

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

La nature juridique de l'assurance mutuelle

par
Marcel FONTAINE

Doc. 98/17

*A paraître dans les Actes du Colloque
« L'assurance mutuelle en Belgique »
Bruxelles, 24 et 25 avril 1998.*

CHAPITRE II. LA NATURE JURIDIQUE DE L'ASSURANCE MUTUELLE

par

MARCEL FONTAINE

PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN
PRÉSIDENT DU D.E.S. EN DROIT ET ÉCONOMIE DES ASSURANCES

SECTION PREMIÈRE INTRODUCTION — DÉLIMITATION DU SUJET

1. Les termes « mutuelle » et « mutualité » sont ambigus. Le dictionnaire Larousse fournit de premières définitions : mutuel signifie « *réciproque* », et la mutualité est « *un système de solidarité à base mutuelle* ». Solidarité et réciprocité sont déjà deux éléments intéressants, mais on admettra que ces définitions restent fort imprécises. Le même dictionnaire offre ensuite une autre définition selon laquelle la mutualité est l'« *ensemble des associations de personnes ayant un but social de prévoyance, de solidarité et d'entraide, grâce aux cotisations de leurs adhérents* ». L'idée d'assurance n'est pas explicite. Elle apparaît par contre en évidence dans la définition que donne de la mutualité le dictionnaire Robert : c'est une « *forme de prévoyance volontaire par laquelle les membres d'un groupe s'assurent réciproquement contre certains risques* ».

2. Dans le langage courant, le terme « mutuelle » est souvent utilisé pour désigner les organismes d'assurance soins de santé et indemnités intervenant dans le cadre de la sécurité sociale (cf. la loi du 6 août 1990 relative aux mutualités et aux unions nationales de mutualités et la loi du 14 juillet 1994 relative à l'assurance soins de santé et indemnités). Ce n'est en principe pas de ces organismes qu'il est question dans ce colloque. Tout comme l'expression « assurance sociale » se réfère de manière quelque peu abusive à la notion d'assurance (ce n'est de l'assurance qu'au sens large d'une répartition de certains risques sur une collectivité), les « mutuelles » de la sécurité sociale ne pratiquent pas véritablement l'assurance au même titre que les associations d'assurances mutuelles du secteur de l'assurance privée (en l'absence notamment de tout lien contactuel d'assurance) ¹.

C'est de ces dernières qu'il est question au cours de ce colloque, sans perdre de vue qu'il existe un certain nombre de situations quelque peu hybrides ².

3. Dans le contexte de l'assurance privée, l'assurance mutuelle s'oppose classiquement à l'assurance à primes. La première est un groupement de personnes qui conviennent de mettre en commun un risque auquel elles sont personnellement soumises, afin de se répartir entre elles la charge des sinistres. Dans l'assurance à primes, par contre, une entreprise commerciale conclut une série de contrats individuels avec différentes personnes soumises à un risque déterminé et promet de les indemniser en cas

¹ Cf. notamment notre *Droit des assurances*, Larcier, Bruxelles, 2ème éd., 1996, pp. 43-44.

² Nous faisons notamment allusion au secteur des assurances contre les accidents du travail, qui relève des assurances privées en Belgique tout en étant proche de la Sécurité sociale (à laquelle le secteur est intégré dans d'autres pays).

de sinistre, en échange d'une prime fixe; l'assureur est lui-même étranger au risque; il assume les conséquences d'une insuffisance éventuelle des primes perçues, mais il espère accroître son patrimoine de l'excédent éventuel ³.

L'assurance « à primes » doit son appellation au mode d'exécution de la prestation de l'assuré, qui prend la forme d'un paiement effectué de manière anticipative, avant la prise en charge du risque par l'assureur. Dans l'assurance mutuelle, au contraire, la prestation de chacun des assurés est au départ une « cotisation » payée après chaque sinistre, selon la part contributive de chacun.

4. Les pratiques ont évidemment évolué dans l'assurance mutuelle ⁴. Il est peu commode de réunir les cotisations au cas par cas, et *a posteriori*. Dès que le développement des statistiques a permis d'évaluer à l'avance le montant probable des cotisations, celles-ci ont commencé à être perçues anticipativement. Toutefois, comme le risque d'écart entre les ressources perçues et les décaissements reste au bénéfice ou à la charge des assurés, l'association procède éventuellement à des ristournes du trop-perçu ou à des rappels de cotisations.

L'évolution se poursuit lorsque l'association ne ristourne pas nécessairement ses excédents à la fin de chaque exercice, mais qu'elle en met au moins une partie en réserve, de manière à réduire le risque de devoir procéder un autre exercice à des rappels de cotisations. La situation reste cependant bien différente de celle de l'assurance à primes, puisque ces excédents ne sont en rien destinés à être distribués comme bénéfices à des actionnaires, et que les rappels de cotisations restent possibles si les réserves ainsi constituées s'avèrent insuffisantes.

Une autre étape est franchie lorsque certaines mutuelles limitent le montant maximum des rappels éventuels de cotisations (par exemple, à trois fois la cotisation annuelle). Toutefois, pareille mesure s'accompagne normalement d'une réduction du montant des prestations de l'assureur en cas de sinistre ⁵, ce qui constitue une autre manière de maintenir une différence d'essence avec l'assurance à primes ⁶.

Enfin, certaines associations d'assurance mutuelle en viennent à conclure de véritables contrats d'assurance à primes avec les tiers, ce qui n'est pas sans conséquences juridiques. On en reparlera.

