, *op. cit.*, pp. 49-50 ; J. BIGOT, *op. cit.*, pp. 173-174 ; D. COLLIGNON, « Classification des assurances de personnes », *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1998, p. 581 ; B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 364, n° 32 à 34 ; J. KULLMANN, *op. cit.*, p. 206 ; F. SAUVAGE, *op. cit.*, p. 19.

²² Pour la commodité de l'analyse, nous supposons, dans la présente contribution, que le souscripteur est la tête assurée.

²³ J.J. GOLLIER, *op. cit.*

²⁴ Voir J.P. ANDRE-DUMONT, « Opérations et contrats d'assurance », *Table Ronde Tafel*, 1992, n° 3, pp.7-8 ; en France, voir V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 329.

²⁵ Si le souscripteur d'une couverture d'assurance en cas de vie espère bien entendu être vivant à l'échéance du contrat, il entend se prémunir, en cas de vie au terme fixé par ce contrat, contre une diminution de ses ressources pécuniaires et/ou contre l'apparition possible d'un besoin financier particulier à ce moment. Il s'assure donc contre la survenance d'un événement incertain qu'il n'a pas intérêt à voir se réaliser.

opérations ne sont pas pour autant des conventions aléatoires, au motif qu'elles sont guidées par un souci de prévoyance.

- *L'incertitude quant au moment et aux circonstances du dénouement du contrat ?*

14. Les défenseurs de la qualification d'assurance vie avancent fréquemment que le caractère aléatoire des produits nouveaux provient du fait que nul ne sait, au moment de la souscription, quand, et au profit de qui, le contrat se dénouera. L'assureur ignore s'il devra s'exécuter en faveur du souscripteur au terme fixé par le contrat ou anticipativement en cas de demande de rachat ; il ne sait pas si le capital sera versé au souscripteur ou au bénéficiaire désigné en cas de décès de celui-ci, ou encore aux héritiers du souscripteur à la mort de ce dernier, à défaut de désignation bénéficiaire, ou de désignation bénéficiaire susceptible de sortir ses effets. Le souscripteur n'est, de son côté, pas certain de retirer personnellement un avantage du contrat qu'il a conclu. Le bénéficiaire désigné en cas de décès peut, quant à lui, voir révoquer la désignation faite à son profit ou encore mourir avant le souscripteur, et être ainsi privé du bénéfice de la stipulation initiale²⁶. Des décisions rendues par les juridictions françaises se sont montrées sensibles à cette argumentation²⁷.

15. Celle-ci ne nous paraît cependant pas décisive. L'incertitude entourant le moment et les circonstances du dénouement de l'opération découle en réalité de la combinaison de trois facteurs, dont aucun ne s'identifie, à notre avis, à l'existence d'une chance de gain ou de perte pour les parties.

16. Elle est, en premier lieu, intimement tributaire de l'incertitude relative à la survenance de l'« alternative »²⁸ (survie ou décès prématuré du souscripteur) dont dépend l'exécution par l'assureur de ses engagements, soit de l'incertitude liée à la durée de la vie humaine. Si le souscripteur est en vie au terme du contrat, le capital lui reviendra à ce moment. S'il décède avant terme, la somme prévue en pareille hypothèse sera liquidée au profit d'un ou de tiers [bénéficiaire(s) désigné(s) ou héritier(s), selon le cas].

Or, s'il ressort sans aucun doute des articles 1104 et 1964 du Code civil que la chance de gain ou de perte pour les parties doit résulter d'un événement incertain, il n'en demeure pas moins qu'aléa et incertitude quant à la survenance du fait générateur de la prestation de l'assureur sont deux éléments dissociables. Ainsi, si, nonobstant cette incertitude, la réalisation de l'une ou l'autre branche de l'alternative est économiquement neutre pour les parties en ce que, quels que soient le moment et la cause du dénouement du contrat, le souscripteur, le bénéficiaire désigné en cas de décès ou les héritiers du souscripteur, selon le cas, percevront de l'assureur ni plus ni moins que les sommes représentant, selon les termes du contrat, la contrepartie de l'engagement du souscripteur, il n'existe pour les parties aucune chance de gain ni aucun risque de perte. A tout le moins cette chance n'est-elle pas au centre du marché conclu entre les parties, en ce sens que le versement effectué par le souscripteur n'intègre pas le prix du risque transféré à l'assureur.

Ce premier facteur d'incertitude conditionne d'ailleurs le sort de la plupart des opérations d'épargne. Ainsi, le souscripteur d'un produit bancaire n'est jamais certain que le produit de son épargne ou de son investissement tombera dans sa propre escarcelle. En cas de décès prématuré, ce produit profitera à sa succession ou, dans l'hypothèse - peu fréquente, mais juridiquement concevable - où l'opération aurait été assortie d'une désignation bénéficiaire en cas de décès, à la

²⁶ J. BIGOT, *op. cit.*, pp. 175 et 177 ; E. BONNET, « L'assurance vie, un succès qui inquiète », *Droit & Patrimoine*, septembre 1996, p. 17.

²⁷ Voir ainsi les arrêts de la Cour d'appel de Colmar du 19 mars 1993 et de la Cour d'appel de Grenoble du 7 novembre 1995, citées à la note en bas de page 6.

²⁸ L'expression est empruntée à J. BIGOT, *op. cit.*, p. 175.

personne ainsi désignée²⁹. De telles opérations ne sont pas pour autant jugées aléatoires, pas plus qu'une vente conclue sous condition suspensive du décès de l'une des parties.

17. L'incertitude sur le moment et les circonstances du dénouement du contrat dépend, en deuxième lieu, de la faculté qui serait offerte au souscripteur de racheter le contrat de manière anticipée. Ainsi qu'on l'expliquera plus loin, une telle faculté ne saurait caractériser l'aléa propre à l'assurance. Le banquier ignore aussi si, et à quel moment, le déposant retirera les fonds déposés. Le contrat de dépôt, même rémunéré, n'en est pas pour autant un contrat aléatoire³⁰.

18. L'incertitude mise en exergue par l'opinion discutée, particulièrement celle qui pèse sur l'identité du bénéficiaire des prestations, découle, en troisième lieu, du mécanisme de la stipulation pour autrui et des principes relatifs à la cession de droits pour cause de mort. Personne ne le niera, la présence de tels mécanismes juridiques, dont le champ d'application dépasse de très loin la sphère des produits financiers, ne saurait raisonnablement être considérée comme la manifestation de l'aléa indispensable à la qualification d'assurance.

- *L'absence possible de bénéficiaire à l'échéance du contrat ?*

19. Dans le même ordre d'idées, il est parfois suggéré que le caractère aléatoire des nouveaux produits découle à suffisance du fait que, dans un cas bien précis, l'assureur pourrait conserver définitivement les primes encaissées sans être tenu à aucune prestation correspondante. Tel serait le cas lorsqu'il ne se trouve, en cas de décès prématuré du souscripteur, aucun bénéficiaire susceptible de recueillir le capital à la faveur d'une stipulation pour autrui, ni héritier en mesure de le recueillir en vertu de sa qualité successorale. Les tenants de cette thèse ajoutent que les sommes versées par le souscripteur à l'assureur sont immédiatement inscrites à l'actif du bilan de ce dernier et deviennent donc sa propriété, de sorte qu'elles ne sauraient d'aucune façon être considérées, dans un tel cas de figure, comme des biens sans maître ou en déshérence, que l'Etat serait en droit de revendiquer³¹.

20. L'opinion discutée paraît faire peu de cas de l'existence d'une créance du souscripteur sur la réserve mathématique de son contrat. Il faut ensuite noter que cette thèse, qui est défendue principalement en France, s'inscrit dans un contexte juridique différent de celui qui prévaut en Belgique. Le droit français de l'assurance permet aux parties d'écarter l'application de la stipulation pour soi-même et pour ses propres héritiers et ayants cause (article 1122 du Code civil), dans l'hypothèse où le bénéficiaire désigné pour recueillir les prestations en cas de décès disparaîtrait prématurément, sans laisser d'héritier. En d'autres termes, le prédécès du bénéficiaire désigné dans le contrat ne signifie pas nécessairement, en droit français, que la prestation assurée reviendra au souscripteur ou, en cas de décès de ce dernier, à sa succession.

21. En Belgique, l'on sait que, en vertu de l'article 107 de la loi du 25 juin 1992, lorsque le contrat ne comporte pas de désignation bénéficiaire ou de désignation bénéficiaire qui puisse produire d'effet, les prestations d'assurance sont dues au preneur ou à la succession de celui-ci. Il ressort de cette disposition que, dans l'hypothèse d'une disparition prématurée du bénéficiaire désigné en cas de décès, le souscripteur est réputé, d'après la loi, avoir stipulé pour soi-même ou pour sa propre succession.

Certes, il se peut que, à l'échéance des prestations consécutive à son décès, le souscripteur ne laisse aucun héritier. Mais, indépendamment du point de savoir si l'Etat pourrait ou non, en pareille

²⁹ B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 367, n° 36.

³⁰ F. SAUVAGE, *op. cit.*, p. 24.

³¹ E. BONNET, *op. cit.*, p. 17 ; J. KULLMANN, *op. cit.*, pp. 207 à 209.

circonstance, prétendre appréhender entre les mains de l'assureur le droit de créance dont le souscripteur était titulaire sur la réserve mathématique du contrat³², on peut légitimement se demander s'il est bien raisonnable de fonder la qualification du contrat aléatoire sur une hypothèse aussi marginale. Du reste, une telle éventualité n'est certainement pas entrée dans le champ contractuel (elle dépend avant tout de circonstances extérieures, comme les choix de vie personnels du souscripteur et la durée de vie de ses héritiers éventuels) ; elle ne se répercute d'ailleurs pas sur le prix du risque transféré par le souscripteur à l'assureur.

- *L'existence d'un risque financier ?*

22. Certains affirment que la garantie de taux ou de rendement financier fournie par l'assureur est un élément déterminant de la qualification d'assurance³³. Selon cette thèse, l'assureur, lorsqu'il garantit au souscripteur un taux d'intérêt ou de rendement donné, court un risque financier puisqu'il est tenu, en vertu de la loi ou du contrat, d'honorer ses engagements, y compris en cas de dénouement anticipé du contrat, et cela, quels que soient les résultats de sa politique de gestion financière. En d'autres termes, il s'expose à un risque égal à la différence, au dénouement du contrat, entre l'actif et le passif correspondant.