5. Ainsi délimité et situé dans son opposition aux assurances à primes, le phénomène de l'assurance mutuelle connaît une variété de formes dans notre pays, comme M. Willemart a eu l'occasion de le mettre en évidence ⁷. Le « manteau » de l'association

³ Sur cette distinction classique entre assurances à primes et assurances mutuelles, cf. notamment W. VAN EECKHOUT, *Le droit des assurances terrestres*, Bruylant, Bruxelles, 1933, pp. 91-92; P. LALOUX, *Traité des assurances terrestres en droit belge*, Bruylant, Bruxelles, 1944, pp. 34-36; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruylant, Bruxelles, IV, 1965, pp. 7-8; R. DE SMET, *Droit maritime et droit fluvial belges*, Larcier, Bruxelles, II, 1971, pp. 769-771; Y. MIEDZANOGORA, *L'assurance à prime fixe et l'assurance mutuelle*, dans H. DACO, J.F. LECLERCQ et J. LEVY-MORELLE, *Unité et diversité du droit privé*, U.L.B., Faculté de droit, Bruxelles, 1983, pp. 585-623; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Larcier, Bruxelles, 2ème éd., 1996, pp. 13-14, 48-49.

⁴ Sur cette évolution, cf. notamment P. LALOUX, *op. cit.*, p. 36; Y. MIEDZANOGORA, *op. cit.*, pp. 599 et 607; M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 49.

⁵ Cf. R. DE SMET, *op. cit.*, II, p. 771; Y. MIEDZANOGORA, *op. cit.*, p. 607.

⁶ Un exemple de clauses statutaires d'une association d'assurances mutuelles organisant les ristournes et rappels de cotisations est fourni *infra*, n° 50.

⁷ Cf. Y. WILLMART, Chapitre I, *supra*, n° à c.

d'assurance mutuelle recouvre des organismes de différentes catégories, régies par des dispositions légales et réglementaires variées. Compte tenu de cette diversité, les réflexions que nous proposerons sur la nature juridique de l'assurance mutuelle seront d'abord inspirées par l'analyse des formes les plus courantes (Section II); nous aurons toutefois l'occasion de mettre en évidence les étonnantes particularités de certaines manifestations du phénomène mutualiste (Section III).

SECTION II LA NATURE JURIDIQUE DE L'ASSURANCE MUTUELLE

6. Quelle est la nature juridique de l'assurance mutuelle ? La question appelle des réponses sur plusieurs plans.

Le groupement revêt-il la nature d'une société ou d'une association (§ 1) ? Les activités des assurances mutuelles échappent-elles à la sphère de la commercialité (§ 2) ? Comment la fonction d'assurance s'articule-t-elle avec la constitution d'un groupement conscient et délibéré entre les assurés (§ 3) ?

Des réponses à ces questions découlent une série de conséquences quant à l'application à l'assurance mutuelle de diverses règles de droit. Certaines seront déjà évoquées dans le présent rapport, d'autres feront plus loin l'objet de rapports spécifiques : l'application à l'assurance mutuelle des réglementations du contrat d'assurance ⁸, du contrôle des entreprises d'assurances ⁹, des prix, des pratiques du commerce, de la concurrence ¹⁰ et des marchés publics ¹¹.

§ 1. Association ou société ?

7. Le groupement qui pratique l'assurance mutuelle se range-t-il parmi les associations ou parmi les sociétés ? La réponse était facile; elle est devenue moins évidente.

A. Critères de distinction

8. Classiquement, la société se distingue de l'association par le but de lucre que poursuivent les associés dans le premier cas, et non dans le second ¹². D'après le texte originaire de l'article 1832 du Code civil, la société était « *un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter* ». Notre droit ne contient aucune définition générale parallèle de l'association, mais on relèvera que pour la loi du 27 juin 1921,

⁸ Cf. M.A. CRIJNS, Chapitre III, *infra*.

⁹ Cf. J.M. BINON, Chapitre IV, *infra*.

¹⁰ Cf. H. COUSY, Chapitre V, *infra*.

¹¹ Cf. X. LEURQUIN, Chapitre VI, *infra*.

¹² Cf. J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, I, 1ère éd., 1954, n° 328 ; M. COIPEL, Dispositions communes à toutes les formes de sociétés, dans *Rép. Not.*, Larcier, Bruxelles, XII, Droit commercial, Livre II, 1ère partie, 1982, pp. 53-54.

l'association sans but lucratif est « celle qui ne se livre pas à des opérations industrielles et commerciales et qui ne cherche pas à procurer à ses membres un gain matériel »¹³.

Comme les membres d'un groupement d'assurance mutuelle ne cherchent pas à réaliser des bénéfices, disait-on, mais seulement à répartir entre eux la charge de pertes, leur réunion se fait dans le cadre d'une association, non d'une société¹⁴.

9. La notion de « bénéfice » a cependant évolué. On aura remarqué que le terme était employé tel quel et sans qualification dans l'article 1832 originaire du Code civil, alors que la loi du 27 juin 1921 fait allusion à un « gain matériel ». Tel était également le sens d'abord donné au terme « bénéfice » dans l'article 1832. Le bénéfice en cause consiste dans un « avantage matériel qui s'ajoute à la fortune des associés »¹⁵.

Une interprétation plus large de la notion de bénéfice s'est cependant peu à peu dégagée en matière de société, de manière à couvrir non seulement les avantages qui accroissent positivement la fortune, mais également les économies réalisées¹⁶. Cette évolution a trouvé sa consécration dans le nouveau libellé de l'article 1832 du Code civil, tel qu'il résulte de la loi du 13 avril 1995 : la société a dorénavant pour but « .. de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect ... ». La référence aux bénéfices indirects est interprétée comme s'appliquant aux réductions de dépenses et aux économies réalisées^{17 18}.

10. La loi du 13 avril 1995 est même allée plus loin, puisque la modification apportée à l'article 1832 du Code civil prévoit également que dans les cas prévus par la loi, la société pourrait même ne pas avoir pour but de procurer des bénéfices aux associés (« La société ... a pour but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect, à moins que, dans les cas prévus par la loi, l'acte de société n'en dispose autrement ») ! Il s'agit ici d'une véritable révolution, puisque la société n'a plus nécessairement pour but

¹³ Sur cette disposition, cf. M. COIPEL, Le rôle économique des A.S.B.L. au regard du droit des sociétés et de la commercialité, dans C.D.V.A., *Les A.S.B.L., évaluation critique d'un succès*, Gand, Story-Scientia, 1985, pp. 111-122.