23. Une telle argumentation, qui pourrait conduire à voir refuser systématiquement la qualification d'assurance vie aux produits nouveaux dans lesquels le risque financier est intégralement assumé par le souscripteur, ne nous convainc pas.

Bien que l'article 1964 du Code civil permette apparemment de tenir pour aléatoire une convention dans laquelle la perspective d'avantages ou de pertes ne concernerait que l'une des parties contractantes³⁴, il nous semble nécessaire que la chance de gain ou de perte soit « bilatérale », conformément à l'article 1104 du Code civil. Elle doit concerner aussi bien le souscripteur que l'assureur, et il faut que, à la chance de gain de l'un, corresponde un risque de perte pour l'autre. Chacune des parties doit espérer y gagner ou craindre d'y perdre dans l'opération, et le gain escompté par l'une d'elles doit être la contrepartie d'une perte redoutée par l'autre³⁵. Or, en l'espèce, seul l'assureur est exposé à un risque de perte, en l'occurrence un risque de perte financière, lequel ne correspond à aucune chance de gain pour le souscripteur. Le fait que, nonobstant d'éventuelles pertes financières liées à la gestion de ses actifs, l'assureur demeure en tout état de cause tenu de verser les prestations assorties du taux d'intérêt ou de rendement garanti par le contrat ne saurait être regardé comme une telle chance de gain pour le souscripteur (ou ses ayants droit). Ce faisant, l'assureur n'exécutera en effet ni plus ni moins que son engagement contractuel, tel que celui-ci a été initialement défini dans le contrat comme contrepartie de l'engagement du souscripteur.

En outre, on l'a dit, la chance de gain ou de perte doit se situer au centre de l'échange économique. Or, en l'occurrence, la prise en charge du risque financier par l'assureur ne se répercute pas sur le montant de la prime réclamée au souscripteur. Au contraire, le montant de la prime évolue en principe de manière inversement proportionnelle à la variation du taux d'intérêt que l'assureur estime être en mesure de garantir à son cocontractant.

Enfin, il nous semble que si, certes, aléa et incertitude quant à l'événement assuré sont deux éléments essentiels à part entière du contrat d'assurance (voir ci-dessus point 16), l'élément décisif

³² Comme J. AULAGNIER (*op. cit.*, p. 55), nous ne voyons en quoi l'Etat pourrait se voir interdire d'appréhender une telle créance, à défaut d'héritier au degré successible. En ce sens également, J. ERNAULT, *Droit de l'assurance vie*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 334, n° 372.

³³ J. BIGOT, *op. cit.*, pp. 174-175 ; J.J. GOLLIER, *op. cit.* ; C. JAUMAIN, *op. cit.*, p. 309. J. AULAGNIER (*op. cit.*, p. 54) admet avoir un temps partagé ce point de vue. Il conteste celui-ci aujourd'hui.

³⁴ J. BIGOT, *op. cit.*, p. 174 ; J. KULLMANN, *op. cit.*, p. 206.

³⁵ Voir, en ce sens, J. AULAGNIER, *op. cit.*, p. 49 ; également J. GHESTIN, *Traité de droit civil - Les obligations*, Paris, L.G.D.J., 1993, pp. 861 et s.

de la qualification d'assurance doit, ainsi que le suggèrent les articles 1104 et 1964 du Code civil, trouver directement sa source dans le caractère incertain de l'événement assuré, et non pas, comme en l'espèce, dans des facteurs relevant strictement de l'activité professionnelle de l'assureur - plus exactement de la gestion de ses actifs -, qui, s'ils affectent les conditions d'exécution de son obligation contractuelle, sont en définitive sans incidence sur l'existence et l'étendue mêmes de cette obligation et, donc, sur le rapport contractuel qu'il a noué avec le souscripteur.

24. De même, la circonstance que, dans les contrats liés à un ou des fonds d'investissement, la valeur des unités de compte qui servent à exprimer la prestation de l'assureur fluctue, à tout moment jusqu'au dénouement du contrat, avec celle des parts de fonds correspondantes ne saurait, nous semble-t-il, justifier le caractère aléatoire de tels contrats. Il en est certainement ainsi lorsque le risque de placement est supporté par le souscripteur et n'est donc pas économiquement transféré à l'assureur. Les assureurs ont certes progressivement développé, à l'instar des banquiers, des techniques permettant de réduire le risque d'investissement pour le preneur (produits reposant sur une combinaison branche 21/branche 23), voire de garantir un rendement financier minimum (systèmes de cliquet ou de structure d'échelle,...). Toutefois, la réduction ou le transfert à l'assureur du risque financier ne se répercute pas sur le montant de la prime. Du reste, les perspectives de gain ou de perte financière découlant, pour les parties, de la fluctuation des valeurs d'investissement dépendent avant tout de circonstances étrangères au champ contractuel de l'opération (évolution des indices boursiers, des marchés obligataires, immobiliers...). Pareil aléa financier n'est d'ailleurs pas propre aux produits d'assurance liés à un fonds d'investissement (il se retrouve dans toute opération portant sur, ou liée à, des valeurs mobilières), de sorte qu'il ne saurait raisonnablement être considéré comme caractéristique du contrat d'assurance.

25. En conclusion, l'existence d'un risque financier, de même que la question de savoir qui, du souscripteur ou de l'assureur, assume un tel risque, sont, à nos yeux, des éléments dénués de pertinence pour apprécier la qualification juridique de l'opération concernée.

- *La probabilité de risque ou de gain technique ?*

26. La circonstance que, nonobstant le recours à des bases techniques appropriées, l'assureur demeure exposé à une chance de gain ou de perte au terme de la compensation entre les primes et les prestations réalisées, en fin d'exercice, au niveau de la mutualité des assurés ne nous paraît pas non plus pouvoir entrer en ligne de compte dans la recherche de l'élément aléatoire propre au contrat d'assurance.

D'une part, le bénéfice ou le déficit qui peut découler de la mise en balance des primes encaissées et des sinistres réglés ou déclarés relève du risque technique propre à la gestion de l'entreprise d'assurance. Un tel risque ne saurait influencer l'opération de qualification du contrat, laquelle doit, ainsi que cela résulte implicitement des articles 1104 et 1964 du Code civil, exclusivement ressortir de l'examen du rapport contractuel entre l'assureur et le souscripteur, et non de l'ensemble des relations qui se nouent entre l'assureur et la mutualité des assurés³⁶.

D'autre part, à la perspective de bénéfice technique pour l'assureur ne correspond aucun risque de perte pour le souscripteur. Au contraire, celui-ci pourra, le cas échéant, être appelé à participer aux bénéfices engrangés par l'assureur, à travers l'octroi d'une participation bénéficiaire. A l'inverse, aucune chance de gain pour le souscripteur n'est attachée à la perspective de perte technique pour l'assureur. Au contraire, une telle perspective, si elle se réalise, se traduira généralement par une révision à la hausse de la prime liée à la période d'assurance consécutive à cet exercice social déficitaire.

³⁶ B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 368, n° 37 ; G. FRANCOIS, « La nature de l'aléa dans une convention de réassurance », *R.G.A.T.*, 1994, p. 415.

- *L'exposition de l'assureur au risque de rachat ?*

27. On s'est également interrogé sur l'incidence de la faculté de rachat sur le caractère aléatoire du contrat³⁷. La perspective de rachat anticipé du contrat par le souscripteur rend-elle ce contrat aléatoire ? A l'inverse, la reconnaissance d'une telle faculté de rachat aboutit-elle à éliminer l'aléa de l'opération en cause ? Ni l'une ni l'autre de ces questions ne doivent recevoir une réponse affirmative.

28. Soutenir que la faculté de rachat caractérise l'assurance vie pourrait conduire à remettre en cause le caractère aléatoire et, dans la foulée, la qualification de certains contrats auxquels, jusqu'ici, la qualification d'assurance n'a jamais été contestée, au motif qu'ils ne réserveraient pas une telle prérogative au souscripteur. Certains auteurs³⁸ rappellent du reste à juste titre que, à l'origine, l'assurance vie a fonctionné sans possibilité de rachat et que tel est toujours le cas dans certains pays. Il ne saurait, dans ces conditions, être question d'élever le rachat au rang des éléments essentiels du contrat d'assurance, sous peine de verser dans un raisonnement qui pourrait, à l'extrême, conduire à considérer que l'assurance vie n'est apparue qu'avec la consécration légale du droit de rachat.

Indépendamment de cela, il y a lieu de relever que la faculté de rachat, qui n'est que l'expression particulière, en assurance vie, de la faculté de résiliation unilatérale et anticipée du contrat, reconnue dans un certain nombre de contrats synallagmatiques, n'engendre par elle-même ni chance de gain ni risque de perte pour les parties. En cas de rachat, l'obligation de l'assureur consistera à liquider entre les mains du souscripteur ni plus ni moins que la valeur de son engagement contractuel à l'égard dudit souscripteur à ce moment, soit celle de la réserve mathématique correspondant aux primes versées et capitalisées jusque là³⁹. Sous l'angle de la qualification, la perspective du rachat est donc neutre, tant pour l'assureur que pour le souscripteur⁴⁰.

Certes, le rachat aura pour effet de priver l'assureur de la rémunération qu'il escomptait de la gestion des capitaux investis. Il peut aussi l'obliger à réaliser des actifs à un moment peut-être inopportun, avec le risque de perte financière que cela comporte. Toutefois, ce risque financier, qui ne doit pas être exagéré, relève de la gestion de l'entreprise d'assurance (voir ci-dessus point 23). Il ne saurait constituer, à nos yeux, l'aléa caractéristique du contrat d'assurance.

29. A l'inverse, l'insertion d'une clause de rachat dans le contrat n'a pas pour effet de supprimer son caractère aléatoire.

Certes, comme le relève avec pertinence le professeur Bigot⁴¹, « un contrat aléatoire peut être annulé faute d'aléa au motif qu'il se trouve soumis, non à des circonstances étrangères, mais à la volonté arbitraire du débiteur » ; « il en est ainsi », poursuit-il en reproduisant l'extrait d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 février 1957, « lorsque le débiteur dispose seul de la faculté de

³⁷ J. BIGOT, *op. cit.*, pp. 175 à 177 ; B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 369, n° 35 à 41 ; J. KUILMANN, *op. cit.*, pp. 209-210.

³⁸ Voir les références citées à la note précédente en bas de page.

³⁹ Certes, le souscripteur peut encourir une pénalité de rachat et l'opération de rachat est fiscalement désavantageuse. De tels inconvénients ne sauraient cependant raisonnablement constituer l'aléa au sens des articles 1104 et 1964 du Code civil. D'une part, ils n'affectent que le preneur, et non les deux parties contractantes. D'autre part, ils découlent, non pas d'un événement incertain, mais de la seule volonté du preneur, celle de procéder au rachat de son contrat.

⁴⁰ De même, l'incertitude pesant, à la conclusion du contrat, sur l'exercice effectif ultérieur du rachat du contrat par le preneur ne génère, par elle-même, aucune chance de gain ou de perte pour les parties. Un tel élément ne saurait donc être mis en avant pour voir conclure au caractère aléatoire de l'opération analysée.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 176.

laisser exécuter le contrat tant que l'événement aléatoire joue à son avantage, et de le mettre à néant dès qu'il prévoit que l'avantage va tourner au profit de son contractant ».

L'on ne saurait cependant prétendre que, en raison de la faculté de rachat, l'exécution de la prestation de l'assureur est subordonnée au seul arbitraire du souscripteur, puisque le rachat ne conduit pas l'assureur à exécuter l'engagement initialement convenu dans le contrat en cas de survenance de l'événement incertain, mais à liquider ce contrat de manière anticipée en restituant l'épargne accumulée. On rappellera d'ailleurs que c'est précisément pour éviter le risque d'antisélection que la possibilité de rachat est écartée dans les polices couvrant uniquement le risque de survie⁴² et qu'elle est limitée au montant du capital décès dans les assurances mixtes.

Du reste, l'exercice du droit de rachat est empreint d'incertitude. A la conclusion du contrat, nul ne sait si le souscripteur sera en mesure de faire usage de cette prérogative. Celui-ci peut décéder prématurément, sans même avoir songé ou, du moins, sans avoir été en mesure d'exercer son droit. Le souscripteur qui entendrait racheter le contrat peut en outre se heurter à l'opposition du bénéficiaire ayant accepté la désignation faite à son profit en cas de décès (article 114, alinéa 2, de la loi du 25 juin 1992). En d'autres termes, le contrat peut s'être dénoué par suite de la survenance de l'événement incertain, en occasionnant un gain pour une partie et une perte pour l'autre, et cela, avant même que le souscripteur ait envisagé le rachat de ce contrat.

30. En définitive, et personne ne le conteste réellement, l'existence d'un droit de rachat ne permet pas de fonder le caractère aléatoire d'un contrat, pas plus qu'il ne permet de l'exclure définitivement. Elle ne contribue pas à qualifier l'opération considérée, ni dans un sens ni dans l'autre⁴³.

§ 2. Eléments pertinents

Une chance de gain ou de perte engendrée par l'incertitude du risque au centre de l'échange économique

31. Aucun des éléments analysés ci-dessus ne nous paraît, en fin de compte, incarner le critère décisif de la qualification d'assurance.

Nous en venons ainsi à conclure que l'aléa au sens des articles 1104 et 1964 du Code civil suppose que, à la souscription du contrat, il existe, tant pour le souscripteur que pour l'assureur, une chance de gain ou de perte, engendrée par l'incertitude pesant sur la survenance, ou sur le moment précis de la survenance, de l'événement assuré - lequel, en assurance vie, ne peut dépendre que de la durée de la vie humaine (voir ci-dessus point 10) -, cette chance de gain ou de perte devant s'apprécier dans le strict périmètre du champ contractuel de l'échange économique opéré entre les parties. Il ne faut en effet jamais perdre de vue que le contrat d'assurance est l'instrument d'un échange économique : le souscripteur transfère un risque à l'assureur, moyennant paiement d'une prime, qui est le prix de sa sécurité. Si le risque se réalise, le souscripteur sera gagnant et l'assureur perdant. S'il ne se réalise pas, ce sera l'inverse. S'il est certain que le risque se réalisera (cf. l'assurance décès vie entière), le souscripteur ou l'assureur sera gagnant ou perdant en fonction du moment de la réalisation de ce risque. Le risque doit être au centre de l'échange économique, sans quoi l'on ne peut parler d'assurance. N'importe quelle incertitude ne peut en effet suffire à caractériser l'assurance.

⁴² M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 521. Il suffirait, sinon, au souscripteur sachant que la perspective d'une mort inéluctable va le priver du bénéfice du capital différé en cas de vie, de s'empresse de racheter le contrat avant sa mort.

⁴³ F. SAUVAGE (*op. cit.*, p. 24) souligne l'existence, dans certains contrats modernes, de programmes de rachats partiels. A première vue, cette sophistication du droit de rachat ne nous paraît pas de nature à écarter l'analyse développée ci-dessus au point 29.

En définitive, il y a aléa et, donc, assurance si, à la conclusion du contrat, l'une et l'autre partie sont disposées à courir une chance d'y gagner ou un risque d'y perdre, eu égard à leurs engagements contractuels respectifs (paiement de la prime - versement de la prestation assurée), en fonction de la survenance ou de la non-survenance de l'événement assuré, ou encore de la date exacte de cette survenance⁴⁴.

Explication

32. En assurance vie comme dans toute assurance, l'assureur cherche à garantir, dans toute la mesure du possible, l'équivalence entre l'engagement du souscripteur, constitué par le paiement de la prime, et son propre engagement, consistant à verser, le moment venu, les prestations assurées. Un équilibre est ainsi recherché entre l'engagement actuel du souscripteur et la valeur actualisée de l'engagement de l'assureur.

La liquidation, par l'assureur, de son engagement contractuel étant, en tout état de cause, subordonnée à la réalisation d'un événement incertain, le calcul des engagements réciproques des parties est d'abord affecté d'un taux d'actualisation financière tenant compte du caractère différé du paiement et du taux de rémunération escompté du placement des primes collectées auprès du souscripteur.

33. Ce calcul est également pondéré - et c'est là, à notre sens, un élément indispensable de la technique d'assurance⁴⁵ - par le taux de probabilité de survenance de l'événement assuré, qui découle, en assurance vie, des constatations liées à l'espérance de vie moyenne du souscripteur. En d'autres termes, il intègre le taux de probabilité de décès (dans une assurance en cas de décès) ou de survie (dans une assurance en cas de vie), ou l'un et l'autre (dans une assurance mixte), lesquels sont fonction, avant tout, de l'âge du souscripteur à la conclusion du contrat. Ces taux sont en principe issus des tables de référence figurant à l'annexe 1 de l'arrêté vie (tables MR et FR, en ce qui concerne les taux de survie ; tables MK et FK, en ce qui concerne les taux de mortalité). L'assureur tient encore compte, le cas échéant, de facteurs propres au souscripteur (état de santé passé et actuel, notamment), susceptibles d'influer sur l'espérance de vie normale de ce dernier.

L'équivalence entre les prestations respectives définies à la formation du contrat est donc le résultat, en assurance vie, d'un calcul reposant, outre sur un facteur d'actualisation financière, sur le taux raisonnable de probabilité de réalisation de l'événement assuré, soit sur l'espérance de vie escomptée dans le chef du souscripteur⁴⁶.

34. Ici intervient la chance de perte ou de gain. L'aléa, dans le contrat d'assurance vie, réside dans le fait que, en dépit de cette recherche d'équilibre entre les prestations réciproques des parties, chacune d'elles a des raisons de craindre ou, au contraire, d'espérer que l'incertitude liée à la survenance de l'événement assuré, ou à la date exacte de sa survenance, vienne bouleverser cet équilibre théorique, fondé sur la longévité normalement escomptée dans le chef du souscripteur. Ainsi que le rappelle avec bon sens J. Kullmann⁴⁷, « [c]'est le propre du hasard : on a beau tout envisager, statistiques à l'appui, les circonstances de la mise en œuvre du contrat d'assurance ne correspondent que rarement à ce que l'on a pu soupçonner lors de sa souscription ».

⁴⁴ Etant entendu que - comme le souligne à juste titre J. AULAGNIER (*op. cit.*, p. 52) - ce n'est qu'au dénouement du contrat qu'il pourra être apprécié qui, du souscripteur ou de l'assureur, y a effectivement gagné ou perdu dans l'opération.

⁴⁵ En ce sens, J.J. GOLLIER, « Qu'est-ce qu'un produit d'assurance vie ? », *Argus belge*, 1989, pp. 18 et s.

⁴⁶ Voir, pour une explication plus développée, J. AULAGNIER, *op. cit.*, pp. 51-52, et F. SAUVAGE, *op. cit.*, pp. 20 à 22.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 205.

Ces motifs d'espoir ou de crainte sont fort variables.

Le souscripteur peut s'exposer au risque de payer une ou des prime(s) en pure perte, si l'événement incertain contre lequel il s'assure ne se réalise pas. Du moins, il peut encourir le risque que l'assureur soit, en pareille hypothèse, libéré de ses obligations contractuelles par l'exécution d'une prestation inférieure à celle censée constituer la contrepartie de sa propre obligation contractuelle. Une telle perspective constitue, pour lui, un risque de perte et, pour l'assureur, un espoir de gain⁴⁸.

De même - et l'observation vaut ici uniquement pour les assurances en cas de décès -, le souscripteur peut vivre au-delà de l'espérance de vie moyenne que lui prêtaient les statistiques intervenues dans le calcul des prestations respectives des parties. Si, certes, il aspire en principe à vivre le plus longtemps possible, une telle circonstance l'expose à des décaissements plus importants que prévu et cela, à niveau de garantie inchangé. Une telle perspective représente, pour lui, un risque de perte et, pour l'assureur, un espoir de gain au regard des prévisions ayant servi, à la formation du contrat, à définir les termes de l'échange économique.

A l'inverse - et l'observation vaut, à nouveau, exclusivement pour les assurances en cas de décès -, le souscripteur peut décéder prématurément, en considération de l'espérance de vie indiquée par les tables de mortalité prises en compte par l'assureur. Cette perspective expose l'assureur au risque de ne pas pouvoir compter sur l'intégralité des primes escomptées sur la base des statistiques, alors que son engagement contractuel demeurera inchangé. En termes d'assurance, elle engendre, corrélativement, une chance de gain pour le souscripteur, qui peut ainsi espérer garantir à ses proches le bénéfice des prestations fixées dans le contrat moyennant des décaissements moins importants que prévu, eu égard aux estimations statistiques ayant servi à calculer le montant de son engagement contractuel.