¹⁴ Cf. R. HENDRICKX, *Les Caisses communes d'assurances contre les accidents du travail*, Larcier, Bruxelles, 1945, pp. 16-18; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, Diegem, Kluwer, I, 1996, pp. 403-404.

¹⁵ La formule est celle d'un arrêt célèbre de la Cour de cassation de France (Cass. fr., 11 mars 1914, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, Sirey, Paris, 2ème éd., 1976, pp. 177-181; cf. sur cet arrêt, J.C. SCHOLSEM, La notion de bénéfice dans le contrat de société, *Rev. Prat. Soc.*, 1969, pp. 217-221; Y. MIEDZANOGORA, *op. cit.*, pp. 614-622). Sur cette conception du bénéfice, cf. également R. HENDRICKX, *op. cit.*, pp. 16-18; Y. MIEDZANOGORA, *op. cit.*, pp. 611-612; T. TILQUIN et V. SIMONART, *op. cit.*, pp. 285-286, 403-404; J.M. GOLLIER et Ph. MALHERBE, *Les sociétés commerciales*, Larcier, Bruxelles, 1996, p. 17.

¹⁶ Cf. J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, 1ère éd., I, 1954, n° 329 et II, 1957, n° 968; J.C. SCHOLSEM, *op. cit.*, pp. 211-239; M. COIPEL, *op. cit.*, p. 113; A. BENOÎT-MOURY, De quelques modifications fondamentales apportées au droit des sociétés, dans *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1995*, éd. H. BRAECKMANS et E. WYMEERSCH, Anvers, Maklu, 1995, p. 4; T. TILQUIN et V. SIMONART, *op. cit.*, pp. 404-405; A. BENOÎT-MOURY, La création d'une société à finalité sociale. Son impact sur la classification des groupements en droit belge et sur la théorie de la commercialité, *Actual. du droit*, 1997, p. 709.

¹⁷ Cf. T. TILQUIN et V. SIMONART, *op. cit.*, pp. 404-405; J.M. GOLLIER et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, pp. 16-17.

¹⁸ Par ailleurs, le nouveau texte donne pour but à la société de procurer un bénéfice aux associés, en ne faisant plus allusion au partage des gains. Cette modification semble sans incidence (T. TILQUIN et V. SIMONART, *op. cit.*, p. 402); elle est sans doute mieux adaptée à cette conception élargie du bénéfice.

de réaliser des bénéfices. L'innovation est cependant circonscrite aux cas où la loi le prévoit, à savoir, jusqu'ici, aux seules « sociétés à finalité sociale » organisées par les articles 164bis à 164 *quater* des lois sur les sociétés commerciales ¹⁹.

11. Dans ces conditions, la distinction entre association et société est devenue bien difficile. La société n'a plus toujours pour finalité la poursuite de bénéfices; dans les cas — qui restent les plus nombreux — où elle retient cette finalité, la notion de bénéfice est étendue à la réalisation d'économies et à la réduction de dépenses, ce qui paraissait jadis relever du domaine de l'association ^{20 21}. Comme la répartition des pertes aboutit à une réduction de dépenses, l'assurance mutuelle a perdu le critère qui dans le passé, l'excluait clairement du champ des sociétés ²².

B. Conséquences du caractère associatif

12. Société ou association, l'assurance mutuelle présente un caractère associatif à propos duquel deux questions méritent réflexion. En quoi consistent les apports faits par les associés ? Certaines restrictions statutaires rencontrées dans la pratique ne sont-elles pas incompatibles avec les exigences d'un groupement de type associatif ?

1. Apports

13. A première vue, on pourrait dire que ce que les associés d'une mutuelle mettent en commun, ce sont les risques qui les menacent. C'est une façon de parler. Il ne nous paraît pas que les valeurs négatives que sont les risques puissent être considérés comme des apports.

Les apports à une assurance mutuelle consistent à notre avis dans les cotisations que chacun s'engage à payer en vue de contribuer pour sa part à l'indemnisation des sinistres, quelles qu'en soient les modalités (cotisations payées *a posteriori*, à la survenance de chaque sinistre, cotisations provisoires payées au début de chaque exercice, rappels éventuels en cas d'insuffisance des réserves ainsi constituées, etc...). Ce sont ces ressources que les associés mettent en commun en vue de se répartir les pertes frappant certains d'entre eux ²³.

(cotis. = prix ? Cousy)

¹⁹ Cf. à ce sujet A. BENOÎT-MOURY, De quelques modifications fondamentales apportées au droit des sociétés, *op. cit.*, pp. 12-13; T. TILQUIN et V. SIMONART, *op. cit.*, pp. 286-289; J.M. GOLLIER et Ph. MALHERBE, *op. cit.*, pp. 35-46; A. BENOÎT-MOURY, La création d'une société à finalité sociale. Son impact sur la classification des groupements en droit belge et sur la théorie de la commercialité, *op. cit.*, pp. 701-716.

²⁰ La notion de société a également connu une autre modification d'envergure dès 1987, lorsque l'article 1832 C. civ. a été modifié une première fois en vue de permettre les sociétés d'une seule personne. Cette question est étrangère à notre débat.

²¹ La notion de bénéfice revêt par ailleurs une acception propre en droit fiscal : cf. J. MALHERBE, Chapitre ... , *infra*, n° à c.

²² Sur l'incidence fiscale de cette analyse, cf. A. BAILLEUX, Chapitre ..., *infra*, à c.

²³ Sur l'incidence fiscale de cette analyse, cf. A. BAILLEUX, Chapitre ..., *infra*, à c.