SECTION 2. ILLUSTRATIONS

35. L'application du critère de l'aléa, au sens circonscrit ci-dessus aux points 31 à 34, permet aisément de confirmer la qualification d'assurance des produits traditionnels proposés par les assureurs.

⁴⁸ J. AULAGNIER (*op. cit.*, pp. 50-51) affirme que les primes qui s'avèreraient avoir été payées en pure perte par le souscripteur en cas de non-survenance de l'événement assuré ne constituent pas pour autant un gain pour l'assureur, dans la mesure où, en vertu de la technique de la mutualisation des risques, ces primes serviront à payer les prestations dues aux assurés (ou à leurs ayants droit) qui auraient vu se réaliser l'événement incertain contre lequel ils avaient entendu se prémunir. Nous ne partageons pas ce point de vue. En effet, il ressort des termes mêmes des articles 1104 et 1964 du Code civil que la chance de gain ou de perte doit être appréciée dans le strict périmètre de la relation contractuelle qui unit l'assureur à chacun des souscripteurs, considérés individuellement, avec lesquels il a souscrit un contrat. Or, si, certes, la mutualisation des risques implique la compensation entre les « bons risques » (ceux qui ne se réalisent pas) et les « mauvais risques » (ceux qui se réalisent), au terme de laquelle la prise en charge des prestations destinées à ceux que l'infortune a touchés est supportée par la masse commune des primes collectées, il n'en demeure pas moins que, à s'en tenir à la relation contractuelle le liant à un souscripteur donné, l'assureur puise dans la perspective de non-réalisation de l'événement contre lequel ce dernier a entendu se prémunir, un espoir de gain s'il n'est tenu, en pareille circonstance, à aucune prestation en contrepartie des primes collectées auprès de ce souscripteur ou, du moins, s'il peut se libérer de ses obligations en s'acquittant d'une prestation inférieure à celle censée correspondre à la contrepartie de ces primes.

§ 1. L'assurance de capital différé en cas de vie sans remboursement de primes (CDSR)

36. Dans l'assurance de capital différé en cas de vie, sans remboursement de primes en cas de décès prématuré du souscripteur (CDSR), celui-ci court le risque - plus ou moins grand en fonction de son âge à la souscription du contrat - de ne pas toucher le capital correspondant à la (ou aux) prime(s)⁴⁹ qu'il aura versée(s), parfois pendant de longues années, s'il décède ne serait-ce qu'un jour avant le terme du contrat. Il encourt donc un risque de perte, lequel correspond à une chance de gain pour l'assureur, qui peut espérer être libéré, en pareille hypothèse, de toute obligation contractuelle tout en conservant le montant de la (des) prime(s) encaissée(s). Une telle opération procède d'une véritable spéculation du souscripteur sur ses propres chances de survie à l'échéance⁵⁰.

§ 2. L'assurance de rente viagère

37. Dans l'assurance de rente viagère, par laquelle l'assureur garantit au souscripteur, moyennant paiement d'une prime unique appelée capital constitutif, le versement d'une rente périodique (annuelle, trimestrielle ou mensuelle) aussi longtemps que ce dernier est en vie, les sources d'aléa sont multiples.

S'il s'agit d'une assurance de rente viagère différée, prévoyant l'écoulement d'un certain délai entre le versement du capital constitutif et celui de la première rente, le souscripteur s'expose d'abord au risque de décéder dans l'intervalle. Ce risque constitue, corrélativement, une chance de gain pour l'assureur, lequel peut ainsi espérer être délié, en pareil cas, de toute obligation contractuelle tout en conservant le bénéfice du capital constitutif.

Qu'il s'agisse d'une assurance de rente viagère immédiate ou différée, le souscripteur s'expose ensuite, une fois le service de cette rente périodique en cours, au risque de décès prématuré par rapport à l'espérance de vie moyenne sur la base de laquelle l'assureur a calculé les prestations réciproques des parties. Il encourt donc un risque de perte, au regard des prévisions initiales en fonction desquelles le montant du capital constitutif de la rente a été fixé⁵¹. L'assureur, de son côté, y voit une chance de gain, puisqu'il peut ainsi espérer être délié de toute obligation contractuelle plus tôt que prévu, tout en conservant le bénéfice de la partie non consommée du capital constitutif de la rente.

A l'inverse, le souscripteur peut vivre plus longtemps que l'espérance de vie moyenne intégrée par l'assureur dans le calcul de leurs prestations réciproques, ce qui viendrait bouleverser, au détriment de l'assureur et au bénéfice du souscripteur cette fois, l'équilibre initial recherché, sur la base des statistiques, entre leurs engagements respectifs.

⁴⁹ Les modalités de paiement de la prime (prime unique ; primes périodiques nivelées ; versements libres...) sont indifférentes pour l'analyse exposée ci-dessus.

⁵⁰ La circonstance que, dans une opération de ce genre, seul le souscripteur encourt un risque de perte ne saurait occulter le caractère bilatéral de l'aléa, tel que précisé ci-dessus au point 23. Au risque de perte auquel s'expose le souscripteur correspond en effet une chance corrélatrice de gain pour l'assureur. Chacune des parties est ainsi concernée par la chance de gain ou de perte.

⁵¹ Certes, l'insertion d'une clause de réversibilité au profit des proches du souscripteur permet d'atténuer un tel risque de perte. Elle ne l'écarte cependant pas totalement. Les bénéficiaires de cette clause peuvent ainsi être décédés au moment où celle-ci est appelée à jouer. Ils peuvent aussi, à leur tour, vivre moins longtemps que l'espérance de vie moyenne prise en considération par l'assureur dans le cadre de cette clause de réversibilité.

§ 3. L'assurance temporaire en cas de décès

38. Dans l'assurance temporaire en cas de décès (cas, par exemple, de l'assurance solde restant dû garantissant le remboursement d'un emprunt hypothécaire), le souscripteur s'expose au risque de payer des primes en pure perte, s'il survit au terme de la période d'assurance. Un tel risque de perte correspond à une chance de gain pour l'assureur, qui espère n'être tenu à aucune prestation pendant la durée du contrat tout en conservant le bénéfice des primes encaissées. A l'inverse, l'assureur s'expose au risque de prédécès du souscripteur par rapport à l'espérance de vie normale sur laquelle il avait misé pour le calcul du montant de la prime. Il encourt donc lui aussi, dans une telle opération, un risque de perte, qui correspond à une chance de gain pour le souscripteur, lequel - même s'il aspire sans aucun doute à vivre le plus longtemps possible - peut ainsi gratifier le(s) tiers bénéficiaire(s) moyennant un décaissement modeste en comparaison de celui que lui aurait fait supporter l'assureur s'il avait pu présager ce décès prématuré.

§ 4. L'assurance « décès » vie entière

39. L'aléa est également bien présent dans l'assurance « décès » vie entière et cela, en dépit du fait que l'incertitude quant à l'événement générateur de la prestation de l'assureur se ramène en l'espèce à la date précise de sa survenance, et non à cette survenance en tant que telle.

Si le souscripteur s'acquitte chaque année, aussi longtemps qu'il est en vie, d'une prime correspondant au taux de probabilité de décès qu'il encourt, en fonction de son âge, pendant cette année⁵², l'assurance « décès » vie entière s'apparente en réalité à une succession d'assurances temporaires (d'une durée annuelle, en l'occurrence) en cas de décès. Chaque année, souscripteur et assureur s'exposent à une chance de gain ou de perte analogue à celle qui caractérise l'assurance temporaire décès.

Si le souscripteur paie chaque année une prime constante (« prime nivelée »), calculée par l'assureur en fonction de son espérance de vie normale, il s'expose, en cas de longévité supérieure à celle que lui prêtaient les statistiques utilisées par l'assureur, à des décaissements plus longs que prévu et cela, à niveau de garantie « décès » inchangé. Pareille hypothèse engendre un espoir de gain pour l'assureur. A l'inverse, le souscripteur peut ne pas atteindre l'espérance de vie escomptée par l'assureur, ce qui expose ce dernier au versement du capital garanti en contrepartie d'encaissements de primes moins importants que prévu. Bref, comme le résume bien M. Grimaldi⁵³, dans un tel cas de figure, il est certain que les proches du souscripteur recueilleront le capital garanti, mais nul ne connaît le total des primes qui auront dû être déboursées à cette fin.

Si le souscripteur paie, à la conclusion du contrat, une prime unique calculée en fonction de son espérance de vie moyenne, qui le libère de tout paiement ultérieur, il s'expose, selon qu'il vive plus ou moins longtemps que ce qu'indiquaient les tables de référence de l'assureur, à une chance de gain ou de perte. Corrélativement, l'assureur encourt une chance de perte ou de gain.

§ 5. L'assurance mixte « 10/x »

40. Le caractère aléatoire de l'assurance mixte de type « 10/x » est aussi indiscutable. Cette formule d'assurance, en vertu de laquelle l'assureur s'engage à payer, soit un capital donné au bénéficiaire désigné en cas de décès du souscripteur avant le terme fixé par le contrat, soit une fraction ou un multiple de ce capital décès au souscripteur si ce dernier est en vie à l'échéance, n'est en réalité que la juxtaposition d'une assurance temporaire en cas de décès et d'une assurance

⁵² Le montant de cette prime, dite prime « naturelle », croît alors au fil des années.

⁵³ *Op. cit.*, p. 745.

de capital différé en cas de vie sans remboursement de primes (CDSR). Même s'il n'en est généralement pas conscient, le souscripteur conclut donc deux assurances distinctes - qu'il pourrait parfaitement souscrire séparément -, pour lesquelles il paie une double prime : la prime dite « de risque » (ou prime « décès ») constitue le prix de la couverture d'assurance temporaire décès ; la prime dite « d'épargne » (ou prime « vie ») correspond au prix de la couverture d'assurance de capital différé. Il s'ensuit que le souscripteur et l'assureur s'exposent, dans une formule d'assurance de ce genre, aux aléas inhérents à ces deux types de couverture.

En substance, si le souscripteur est en vie au terme du contrat, il aura payé les primes de risque en pure perte. L'assureur aura donc tiré un gain du volet « décès » de l'assurance mixte.

Si, au contraire, le souscripteur décède en cours de contrat, il aura payé les primes d'épargne en pure perte. L'assureur aura donc tiré un gain du volet « vie » de l'assurance mixte. En revanche, si le décès du souscripteur intervient prématurément au regard de l'espérance de vie normale prise en compte par l'assureur, à la formation du contrat, pour le calcul des engagements réciproques liés à la couverture « décès », la survenance du décès bouleversera ces prévisions initiales à l'avantage du souscripteur et au détriment de l'assureur. Le souscripteur y gagnera et l'assureur y perdra, s'agissant du volet « décès » de cette assurance mixte.

§ 6. L'assurance vie/décès à terme fixe

41. L'appréciation du caractère aléatoire de certains produits proposés par les assureurs vie s'avère en revanche plus malaisée.

42. On songe d'abord à l'assurance « vie/décès » à terme fixe, en vertu de laquelle l'assureur s'engage à verser un capital donné à l'échéance convenue au contrat, soit au souscripteur si celui-ci vit toujours à ce moment, soit au bénéficiaire désigné ou aux héritiers du souscripteur dans le cas contraire. Dans ce type d'assurance, pratiquée de longue date dans notre pays, le souscripteur est assuré que l'assureur exécutera la prestation convenue à l'échéance du contrat, soit à son profit, soit au profit du (ou des) bénéficiaire(s) qu'il aurait désigné en cas de décès, soit encore, en l'absence d'une telle désignation bénéficiaire, au profit de ses héritiers. Le contrat perd-il, de ce fait, son caractère aléatoire et, partant, sa qualification d'assurance ?

On l'a dit, ni l'incertitude liée à l'identité du bénéficiaire de la prestation de l'assureur au dénouement du contrat ni la présence d'une clause de rachat dans le contrat ne sauraient, à nos yeux, caractériser l'aléa indispensable à la qualification d'assurance (voir ci-dessus points 15 à 18 et 28)⁵⁴. Il en va de même de l'intérêt économique du souscripteur à une telle opération (voir ci-dessus point 13). La réponse doit donc être cherchée ailleurs.

⁵⁴ Tels sont pourtant deux des éléments sur lesquels s'est fondée, à tort selon nous, la Cour d'appel de Grenoble pour conclure, dans un arrêt du 7 novembre 1995, à la qualification d'assurance vie d'un contrat « Epargne Prévoyance » d'une durée de 15 ans prévoyant le versement d'un capital déterminé à « M. X. en cas de vie ou de décès au terme du contrat » (*R.G.A.T.*, 1996, pp. 167 à 169). Plus curieusement encore, la juridiction grenobloise s'est aussi appuyée, pour conclure à une telle qualification, sur le fait que le contrat prévoyait le versement au souscripteur, s'il venait à être frappé d'une invalidité totale avant l'échéance de ce contrat, d'une rente annuelle revalorisable d'environ 25 000 francs français jusqu'au terme, en franchise de cotisations. L'adjonction de cette garantie particulière - qui, en droit belge, relève du reste de la catégorie des assurances de personnes autres que sur la vie, et non pas de l'assurance vie au sens de l'article 97 de la loi du 25 juin 1992, dans la mesure où sa mise en œuvre ne dépend pas exclusivement de la durée de la vie humaine (elle suppose en plus une invalidité totale du souscripteur) - ne saurait toutefois avoir pour effet de conférer la qualification d'assurance à l'ensemble du contrat dont cette garantie participe. Ainsi, rien ne s'oppose à ce qu'une telle garantie soit annexée à un contrat de capitalisation. Elle ne transformera pas pour autant celui-ci en contrat d'assurance vie.

43. Le caractère aléatoire de l'assurance à terme fixe ne fait, selon nous, aucun doute si le contrat prévoit que le décès du souscripteur avant l'échéance met fin au paiement des primes périodiques, sans que cette dernière circonstance affecte le montant du capital garanti au bénéficiaire au terme contractuel. La perspective du décès prématuré du souscripteur menace, en pareil cas, de bouleverser, au bénéfice de celui-ci et au détriment de l'assureur, l'équilibre théorique défini par ce dernier à la conclusion du contrat sur la base des tables de mortalité.

44. La question est plus délicate si le souscripteur s'est acquitté d'une prime unique à la conclusion du contrat. Selon nous⁵⁵, l'« assurance » à terme fixe n'est rien d'autre que la juxtaposition de deux garanties distinctes : une garantie de capital différé en cas de vie et une garantie temporaire en cas de décès, certes un peu particulière dans la mesure où elle prévoit que le capital décès sera payé, non pas à la date même du décès, mais à l'échéance prévue pour la garantie en cas de vie. La présence d'une clause de rachat ne fera que confirmer, le cas échéant, la double nature de la garantie⁵⁶. Dans ces conditions, de deux choses l'une.

S'il ressort des documents contractuels que la prime unique se décompose, en réalité, en une prime d'épargne (ou prime « vie ») et en une prime de risque (ou prime « décès »)⁵⁷, les parties au contrat sont exposées à une chance de gain ou de perte, dans les mêmes conditions que dans une assurance mixte classique (voir ci-dessus point 40).

Si la prime unique ne comprend aucune prime liée au risque « décès », il faut alors en conclure que la garantie « décès » est gracieusement offerte par l'assureur. Celle-ci ne saurait dès lors être qualifiée de garantie d'assurance au sens de la loi du 25 juin 1992, laquelle suppose le versement d'une prime en échange de l'engagement de l'assureur de couvrir le risque (article 1^{er}, *littera A.*). Le contrat doit donc s'analyser comme une garantie à titre onéreux de capital différé, assortie d'une garantie à titre gratuit en cas de décès, dont on voit mal quelle place elles laissent encore à un quelconque aléa pour les parties. En effet, si le souscripteur est vivant au terme du contrat, il percevra de l'assureur ni plus ni moins que la prestation représentant la contrepartie de la prime d'épargne (prime « vie ») acquittée à la conclusion du contrat. S'il est mort dans l'intervalle, la garantie décès conduira l'assureur à liquider, au terme fixé dans le contrat, cette même contrepartie entre les mains du bénéficiaire désigné ou des héritiers du souscripteur, selon le cas. La gratuité de la garantie décès ne saurait, quant à elle, être considérée comme représentant une source possible de gain pour le souscripteur et de perte pour l'assureur, l'aléa devant en effet nécessairement, on l'a dit, être au centre d'un transfert de risque à titre onéreux entre les parties au contrat⁵⁸.

45. Force est ainsi de constater que l'« assurance » à terme fixe financée par une prime unique dépourvue de prime de risque exclut tout aléa pour les parties. Est-il du reste encore permis de considérer que la prestation de l'assureur dépend, comme l'exigent les articles 1^{er} et 97 de la loi du 25 juin 1992, de la survenance d'un événement incertain lié à la durée de la vie humaine, lorsque, comme en l'espèce, cette prestation est due en tout état de cause à l'échéance fixée dans le contrat, que le souscripteur soit ou non en vie à cette date ? On ne perçoit d'ailleurs plus l'intérêt, pour l'assureur, de recourir à l'usage de tables de mortalité pour des produits de ce genre, dès lors que, étant en toute hypothèse tenu à la même prestation au terme fixé dans le contrat, il n'a plus à

⁵⁵ Voir également en ce sens, C. JAUMAIN, *op. cit.*, p. 309.

⁵⁶ On sait en effet que le rachat est proscrit dans les assurances vie ne comportant qu'une couverture temporaire en cas de décès ou dans celles qui ne comprennent qu'une couverture en cas de vie.

⁵⁷ On rappellera à cet égard que l'article 15, paragraphe 1, sous b), 9°, du règlement général de contrôle impose à l'assureur de fournir au souscripteur, au plus tard à la conclusion du contrat, « les informations sur les primes relatives à chaque garantie, qu'elle soit principale ou complémentaire, lorsque de telles informations s'avèrent appropriées ». Eu égard à l'enjeu sous-jacent, le caractère approprié d'une information sur les composantes éventuelles de la prime unique d'une assurance à terme fixe ne nous paraît faire aucun doute. Certes, la perception de la prime « décès » peut se faire via un prélèvement sur la prime unique avant que cette dernière soit affectée à la constitution de la réserve d'épargne. Des pratiques de ce genre ne dispensent toutefois pas, selon nous, l'assureur d'afficher dans les documents contractuels la double composante de la prime unique afférente au contrat en question.

⁵⁸ En ce sens, J. AULAGNIER, *op. cit.*, p. 48.

s'interroger sur l'espérance de vie du souscripteur. Ainsi que l'a, à juste titre, jugé le Tribunal de grande instance de Paris dans un arrêt du 31 mars 1995, de tels produits s'apparentent à des opérations de pure capitalisation⁵⁹.

§ 7. L'assurance de capital différé en cas de vie avec remboursement des primes

46. Afin de pallier l'inconvénient majeur de l'assurance CDSR, qui, on l'a vu, constitue un véritable pari sur la tête du souscripteur, les assureurs ont d'abord imaginé d'assortir l'assurance de capital différé d'une garantie additionnelle, dénommée « contre-assurance », consistant, en cas de décès du souscripteur, à rembourser au bénéficiaire désigné ou à la succession dudit souscripteur selon le cas, les primes payées par ce dernier de son vivant, le résultat de la capitalisation financière de ces primes restant toutefois acquis à l'assureur. Ce fut l'apparition de l'assurance « CDAR » (assurance de capital différé avec remboursement des primes). En vue d'accroître l'attrait de cette formule, les assureurs ont ensuite conçu d'augmenter la garantie afférente à cette contre-assurance, en majorant le montant des primes remboursées - toujours en exonération des revenus financiers produits par celles-ci - d'un coefficient (ou d'un pourcentage) de revalorisation. Depuis quelques temps, la qualification juridique de ces formules d'assurance est aussi sur la sellette.

47. Si la souscription de la contre-assurance décès donne lieu à la perception d'un supplément de prime (prime de risque ou prime décès)⁶⁰, le caractère aléatoire du contrat d'assurance ne fait, à nos yeux, aucun doute⁶¹. Le souscripteur s'expose en effet au risque de payer en pure perte la prime décès, s'il survit au terme du contrat. L'assureur, de son côté, voit dans cette perspective une chance de gain. A l'inverse, si le souscripteur décède en cours de contrat, ses proches se verront certes rembourser par l'assureur les primes versées, le cas échéant majorées d'un coefficient de revalorisation, mais il ne s'agira là que de la contrepartie de la prime décès versée par le souscripteur à cette fin. La prime d'épargne (ou prime vie)⁶² aura, pour sa part, été payée en pure perte, l'assureur étant en effet libéré, en pareil cas, de son obligation correspondante de payer le capital garanti à la souscription du contrat. A nouveau, le souscripteur encourt, en pareil cas, un risque de perte et l'assureur escompte une chance corrélative de gain.