2. Restrictions statutaires aux droits sociaux

14. Bien que ces pratiques soient loin d'être généralisées, les statuts de certaines mutuelles contiennent des clauses qui limitent les droits sociaux de certains membres. Parfois, l'accès à l'assemblée générale est limité aux membres qui paient des cotisations dépassant un certain niveau; ce critère peut être combiné avec une condition d'ancienneté. La restriction est souvent tempérée par la possibilité pour les membres de petite importance de se regrouper afin d'être présents à l'assemblée par la voie d'un représentant. Parfois encore, le vote n'est pas égalitaire, mais plural.

15. De telles clauses sont-elles compatibles avec l'esprit d'égalité qui devrait prévaloir dans un groupement associatif ? On sait qu'elles sont interdites dans les A.S.B.L. (loi du 27 juin 1921, art. 6 et 7) ²⁴.

Il n'est pas certain que ces pratiques soient condamnables dans le cadre des associations d'assurance mutuelle. La liberté des conventions continue à jouer un rôle important dans les groupements associatifs non réglementés. Les spécialistes du droit des sociétés sont eux-mêmes assez nuancés quant à la portée de ce principe d'égalité, dont « *la souplesse .. doit souvent céder devant d'autres principe* » ²⁵ Des raisons d'efficacité peuvent justifier l'existence de barrières à l'entrée à l'assemblée générale, à condition de s'accompagner de tempéraments comme la faculté de regroupements. Dans l'avant-projet sur l'assurance mutuelle qu'il avait préparé avant la guerre, le Commissaire royal E. van Dievoet était de cet avis ²⁶. Les statuts de référence que le Fonds des accidents du travail propose aux Caisses communes admettent les deux types de restriction dans les variantes proposées (art. 25) ²⁷.

§ 2. Assurance mutuelle et commercialité

16. Une deuxième question relative à la nature juridique des associations d'assurances mutuelles est de savoir si l'activité de ces groupements revêt un caractère civil ou commercial ²⁸.

La question doit être précisée, car elle comporte plusieurs facettes. Les opérations pratiquées sont-elles des actes de commerce, dans le chef de l'association, dans le chef des associés, dans le chef des tiers qui contractent des contrats d'assurance à primes avec la mutuelle ? La pratique de l'assurance mutuelle confère-t-elle la qualité de commerçant à l'association, aux membres, aux tiers cocontractants ?

17. On sait que des effets différents s'attachent respectivement à la commercialité de l'acte et à celle de la personne. La nature commerciale d'une personne lui impose une

²⁴ Cf. M. KESTEMONT-SOUMERYN, *Vade-mecum des associations sans but lucratif*, 5ème éd., Créadif, Bruxelles, 1996, pp. 73, 77-78.

²⁵ Cf. T. TILQUIN et V. SIMONART, *op. cit.*, pp. 823-829.

²⁶ E. VAN DIEVOET, *L'assurance en Belgique*, II, Anvers, De Sikkels, 1940, pp. 113-114.

²⁷ L'explication a été donnée que "*le principe d'un homme = une voix ... ne correspondait plus à la réalité économique*". Comp. *infra*, n° 58, à propos de situations où les assurés sont exclus des assemblées générales car ils ne se voient pas reconnaître d'office la qualité d'associés.

²⁸ Sur la théorie de la commercialité en général, cf. notamment J. J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, I, 2ème éd., 1976, pp. 15-23, 324-393; T. TILQUIN et V. SIMONART, *op. cit.*, pp. 222-247; A. BENOÎT-MOURY, La commercialité des personnes physiques et des personnes morales, dans C.D.V.A., *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Coll. Scient. Fac. Dr. Liège, 1998, pp. 69-110.

immatriculation au registre du commerce, la rend susceptible d'être déclarée en faillite, la rend justiciable des tribunaux de commerce, lui rend applicables des règles spéciales dans des matières telles que la preuve et la solidarité ²⁹. Le caractère commercial d'un acte produit déjà des effets en soi sur le plan de la compétence ³⁰, sans oublier que ce caractère contribue à établir la commercialité de la personne qui l'accomplit dans le cadre d'une profession (cf. *infra*, n° 25).

18. Les réponses sont malaisées, en raison de la complexité, voire de la confusion de notre système juridique quant aux problèmes en cause. Il est bien établi que notre « théorie » de la commercialité est particulièrement mal construite ³¹.

A. Commercialité de l'acte

1. Dans le chef de l'assureur

19. L'article 2 du Code de commerce inclut « toute entreprise ... d'assurances à primes » parmi les actes réputés de commerce, tandis que la disposition correspondante de l'article 3, relatif au commerce maritime, vise plus largement « toutes assurances ... concernant le commerce de mer ».

Il en résulte que les opérations d'assurances maritimes sont des actes de commerce sans distinguer selon que l'assureur est un assureur à primes ou une association d'assurances mutuelles ³², tandis que seules les entreprises d'assurances à prime ont un caractère commercial en matière terrestre, à l'exclusion de l'assurance mutuelle ³³.

Une association d'assurance mutuelle terrestre n'accomplit donc pas des actes de commerce lorsqu'elle offre des couvertures à ses associés ³⁴.

20. Cette solution simple est cependant remise en cause à propos des contrats d'assurance à primes que certaines associations d'assurances mutuelles souscrivent avec des tiers non associés. De telles assurances à primes sont en principe des actes de commerce, sur base d'une lecture directe de l'article 2 du Code de commerce.

Il en va différemment si la preuve est apportée que les opérations en cause ont été accomplies sans but de lucre. On sait en effet que la Cour de cassation admet que l'énumération de l'article 2 du Code de commerce ne crée qu'une présomption de commercialité, présomption réfragable par la preuve de l'absence de but de lucre est établi ³⁵.

²⁹ Cf. notamment J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, pp. 373-384.

³⁰ Il permet de porter un litige devant le tribunal de commerce, même si le demandeur n'est pas commerçant (à condition que le litige ne soit pas de la compétence générale des juges de paix) (C. Jud., art. 573, 2° al. 2).