Dans l'un et l'autre cas (survie du souscripteur au terme ; décès en cours de contrat), il y a donc bel et bien chance de gain ou de perte pour les parties. L'incertitude liée à la durée de vie du souscripteur engendre bien un aléa pour elles.

48. L'appréciation est plus délicate si aucun supplément de prime n'a été réclamé au souscripteur pour la garantie décès. Celle-ci ne saurait être définie comme une garantie d'assurance au sens de l'article 1^{er}, *littera A.*, de la loi du 25 juin 1992, lequel, ainsi qu'on l'a souligné, subordonne une telle qualification au versement d'une prime par le souscripteur en contrepartie de l'engagement de l'assureur de couvrir le risque. Le contrat CDAR doit donc s'analyser, en pareille hypothèse, comme une garantie à titre onéreux de capital différé en cas de vie, assortie d'une garantie à titre gratuit en cas de décès. Si cette dernière garantie ne saurait, faute d'être le cadre d'un transfert de risque à titre onéreux entre les parties, caractériser par elle-même l'élément aléatoire (voir ci-dessus point 44), le contrat considéré dans son ensemble laisse toutefois subsister une part d'aléa pour les parties.

Si la garantie décès consiste à rembourser ni plus ni moins que la prime versée par le souscripteur, ou si la prime remboursée est affectée d'un taux de revalorisation inférieur au taux d'intérêt ou de

⁵⁹ J.C.P., 1995, n° 36191, et note M. VION.

⁶⁰ Fût-ce sous la forme d'un prélèvement opéré sur la prime unique avant son affectation à la constitution de la réserve mathématique d'épargne (voir ci-dessus note en bas de page 57).

⁶¹ En ce sens, l'analyse développée par T. CORFIAS dans ses deux contributions précitées ; voir également F. SAUVAGE, *op. cit.*, pp. 22 et 23.

⁶² Ou les primes d'épargne, si le contrat prévoyait des versements périodiques ou libres.

rendement garanti par le contrat (en d'autres termes, si le capital décès ainsi assuré est inférieur à la réserve mathématique du contrat), le souscripteur s'expose au risque que, en cas de décès prématuré, l'assureur soit délié de toute obligation contractuelle moyennant liquidation d'un montant inférieur à la valeur de son engagement contractuel à l'égard du souscripteur à cet instant, en contrepartie de la prime d'épargne versée par ce dernier (valeur représentée par la réserve mathématique du contrat). La perspective de décès prématuré du souscripteur tournera au détriment de ce dernier et au bénéfice de l'assureur.

A l'inverse, si la garantie décès porte sur le remboursement de la prime, majorée d'un coefficient de revalorisation supérieur au taux d'intérêt ou de rendement garanti dans le contrat⁶³, l'assureur s'expose au risque de devoir s'acquitter, en cas de décès prématuré du souscripteur, d'un montant supérieur à la valeur de la réserve mathématique du contrat. La perspective de décès prématuré du souscripteur menace donc, en pareille hypothèse, de bouleverser, au détriment de l'assureur et au profit du souscripteur, l'équivalence théorique sur la base de laquelle l'assureur a établi son tarif.

Dans l'une et l'autre hypothèse, il subsiste bel et bien une chance de gain ou de perte pour les parties.

49. En conclusion, les contrats CDAR prévoyant, en cas de décès prématuré du souscripteur, le remboursement des primes payées par celui-ci, le cas échéant majorées d'un coefficient de revalorisation inférieur ou supérieur au taux d'intérêt ou de rendement garanti par le contrat, nous paraissent constituer des conventions aléatoires, éligibles à la qualification d'assurance.

§ 8. L'assurance de capital différé en cas de vie avec remboursement de la réserve mathématique

50. Il y a quelques années, sont apparus sur le marché des contrats d'assurance de capital différé en cas de vie, assortis d'une contre-assurance en cas de décès prévoyant, en pareille hypothèse, le remboursement, au bénéficiaire désigné ou aux héritiers du souscripteur, de la réserve mathématique du contrat (ou encore de l'« épargne constituée » ou de la « valeur de rachat du contrat ») ou, ce qui revient en fait au même, des primes payées, majorées d'un coefficient de revalorisation égal au taux d'intérêt ou de rendement garanti par le contrat. On le devine de suite, ce sont précisément les contrats de ce genre qui, dans le débat sur la qualification, suscitent les discussions les plus passionnées. Ainsi qu'on l'a dit, le caractère aléatoire de ce type de contrats ne saurait être déduit, ni de l'incertitude entourant le moment et les circonstances de leur dénouement (voir ci-dessus points 15 à 18), ni de l'existence d'une clause de rachat au profit du souscripteur (voir ci-dessus point 28), ni de leur intérêt économique pour celui-ci (voir ci-dessus point 13). Il convient donc de pousser plus avant l'analyse, pour voir si ces contrats contiennent ou non l'élément d'aléa nécessaire à la qualification d'assurance vie.

51. Selon nous, l'aléa ne fait aucun doute dans ce type de contrats, si la contre-assurance décès donne lieu au paiement d'une prime de risque (prime décès) - celle-ci ferait-elle corps avec la prime d'épargne (prime vie) sous le couvert de la prime unique liquidée à la conclusion du contrat⁶⁴
-⁶⁵.

⁶³ Ou encore, dans les contrats à primes périodiques, si la contre-assurance prévoit le remboursement des primes versées avec un plancher égal à une fraction (la moitié, par exemple) du montant total des primes escomptées sur la durée normale du contrat (voir, sur cette formule particulière, T. CORFIAS, « Capital différé contre-assuré... », *op. cit.*, p. 36).

⁶⁴ Voir ci-dessus note en bas de page 57.

⁶⁵ En ce sens, l'analyse développée par T. CORFIAS dans ses deux contributions précitées ; voir également F. SAUVAGE, *op. cit.*, pp. 22 et 23.

En pareille hypothèse, le souscripteur s'expose d'abord au risque de payer cette prime de risque en pure perte s'il survit au terme du contrat. Pour l'assureur, pareille perspective constitue un espoir de gain.

A l'inverse, si le souscripteur décède avant l'échéance contractuelle, le bénéficiaire désigné ou les héritiers du souscripteur, selon le cas, se verront certes remettre par l'assureur la réserve mathématique du contrat, mais cette prestation ne constituera en réalité que la contrepartie du versement de la prime décès. La prime d'épargne⁶⁶ aura, pour sa part, été versée par le souscripteur en pure perte, l'assureur étant définitivement délié, en pareil cas, de son obligation correspondante de verser le capital garanti à la conclusion du contrat. La perspective de ce cas de figure correspond donc à un risque de perte pour le souscripteur. Elle laisse entrevoir une chance de gain à l'assureur.

Dans l'un et l'autre cas (survie du souscripteur au terme ; décès en cours de contrat), il existe donc bel et bien une chance de gain ou de perte pour les parties. L'incertitude relative à la durée de vie du souscripteur engendre bien un aléa pour elles.

52. Nous sommes, en revanche, d'avis que, si la garantie décès portant sur le remboursement de la réserve mathématique n'engendre aucun supplément de prime pour le souscripteur, le caractère aléatoire du contrat et, partant, sa qualification comme contrat d'assurance vie deviennent difficilement défendables. Ainsi que cela a déjà été relevé (voir ci-dessus point 44), la gratuité de la garantie décès interdit de reconnaître à celle-ci la qualification de garantie d'assurance au sens de l'article 1^{er}, *littera A.*, de la loi du 25 juin 1992. Le contrat en question doit donc s'analyser comme une garantie à titre onéreux de capital différé en cas de vie, assortie d'une garantie à titre gratuit en cas de décès, dont il s'avère qu'elles ne laissent plus la moindre place à l'aléa pour les parties.

En effet, si le souscripteur survit au terme du contrat, il percevra de l'assureur, à ce moment, le montant du capital différé initialement fixé dans ce contrat, ce capital étant la contrepartie de la prime d'épargne qu'il a versée. S'il décède en cours de contrat, le bénéficiaire désigné ou les héritiers du souscripteur, selon le cas, se verront attribuer, par l'effet de la garantie décès, la valeur acquise, au moment du décès, par la réserve mathématique du contrat, soit ni plus ni moins que la valeur représentative, à ce moment, de l'engagement de l'assureur à l'égard du souscripteur en contrepartie de la prime d'épargne versée par ce dernier⁶⁷. Ni le souscripteur ni l'assureur n'assument donc le moindre risque de perte ni ne peuvent espérer la moindre chance de gain. Le souscripteur sait que, quelles que soient les circonstances du dénouement du contrat, lui ou ses proches récupéreront la mise engagée, augmentée des intérêts. L'assureur sait aussi que, en tout état de cause, il sera tenu de verser la valeur de la réserve en cours, et ni plus ni moins que cette valeur. La gratuité de la garantie décès ne saurait, pour sa part, être regardée comme constitutive d'une chance de gain pour le preneur et de perte pour l'assureur (voir ci-dessus point 44).

53. On objectera que l'exigence du caractère onéreux de la garantie décès, plutôt malvenue dans un contexte extrêmement concurrentiel, pourrait être aisément contournée. Il suffirait ainsi à l'assureur d'accorder cette garantie pour une prime symbolique, pour que l'on puisse considérer que le produit intègre un élément d'aléa, à savoir le risque pour le souscripteur de payer cette prime en pure perte au cas où la contre-assurance décès ne serait, en définitive, pas appelée à jouer. On rappellera cependant que la réglementation relative à l'activité d'assurance vie exige que la prime (de risque, en l'occurrence) soit fondée sur des « bases techniques suffisantes pour couvrir les prestations exigibles » (article 22, paragraphe 1, de l'arrêté vie ; voir également la définition, rappelée ci-dessus au point 9, figurant au point 59 de l'annexe 2 de cet arrêté royal). Du reste, il ne saurait légitimement être défendu que le souscripteur auquel il serait réclamé, pour « financer » cette couverture décès, une prime dérisoire, détachée de tout fondement actuariel (taux de

⁶⁶ Ou les primes d'épargne, si le contrat prévoyait des versements périodiques ou libres.