³¹ Cf. notamment J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, pp. 15-16, 324-325.

³² Cf. Cass., 16 avril 1953, *Rev. Prat. Soc.*, 1954, 162, R. DE SMET, *Traité théorique et pratique des assurances maritimes*, L.G.D.J., Paris, I, 1959, pp. 45-46; Y. MIEDZANOGORA, *op. cit.*, p. 587.

³³ Cf. J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 358.

³⁴ Comm. Bruges, 4 nov. 1969, *Rev. Gén. Ass. Resp.*, 1970, n° 8407; Arr. Mons, 22 janv. 1971, *Rev. Gén. Ass. Resp.*, 1971, n° 8646; Cass., 9 janv. 1996, *Pas.*, 1996, I, 36.

³⁵ Cass., 19 janv. 1973, *Pas.*, 1973, I, 492, *Rev. Crit. Jur. B.*, 1974, 321, note J. VAN RYN et J. HEENEN. Cf. également à ce sujet G. SCHRAINS, *Levend en herlevend recht rond her winst oogmerk*, *Tijdschr. voor Privaatr.*, 1986, pp. 670-676; T. TILQUIN et V. SIMONART, *op. cit.*, pp. 228-229.

21. Il existe sur ce point une jurisprudence assez importante, dont les décisions publiées présentent la particularité d'être toutes intervenues entre 1968 et 1973. L'enjeu en est la compétence du tribunal de commerce, contestée par des assureurs mutuels dans des litiges relatifs aux assurances à primes qu'ils pratiquent.

Dans une minorité de cas, l'assureur est parvenu à renverser la présomption de commercialité en établissant l'absence de but de lucre. L'argument accueilli par le tribunal consistait dans la possibilité, prévue par les conditions contractuelles, de ristournes en faveur des assurés non adhérents eux-mêmes ³⁶.

Le plus souvent, cependant, le tribunal a rejeté l'argumentation de l'assureur mutuel, et l'opération d'assurance à primes a conservé sa nature commerciale, justifiant la compétence du tribunal de commerce. Certaines décisions se bornent à affirmer la nature commerciale de l'assurance à primes ³⁷. D'autres relèvent que la présomption de commercialité n'est pas renversée ³⁸. D'autres encore explicitent que la possibilité de ristournes à des non-membres ne suffit pas à écarter le but de lucre; encore faut-il établir que ces ristournes sont effectivement pratiquées ³⁹.

2. Dans le chef des membres et des assurés non adhérents

22. En matière terrestre, l'article 2 du Code de commerce, par sa référence à l'« entreprise » d'assurances à primes, ne vise la commercialité de l'acte que dans le chef de l'assureur. En ce qui concerne le preneur, qu'il soit membre de la mutuelle ou tiers non adhérent, la conclusion d'un contrat d'assurance n'est pas un acte de commerce par nature. L'opération, en soi civile, peut néanmoins devenir un acte de commerce par relation si le contrat est conclu par un commerçant et que celui-ci ne peut établir que l'opération a une cause étrangère à son commerce ⁴⁰.

23. Il résulte des principes ci-dessus qu'une opération d'assurance peut revêtir dans certains cas un caractère mixte, acte de commerce pour une partie, acte civil pour l'autre partie.

24. En assurances maritimes, la solution est différente, car l'article 3 du Code de commerce répute commerciales « toutes assurances » concernant le commerce de mer. L'opération constitue donc un acte de commerce par nature dans le chef des deux parties, assuré comme assureur ⁴¹.

³⁶ Bruxelles, 27 février 1968, *Rev. Gén. Ass. Resp.*, 1969, n° 8204; Arr. Mons, 22 janv. 1971, *Rev. Gén. Ass. Resp.*, 1971, n° 8646.

³⁷ Comm. Bruxelles, 2 juin 1970, *Rev. Gén. Ass. Resp.*, 1971, n° 8538.

³⁸ Comm. Mons, 25 mars 1968, *Rev. Gén. Ass. Resp.*, 1969, n° 8163, *Jur. Comm. Belg.*, 1968, 285; Arr. Gand, 6 mars 1972, *Rechtsk. Weekbl.*, 1971-72, col. 1548.

³⁹ Arr. Gand, 18 mars 1972, *Rev. Gén. Ass. Resp.*, 1972, n° 8861; Arr. Audenarde, 18 oct. 1972, *Jur. Comm. Belg.*, 1973, 5; Bruxelles, 6 déc. 1973, *Jur. Comm. Belg.*, 1975, 221.

⁴⁰ Cf. J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, pp. 367-373.

⁴¹ Cf. R. DE SMET, *loc. cit.*

B. Commercialité de la personne

1. Dans le chef de l'assureur

25. Une personne physique acquiert la qualité de commerçant en exerçant des actes réputés commerciaux par la loi dans le cadre d'une profession habituelle, à titre principal ou à titre d'appoint (art. 1er du Code de commerce)⁴². Dans le cas d'une personne morale, la qualité de commerçant est liée au fait que l'objet social (et non l'activité effective) porte sur l'exercice d'actes réputés commerciaux (sur une « activité commerciale », aux termes de l'article 1 al. 2 nouveau des lois coordonnées sur les sociétés), à titre principal ou à titre d'appoint^{43 44 45}.

26. Tout assureur maritime possède donc la qualité de commerçant⁴⁶.

En ce qui concerne les assureurs terrestres, c'est le cas des assureurs à primes, mais non des associations d'assurances mutuelles, puisque leur objet social est de caractère civil.

La solution est confirmée par la loi du 9 juillet 1975 sur le contrôle des entreprises d'assurances, dont l'article 10, lorsqu'il soumet les associations d'assurances mutuelles à certaines dispositions des lois coordonnées sur les sociétés, précise explicitement que ce régime ne porte pas atteinte à leur caractère civil.

La Cour de cassation a récemment rendu un arrêt dans le même sens, affirmant le caractère civil des associations d'assurances mutuelles, le fait que les associés seraient eux-mêmes commerçants n'ayant aucune incidence⁴⁷.

27. Ici encore, la situation se complique lorsqu'une association d'assurances mutuelles se met à pratiquer l'assurance à primes avec des tiers non associés. Pour une personne morale, on l'a dit, la qualité de commerçant est liée à l'exercice d'une activité commerciale, même à titre d'appoint (cf. *supra*, n° 25).

La notion d'activité d'appoint s'avère dès lors cruciale dans ce contexte. Elle doit être distinguée de celle d'activité accessoire, problème souvent agité à propos des A.S.B.L.⁴⁸.

⁴² Cf. J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, pp. 326-328; T. TILQUIN et V. SIMONART, *op. cit.*, pp. 227-228.

⁴³ Le critère de la "profession habituelle" n'a pas de sens pour une société (cf. T. TILQUIN et V. SIMONART, *op. cit.*, p. 238).

⁴⁴ Sur la commercialité des personnes morales, cf. notamment J. VAN RYN et J. HEENEN., *op. cit.*, pp. 340-343; A. BENOÎT-MOURY, De quelques modifications fondamentales apportées au droit des sociétés, *op. cit.*, pp. 16-17; T. TILQUIN et V. SIMONART, *op. cit.*, pp. 237, 239-242.

⁴⁵ On ne confondra pas avec la commercialité par la forme reconnue par l'article 2 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales à certains types de sociétés, dont la conséquence est l'application des dispositions correspondantes de ces lois coordonnées (cf. A. BENOÎT-MOURY, De quelques modifications fondamentales apportées au droit des sociétés, *op. cit.*, p. 16).

⁴⁶ Cf. R. DE SMET, *loc. cit.*

⁴⁷ Cass., 9 janv. 1996, *Pas.*, 1996, I, 36.

⁴⁸ Cf. notamment M. COIPEL, *op. cit.*, pp. 127-129; M. KESTEMONT-SOUMERYN, *op. cit.*, pp. 21-22.

Une activité est accessoire lorsqu'elle constitue un moyen de réaliser l'activité principale (par exemple, l'exploitation d'une piscine par un curé dans le cadre de son activité paroissiale ⁴⁹). Une activité d'appoint est exercée à côté de l'activité principale, en vue d'apporter un complément de ressources, mais sans entretenir de lien particulier avec cette dernière (par exemple, ...) ⁵⁰. L'exercice d'une activité de nature commerciale fait ou non acquérir la qualité de commerçant selon que cette activité est d'appoint ou accessoire.

Pour échapper à la qualité de commerçant, l'association d'assurances mutuelles qui pratique également l'assurance à primes avec des tiers doit établir que cette activité est l'accessoire de la principale, non une activité d'appoint. La preuve risque d'être difficile dans les cas où les opérations d'assurance à primes représentent une part substantielle du chiffre d'affaires ⁵¹.

2. Dans le chef des membres et des assurés non adhérents

28. La conclusion de contrats d'assurance peut revêtir la nature d'actes de commerce dans le chef du preneur (cf. *supra*, n° 23), mais il ne s'agira jamais pour ce dernier d'une activité exercée à titre de profession habituelle. Elle n'a donc aucune incidence sur la qualité de commerçant que le preneur peut par ailleurs posséder en raison de son activité propre.

§ 3. Association et assurance

29. L'expression « association d'assurances mutuelles » révèle les deux facettes de l'institution : c'est un groupement de type associatif (qu'il s'agisse d'une société ou d'une association, comme il en a été question), c'est une forme d'assurance.

Quelle est l'articulation des deux éléments ? Telle est sans doute la question la plus spécifique quant à la nature juridique de l'assurance mutuelle. En cause est la formule courante selon laquelle les adhérents à une assurance mutuelle cumulent dans leur chef les qualités d'assureur et d'assuré ⁵². Est-ce bien vrai ?

Un élément important de la discussion résulte de l'acquisition de la personnalité juridique par les associations d'assurances mutuelles contemporaines. Le débat doit

⁴⁹ Cass., 19 janv. 1973, précité.

⁵⁰ Cf. M. COIPEL, Dispositions communes à toutes les formes de sociétés, *op. cit.*, p. 59; P. VAN OMMELAGHE et X. DIEUX, Examen de jurisprudence (1979-1990). Les sociétés commerciales, *Rev. Crit. Jur. B.*, 1992, pp. 584-585; T. TILQUIN et V. SIMONART, *op. cit.*, pp. 227-228.

⁵¹ Pour un cas où la qualité de commerçant a été retenue dans le chef d'une association d'assurances mutuelles pratiquant l'assurance à primes à titre d'appoint, cf. Arr. Liège, 4 mai 1972, *Rev. Gén. Ass. Resp.*, 1972, n° 8904 (Comm. Mons, 25 mars 1968, précité, évoque la question mais s'abstient de se prononcer).

⁵² Cf. notamment R. MUSCHART, *Commentaire de la loi du 11 juin 1874 sur les assurances*, Bruylant, Bruxelles, 1931, p. 11; P. LALOIX, *op. cit.*, p. 34; J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 7. L'affirmation avait été nettement formulée dans les travaux préparatoires de la loi du 11 juin 1974 : "Dans l'assurance mutuelle... chaque intéressé est à la fois assureur et assuré : comme assuré, il a contre ses cosociétaires, en cas de sinistre, une action en paiement de leur portion contributive; comme assureur, il doit contribuer aux pertes éprouvées par les autres membres qui composent la société. Comme assuré, il a un droit, dont l'obtention est la cause des obligations qu'il contracte comme assureur ..." (Rapport de M. VAN HUMBEEK, dans A. NYSENS et H. DE BAETS, *Commentaire législatif du code de commerce belge*, Larcier, Bruxelles, 1888, II, n° 509).

cependant être éclairé par la prise en considération préalable de la situation dans la mutuelle originaire, simple groupement sans personnalité juridique.