⁶⁷ La déduction éventuelle des frais de gestion du contrat du montant versé au bénéficiaire ou aux héritiers ne saurait raisonnablement être considérée comme une chance de gain ou de perte pour les parties.

mortalité), encourt un risque de perte, correspondant pour l'assureur à une chance de gain, au sens des articles 1104 et 1964 du Code civil.

54. Suffirait-il que l'assureur qui, pour des raisons commerciales évidentes, n'entendrait réclamer aucun supplément de prime pour la contre-assurance décès fixe la prestation assurée en cas de décès à un niveau très légèrement inférieur ou supérieur à celui de la réserve mathématique du contrat⁶⁸, pour qu'il puisse être conclu à la subsistance d'une chance de gain ou de perte pour les parties ?

Nous ne le pensons pas. Même si aucun texte juridique ne quantifie la chance de gain ou de perte propre au contrat aléatoire, il ne saurait raisonnablement être considéré qu'une chance infime de gain ou de perte pour les parties suffise à caractériser l'aléa au sens des articles 1104 et 1964 du Code civil. Comme suggéré dans une précédente contribution⁶⁹, l'on pourrait, sur ce point, utilement s'inspirer de la règle fiscale relative à l'exonération du précompte mobilier pour les bons d'assurance (article 19, paragraphe 1, 3°, du code des impôts sur le revenu). Ainsi, le caractère aléatoire d'une garantie de capital différé avec contre-assurance gratuite serait acquis si le remboursement des primes assuré par cette contre-assurance est affecté d'un coefficient de revalorisation inférieur ou supérieur de 30% au taux d'intérêt ou de rendement garanti par le contrat, en d'autres termes, si la prestation assurée en cas de décès est inférieure ou supérieure de 30% à la réserve mathématique du contrat. Autrement dit, un écart de +/- 30 % pourrait constituer la marge minimale acceptable de risque de perte ou de chance de gain dans une assurance de capital différé avec contre-assurance décès gratuite⁷⁰.

55. Il est parfois affirmé que, par le rachat, le souscripteur peut mobiliser, à sa guise et sans frais (sous réserve d'une pénalité éventuelle), la valeur de la réserve mathématique, de sorte qu'il n'aurait aucun intérêt à payer un supplément de prime pour « contre-assurer » cette valeur en cas de décès.

On rappellera toutefois que l'exercice du rachat est empreint d'incertitude. Il peut ainsi être paralysé par le « veto » du bénéficiaire ayant accepté la désignation faite à son profit (article 114, alinéa 2, de la loi du 25 juin 1992). Au demeurant, le souscripteur peut décéder sans avoir pu, ni même songé à, faire usage de la faculté de rachat. La couverture en cas de décès, financée par une prime de risque, offre donc indéniablement une garantie supplémentaire par rapport au droit de rachat.

56. En conclusion, l'« assurance » de capital différé en cas de vie, assortie d'une contre-« assurance » gratuite de la réserve mathématique en cas de décès, ne nous paraît pas remplir la condition aléatoire nécessaire à la qualification d'assurance vie. Ici aussi, on se demande d'ailleurs quel peut être l'intérêt, pour l'assureur, de recourir à des tables de mortalité pour ce type de contrats, dès lors que celui-ci est, en tout état de cause, certain que, quel que soit le moment du dénouement du contrat, il sera tenu de verser le montant de la réserve en cours, et ni plus ni moins

⁶⁸ Ou encore qu'il prévoit un coefficient de revalorisation des primes versées très légèrement inférieur ou supérieur au taux d'intérêt ou de rendement garanti par le contrat.

⁶⁹ B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 368, n° 37.

⁷⁰ C. JAUMAIN (*op. cit.*, p. 311) affirme qu'imposer au capital décès un écart minimum par rapport à la réserve mathématique reviendrait à éliminer de la pratique l'assurance de capital différé avec contre-assurance de la réserve mathématique, alors que cette assurance répondrait précisément le mieux à l'objectif d'incitation à l'épargne et à la prévoyance individuelles poursuivi par la politique d'avantages fiscaux appliquée en assurance vie. Nous ne le croyons pas. Ainsi que cela sera expliqué plus loin, l'analyse exposée ci-dessus au point 54, et la solution préconisée au terme de celle-ci, amènent uniquement à conclure que l'assurance de capital différé avec contre-assurance *gratuite* de la réserve mathématique du contrat exclut toute chance de perte ou de gain pour les parties, perd donc son caractère aléatoire et peut dès lors difficilement revendiquer la qualification et le statut de l'assurance vie. En revanche, l'assurance de capital différé avec contre-assurance *à titre onéreux* de la réserve mathématique du contrat nous semble, pour des motifs qui vont de suite être expliqués, remplir la condition d'aléa nécessaire à la qualification d'assurance vie.

que ce montant. De tels contrats s'apparentent, eux aussi, à des contrats de pure capitalisation⁷¹

§ 9. Les contrats liés à un ou des fonds d'investissement

57. Les mêmes critères d'analyse doivent, nous semble-t-il, prévaloir à l'égard des contrats liés à un ou des fonds d'investissement, lesquels, ainsi qu'on l'a dit (voir ci-dessus points 23 à 25), ne sauraient prétendre tirer leur qualification d'assurance vie de la circonstance qu'ils comportent un risque financier, intégralement supporté par le preneur ou partagé entre les parties.

Nous envisageons ci-après les principales formules actuellement proposées sur le marché.

58. Le contrat peut ne prévoir aucune garantie en cas de décès du souscripteur pendant la période d'assurance. Dans ce cas, ce dernier spéculer sur sa propre vie. Il encourt un risque de perte, lequel représente pour l'assureur une chance de gain, et cela, dans les mêmes conditions qu'un contrat d'assurance CDSR libellé en francs (voir ci-dessus point 36). Le caractère aléatoire du contrat et, partant, sa qualification d'assurance ne souffrent pas la moindre discussion.

59. Le contrat peut prévoir, en cas de décès prématuré du souscripteur, le remboursement de la (ou des) prime(s) versée(s) par celui-ci, sans coefficient de revalorisation et abstraction faite du résultat de sa (leur) capitalisation financière. En d'autres termes, il garantit au bénéficiaire désigné ou aux héritiers du souscripteur, selon le cas, le remboursement de la « mise » initiale de ce dernier, ni plus ni moins.

Que cette garantie décès soit souscrite à titre onéreux ou à titre gratuit, un tel contrat laisse, en tout état de cause, subsister une chance de perte ou de gain pour les parties, pour les motifs exposés ci-dessus, respectivement, au point 47 et au point 48, premier et deuxième alinéa.

60. Des contrats prévoient, en cas de décès prématuré du souscripteur, le versement d'un capital forfaitaire. Si, à la date du décès, la réserve mathématique du contrat est inférieure à ce capital, elle sera majorée jusqu'à concurrence de celui-ci. Si, à l'inverse, elle est supérieure à ce dernier, le bénéficiaire désigné ou les héritiers du souscripteur, selon le cas, seront crédités du montant de la réserve mathématique.

Si cette couverture décès est souscrite à titre onéreux, le contrat conserve indubitablement un caractère aléatoire, le souscripteur étant exposé au risque de payer en pure perte la prime de risque (prime décès) ou la prime d'épargne (prime vie), selon qu'il survit au terme ou qu'il décède en cours de contrat. Une telle perspective correspond, dans l'un et l'autre cas, à une chance de gain pour l'assureur.

Quand bien même la couverture décès serait gratuite, le contrat comporte toujours, nous semble-t-il, un élément aléatoire. Si le souscripteur décède dans les premières années du contrat, l'assureur

⁷¹ En ce sens, F. SAUVAGE, *op. cit.*, p. 23.

⁷² Contrairement à ce qui ressort d'un arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 7 novembre 1995 (*R.G.A.T.*, 1996, p. 167), l'adjonction d'une garantie additionnelle prévoyant que le montant de la réserve mathématique du contrat sera doublé si le décès du souscripteur est consécutif à un accident, voire triplé, s'il est consécutif à un accident de la circulation, ne saurait en tout état de cause interférer sur la qualification juridique du contrat principal. Une telle garantie - qui, en droit belge, relève de la catégorie des assurances de personnes autres que sur la vie (assurance accident), et non pas de l'assurance vie au sens de l'article 97 de la loi du 25 juin 1992, dans la mesure où sa mise en œuvre ne dépend pas exclusivement de la durée de la vie humaine (elle suppose, en plus, que le décès du souscripteur soit la conséquence d'un accident au sens large ou d'un accident de la route, selon le cas) - peut en effet être adjointe aussi bien à un contrat de capitalisation, d'épargne ou de dépôt bancaire qu'à un contrat d'assurance vie.

s'expose en effet au risque de devoir s'acquitter d'une somme sensiblement supérieure au montant de la réserve mathématique du contrat, qui représente la valeur de son engagement à l'égard du souscripteur à ce moment. Une telle perspective menace donc de bouleverser, au détriment de l'assureur et au bénéfice du souscripteur, l'équilibre théorique recherché entre les engagements respectifs des parties.

61. Des contrats prévoient, en cas de décès prématuré du souscripteur, le remboursement de la valeur acquise, à ce moment, par la réserve mathématique.

Si cette garantie décès a donné lieu à la perception d'un supplément de prime (prime de risque ou prime décès), l'opération envisagée conserve, selon nous, son caractère aléatoire et relève donc de l'assurance vie ; tel n'est pas le cas, nous semble-t-il, dans l'hypothèse inverse (voir ci-dessus points 51 à 54).

62. Des contrats prévoient, en cas de décès prématuré du souscripteur, le remboursement de la réserve mathématique, majorée d'un capital forfaitaire ou affectée d'un coefficient de revalorisation. Certains contrats offrent en outre au souscripteur la possibilité, en cours de contrat, de réduire, voire de supprimer entièrement cette majoration ou revalorisation, afin de lui permettre d'adapter le contrat à ses besoins respectifs d'épargne et de prévoyance, en fonction de l'évolution des circonstances (familiales notamment).

Si cette garantie décès a donné lieu à la perception d'une prime de risque (prime décès), aucun doute n'existe, d'après nous, quant au caractère aléatoire et, donc, à la qualification d'assurance du contrat en question et cela, quelle que soit l'importance de la majoration ou de la revalorisation garantie et quand bien même le souscripteur serait libre, en cours de contrat, de revoir cette majoration ou revalorisation à la baisse, voire de la supprimer intégralement. Le souscripteur s'expose en effet, en tout état de cause, à payer en pure perte la prime de risque ou la prime d'épargne, selon qu'il survit au terme ou qu'il décède en cours de contrat.