A. Mutualité originaire sans personnalité juridique

30. Dans sa première forme, une mutuelle réunit un ensemble de personnes qui, soumises chacune au même risque, décident de se réunir en vue de répartir entre elles la charge des sinistres qui pourraient frapper certaines d'entre elles. Les chameliers de la Mésopotamie antique avaient, paraît-il, décidé de se répartir ainsi la charge de la perte de leurs bêtes.

Quelle est la nature d'un tel groupement, non encore pourvu de la personnalité juridique ?

1. Groupement associatif

31. En premier lieu, il s'agit d'un groupement de type associatif, certainement d'une association (il ne cherche pas à accroître le patrimoine de ses membres), bien que le groupement réponde également à la nouvelle définition du contrat de société (il tend à réaliser le bénéfice « indirect » que sera la répartition des pertes).

2. Couverture d'assurance

32. L'association a pour activité de répartir entre ses membres la charge des sinistres qui frappent certains d'entre eux. Chaque associé intervient dans l'indemnisation de chaque sinistre subi par un de ses partenaires. D'autre part, chaque associé est indemnisé par les contributions des autres lorsqu'il est lui-même victime de la réalisation d'un risque. Cette activité ressortit à la nature du contrat d'assurance.

Les éléments essentiels de ce contrat sont incontestablement présents. L'association d'assurance mutuelle a pour fonction d'apporter une protection contre la réalisation de risques menaçant des intérêts assurables, à savoir d'événements incertains dont la survenance porterait atteinte au patrimoine de l'associé qui en serait victime ⁵³. Chaque risque fait l'objet d'un transfert sur la tête d'autrui, en échange d'une contrepartie : s'il y a par exemple 100 associés dont les parts contributives sont égales, l'associé n° 1 transfère 99 % du risque qu'il court sur les têtes des 99 autres; en contrepartie, il s'engage à supporter 1 % de tout sinistre qui frapperait l'un de ses associés ⁵⁴.

33. Dans cette hypothèse de la mutuelle originaire à l'état pur, il apparaît bien que les qualités d'assureur et d'assuré sont réunies sur les mêmes têtes. Chaque affilié est assuré dans la mesure où ses partenaires ont promis de l'indemniser en cas de sinistre, et assureur compte tenu de son engagement de contribuer à la couverture des sinistres subis par les autres ⁵⁵.

⁵³ Un groupement constitué pour acheter des billets de loterie ne ressemble en rien à une mutuelle d'assurance, non seulement parce que le but est de réaliser un bénéfice positif, mais aussi parce que l'intérêt d'assurance fait défaut dans une telle opération de jeu.

⁵⁴ Sur ces éléments essentiels du contrat d'assurance, cf. par exemple M. FONTAINE, *op. cit.*, pp. 96-105.

⁵⁵ Un rapprochement s'impose avec le "principe de la double qualité" rencontré dans les sociétés coopératives. Les coopérateurs sont à la fois clients et fournisseurs des services rendus (cf. R. SAINT-ALARY, *Éléments distinctifs de la société coopérative*, *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 1952, pp. 489-493).

3. Conséquences

Cette situation conduit à des conséquences juridiques importantes.

34. a) En premier lieu, on rappellera la question controversée de savoir si la définition du contrat d'assurance doit inclure le recours à la technique des assurances parmi les éléments essentiels du contrat. Plus précisément, ce débat comporte plusieurs facettes, selon que l'on s'interroge sur la qualité de l'assureur (entreprise organisée ?), sur le recours à la statistique ou sur le rassemblement d'une mutualité de risques ⁵⁶. Dans l'assurance mutuelle originaire, dont il est actuellement question, il est certain que la mutualité est un élément essentiel du contrat d'assurance, puisqu'il s'agit par hypothèse de se regrouper — en pleine connaissance de cause — entre personnes soumises au même risque et de s'assurer les uns les autres ⁵⁷. La mutualité est ici consciente. Elle est organisée par les assurés eux-mêmes; elle forme la trame-même des liens contractuels d'assurance.

35. b) Le contrat d'assurance prend ici une physionomie particulière. Au lieu d'être un rapport bilatéral et vertical entre un assureur et un assuré, il s'agit d'une relation bilatérale et horizontale entre personnes jouant alternativement les deux rôles, dans un rapport contractuel où association et assurance sont étroitement imbriquées.

Une analyse plus approfondie du régime applicable à ce type de contrat conduirait sans doute à des réflexions intéressantes, compte tenu de la double qualité.

36. Prenons l'exemple de la déclaration du risque à la conclusion du contrat, « obligation » ⁵⁸ classiquement mise à charge du preneur d'assurance envers l'assureur ⁵⁹.

Toute personne s'affiliant à la mutuelle vient y chercher la couverture d'un risque, qu'elle doit donc décrire conformément aux exigences du droit du contrat d'assurance. Cette obligation est assumée non envers un seul cocontractant, comme dans l'assurance à primes, mais à l'égard de chacun des autres associés, qui vont tous contribuer à la couverture de ce nouveau risque. En cas d'omission ou d'inexactitude, la transposition du régime prévu par la loi du 25 juin 1992 paraît d'emblée susciter maintes difficultés.

Ainsi, en cas de manquement intentionnel, « *le contrat d'assurance est nul* » (art. 6 al. 1). Mais ici, le contrat d'assurance est un contrat multi-partite; la nullité ne devrait concerner que l'affiliation de l'associé indélicat.

⁵⁶ Sur ce débat, cf. M. FONTAINE, *Droit des assurances*, op. cit., pp. 90-95.