Dans le cas contraire, le contrat ne saurait, à nos yeux, revêtir un caractère aléatoire que si la majoration ou la revalorisation en question confère à la prestation de l'assureur en cas de décès un écart suffisant - nous avons suggéré plus haut, pour les contrats en francs, un écart de 30%, en référence à la législation fiscale sur le bon d'assurance⁷³ - pour qu'il puisse être raisonnablement conclu à l'existence d'une chance réelle de gain ou de perte pour les parties. A défaut d'un tel taux de majoration ou de revalorisation, ou si celui-ci venait à tomber, en cours de contrat, en-dessous de la limite suggérée, par suite de la décision du preneur de revoir à la baisse ou de supprimer complètement la revalorisation initialement convenue, on doute que le contrat en question remplisse (encore) la condition d'aléa indispensable à la qualification d'assurance vie.

63. Le contrat peut prévoir, en cas de décès prématuré du souscripteur, le remboursement de la valeur maximale atteinte par le contrat avant son dénouement.

A nouveau, aucune contestation ne peut surgir quant au caractère aléatoire de ce contrat, si cette garantie décès est la contrepartie du versement par le souscripteur d'une prime de risque (prime décès).

Dans le cas contraire, nous sommes d'avis que ce contrat - qui doit alors s'analyser comme une garantie à titre onéreux de capital différé en cas de vie, assortie d'une garantie décès à titre gratuit portant sur le remboursement de la réserve mathématique, elle-même assortie d'une garantie financière à titre gratuit - ne remplit pas la condition d'aléa nécessaire à la qualification d'assurance vie. Si le souscripteur survit au terme du contrat, il percevra de l'assureur la prestation convenue, conformément aux stipulations contractuelles, cette prestation étant la contrepartie de la prime d'épargne qu'il a versée. Si, en revanche, il décède en cours de contrat, le bénéficiaire

⁷³ Voir ci-dessus point 54.

désigné ou les héritiers du souscripteur percevront un montant dont il n'est pas contestable qu'il procède de l'engagement assumé par l'assureur en contrepartie de la prime d'épargne (prime vie) versée par le souscripteur à la conclusion du contrat. Certes, cette somme correspondra à la valeur maximale de cet engagement atteinte en cours de contrat et pourra donc s'avérer supérieure à la valeur dudit engagement au moment du dénouement du contrat consécutif au décès. Mais ce n'est là que la conséquence de la prise en charge, à titre gratuit, par l'assureur du risque financier lié à ce type de produit, risque qui, on l'a dit (voir ci-dessus points 23 à 25), ne saurait caractériser l'aléa au sens des articles 1104 et 1964 du Code civil, à plus forte raison lorsque, comme en l'espèce, il ne se trouve pas au centre d'un transfert économique entre les parties⁷⁴.

64. Enfin, des contrats prévoient que la prestation de l'assureur sera versée en tout état de cause au terme du contrat, au souscripteur si celui-ci est toujours en vie, au bénéficiaire désigné ou aux héritiers du souscripteur, en cas de décès prématuré de ce dernier. Si cette couverture décès a donné lieu à la perception d'une prime de risque (prime décès), le contrat demeure, selon nous, aléatoire et peut revendiquer la qualification d'assurance vie ; tel n'est pas le cas, nous semble-t-il, dans l'hypothèse inverse (voir ci-dessus points 43 à 45).

CONCLUSIONS

65. En réponse aux aspirations nouvelles de leur clientèle, et sous la pression d'une concurrence de plus en plus vive dans le domaine des produits financiers, les compagnies d'assurance vie se sont engagées sur des terrains qui leur étaient jusqu'ici peu familiers : l'épargne et la prévoyance à court et à moyen terme, et la gestion de patrimoine. Ce faisant, elles ont prouvé leur capacité d'adaptation au changement.

Un large consensus se dégage toutefois aujourd'hui pour admettre que cette extension du champ d'activités des assureurs vie emporte dans son sillage un risque de dilution de la nature de l'assurance. Ce risque doit à tout prix être écarté. Il ne saurait être toléré que les assureurs commercialisent des produits « labellisés assurance vie », avec tous les avantages civils et fiscaux qu'un tel label offre, alors que ces produits n'auraient d'assurance vie que le nom. Il y va du bon ordre et de la transparence du marché, de la sécurité juridique des contrats, de la confiance du client et de l'égalité des conditions de concurrence entre opérateurs financiers.

66. Dans cet espace de concurrence, les assureurs vie ne peuvent faire abstraction de leurs spécificités. Ils ne sauraient ainsi oublier que toute couverture de risque est une opération économique, qui doit avoir un prix. Toute garantie d'assurance suppose la perception d'une prime. Il s'agit là d'une condition fondamentale, clairement rappelée dans la définition du contrat d'assurance contenue à l'article 1^{er}, *littera A.*, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre.

Parmi les produits examinés, les seuls qui, à nos yeux, posent problème au regard de la qualification d'assurance vie sont précisément des produits intégrant une garantie décès en franchise de prime de risque. Ceux dans lesquels la contre-assurance décès est accordée à titre onéreux ne suscitent, pour notre part, pas la moindre discussion quant à leur caractère aléatoire et, donc, leur qualification d'assurance.

67. On comprend que, pour des raisons commerciales évidentes, les assureurs entendent proposer au moindre coût des produits alliant performance et sécurité. On comprend qu'il soit délicat de réclamer au client le prix d'un service (la couverture en cas de décès) qu'un produit de

⁷⁴ Du reste, ainsi qu'on l'a déjà souligné à plusieurs reprises (voir ci-dessus point 44), la gratuité des garanties conférées par le contrat en cas de décès du souscripteur ne saurait, pour sa part, être considérée comme constitutive d'une chance de gain ou de perte pour les parties, au sens des articles 1104 et 1964 du Code civil.

capitalisation « offre » gratuitement. Le handicap commercial lié au coût de la garantie décès peut cependant être effacé, nous semble-t-il, moyennant une information appropriée de la clientèle sur l'avantage que procure en contrepartie, en assurance, l'intégration d'un facteur d'escompte viager dans le calcul des engagements respectifs des parties⁷⁵.

Sous l'angle technique, ces deux particularités (coût de la couverture décès et prise en compte d'un facteur d'escompte viager) vont d'ailleurs de pair. Si la prime réclamée au souscripteur doit servir à financer, pour partie, la couverture d'un risque de survie, pour partie la couverture d'un risque de décès prématuré, le contrat s'apparente à une combinaison d'assurance de capital différé en cas de vie, financée par la prime vie, et une assurance temporaire décès à capital croissant ou variable, financée par la prime décès. L'assureur, lorsqu'il établit son tarif, est alors tout naturellement amené à s'interroger sur les chances de survie ou de décès du souscripteur. Le facteur d'escompte viager ainsi pris en compte conduira à une réduction de la prime par rapport au niveau qui eût été le sien si seul un facteur d'actualisation financière avait été appliqué. A l'inverse, si l'assureur n'entend réclamer aucune prime de risque pour la couverture décès et s'il sait que, quelles que soient les circonstances du dénouement du contrat, il sera tenu de verser la valeur de la réserve, et ni plus ni moins que cette valeur, il n'a plus aucune raison de s'interroger sur l'espérance de vie du souscripteur. Le recours à des tables de mortalité ne se justifie donc plus, de sorte que le calcul de la prime n'intégrera pas de facteur d'escompte viager.

Prime décès et usage de tables de mortalité : tels sont en définitive, selon nous, les deux éléments, indissociablement liés, qui démarquent l'assurance de capital différé avec contre-assurance de la réserve mathématique et l'assurance « vie/décès » à terme fixe de l'opération de capitalisation.

Ainsi que le souligne à bon escient J. Kullmann⁷⁶, le consommateur ne doit pas être considéré comme systématiquement insensible ou allergique à toute explication. Les assureurs ne doivent pas hésiter à faire comprendre, sans verser dans une technicité rébarbative, le principe et le fonctionnement d'un contrat d'assurance, ainsi que ses traits distinctifs par rapport à une opération de capitalisation.

68. Ce même souci d'information doit inciter les assureurs à afficher clairement, dans leurs contrats, les prestations assurées et les primes correspondantes. Il y va du respect des exigences réglementaires. Il y va de la transparence du produit. Il peut aussi en aller de sa qualification juridique. Une clause - telle que celle qui figurait dans un contrat d'« assurance retraite investissement » récemment soumis à l'appréciation d'une juridiction française⁷⁷ - prévoyant le versement, en cas de décès du souscripteur, « d'une somme proportionnelle aux primes versées » manque, selon nous, de la clarté suffisante pour permettre de déterminer, en connaissance de cause, la qualification juridique du produit concerné. On ne saurait du reste exclure que des contrats d'assurance vie récemment requalifiés en opérations de capitalisation par certaines juridictions françaises comportaient en réalité, sous l'apparence d'une prime unique, une prime couvrant le risque de décès, dont l'existence a échappé à l'appréciation du juge, faute d'indications suffisantes dans le contrat litigieux.

69. Un effort accru de transparence contribuerait sans aucun doute à dissiper le malaise actuellement éprouvé, par les uns et par les autres, pour appréhender la véritable nature juridique des produits nouveaux proposés par les assureurs. Il serait regrettable de voir se généraliser des raisonnements tels que celui récemment adopté par une juridiction française, qui suggérerait tout bonnement d'attendre le dénouement du contrat avant de décider si celui-ci était un contrat d'épargne ou un contrat d'assurance...

⁷⁵ Dans son article précité (*op. cit.*, p. 52), J. AULAGNIER donne ainsi l'exemple d'une personne âgée de 50 ans qui souhaiterait disposer, à l'âge de 65 ans, d'un capital de 100 000 francs français. Dans le cadre d'un contrat d'assurance de capital différé, cette personne devra verser une prime unique de 55 466 francs français (calculée sur la base d'un taux d'actualisation financière de 3,50 % et de la table de mortalité 88-90), alors que si elle opte pour un contrat de capitalisation pure, la prime unique s'élèvera à 59 689 francs français.

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 210.

⁷⁷ C.A. Toulouse, 24 octobre 1995, *op. cit.*