⁵⁷ Le recours à la statistique, par contre, s'impose d'autant moins comme élément essentiel que des rappels de cotisations peuvent se pratiquer en cas d'insuffisance des réserves, et que les cotisations peuvent même être perçues *a posteriori*. Quant à l'exigence que l'assureur soit une entreprise organisée, elle n'est pas pertinente dans cette hypothèse de la mutuelle originaire, puisque le rôle d'assureur n'est pas joué par l'association, mais par chaque associé pour sa part (Cf. *ibid.*, p. 95).

⁵⁸ Plus exactement, il s'agit d'une "incombance" (cf. M. FONTAINE, *Obliegenheit*, incombance ?, *Liber Amicorum H. Claassens*, 1998, pp. 151-163).

⁵⁹ Cf. M. FONTAINE, op. cit., pp. 128-138.

En cas de manquement non intentionnel, l'assureur propose une modification du contrat; mais il peut le résilier « *s'il apporte la preuve qu'il n'aurait en aucun cas assuré le risque* » (art. 7 § 1 al. 2 et 3). Sur base de ces textes, chacun des associés à la mutuelle pourrait-il, indépendamment, démontrer qu'il n'aurait pas accepté de contribuer à garantir un tel risque, et résilier en ce qui le concerne la couverture en cause ? La solution paraît impensable, car elle donnerait lieu à des situations où au sein d'une même mutuelle, certains ne seraient pas couverts par certains autres — sans réciprocité !

De telles questions sont représentatives des problèmes particuliers que suscite l'originalité de l'assurance mutuelle à l'état pur.

37. La loi du 25 juin 1992 se dit applicable aux associations d'assurances mutuelles, tout en permettant au Roi, « *afin de tenir compte des particularités de cette forme d'assurances* », de déterminer les dispositions qui ne leur sont pas applicables et les modalités selon lesquelles d'autres dispositions le sont (art. 2 §2). Cette faculté n'a pas encore été exercée, mais il est manifeste qu'elle devrait l'être si la loi devait s'appliquer à des mutuelles de type originaire.

Le problème ne se pose cependant pas en ces termes, car les associations d'assurance mutuelle dont il est question dans la loi du 25 juin 1992 ont la personnalité juridique (art. 11 de la loi du 9 juillet 1975, tel qu'il résulte de l'article 146 de la loi du 25 juin 1992).

B. Mutuelles à personnalité juridique

1. Incidence de la personnalité juridique

38. L'association d'assurance mutuelle qui vient d'être décrite appartient sans doute au passé. L'analyse de sa structure juridique relevait plutôt de l'exercice de style, dont l'intérêt est cependant d'offrir une base de comparaison avec les formes contemporaines de l'assurance mutuelle.

Une mutation profonde est intervenue lorsque l'association a acquis la personnalité juridique.

39. Dans notre pays, cette acquisition a fait l'objet d'un vif débat lors des travaux préparatoires de la loi du 11 juin 1874. A l'époque, seules les sociétés commerciales se voyaient reconnaître une personnalité juridique distincte de celles de leurs associés.

Le projet du gouvernement prévoyait que les sociétés d'assurances mutuelles étaient « *représentées en justice par leurs directeurs* ». La Commission de la Chambre rejeta cette disposition, estimant que pareille exception aux principes généraux ne pouvait être inscrite dans le Code de commerce, mais devait faire l'objet d'une loi spéciale ⁶⁰.

Lors de la discussion en séance plénière, des voix se firent entendre en faveur de la disposition, qualifiée de « *question de vie ou de mort* » pour les assurances mutuelles. La jurisprudence déclarait en effet irrecevables les actions introduites par les dirigeants des mutuelles, plaçant ces associations devant une situation impossible. Ce sont souvent des milliers de membres qui auraient dû agir ensemble comme demandeurs, ou être attirés en justice ensemble comme défendeurs.

⁶⁰ Cf. A. NYSENS et H. DE BAETS, *op. cit.*, II, n° 572.

Un parlementaire favorable à la disposition n'y voyait qu'une dérogation à la règle selon laquelle « *nul ne plaide par procureur* ». Le Ministre défendit la proposition en déclarant qu'elle avait une portée plus large, celle de reconnaître la personnalité juridique à la société d'assurance mutuelle.

Le texte fut finalement adopté ⁶¹, et l'interprétation donnée par le Ministre devait prévaloir ⁶². La loi du 25 juin 1992, on l'a dit, allait confirmer en termes explicites la personnalité juridique ainsi reconnue dès 1874 aux associations d'assurances mutuelles (art. 146, complétant l'article 11 de la loi du 9 juillet 1975) ⁶³ (cf. *supra*, ...).

40. La personnalité juridique a des avantages évidents, mais l'interposition d'une personnalité morale conduit à réexaminer la nature des relations contractuelles au sein d'une association d'assurance mutuelle.

41. Il s'agit toujours d'un ensemble de personnes qui, soumises chacune au même risque, décident de se réunir en vue de répartir entre elles la charge des sinistres qui pourraient frapper certaines d'entre elles. Toutefois, elles confèrent à leur association une personnalité juridique distincte. Des chefs d'entreprise, par exemple, décident de créer une caisse commune personnalisée qui prendra en charge la réparation des accidents de travail survenant chez les associés.

Les éléments « contrat d'association » et « contrat d'assurance » sont présents comme dans la mutualité de type originaire, mais la personnalité juridique conférée à l'association modifie la manière dont ces deux contrats s'articulent, de même que la structure du contrat d'assurance. Reste-t-il vrai de dire que chaque associé est à la fois assureur et assuré ?

Deux situations sont présentes sur le marché belge, qui appellent des analyses distinctes.

2. Contrat d'assurance distinct des statuts

42. Dans le schéma le plus courant, l'association n'octroie pas la couverture d'assurance par ses statuts eux-mêmes, mais par la voie de contrats d'assurance distincts qu'elle fait souscrire à chacun de ses adhérents. Ainsi en témoigne la clause suivante, extraite des statuts d'une association :

« L'association a pour but d'assurer la responsabilité civile pour un montant et dans des conditions déterminées dans une police à conclure avec chacun des associés ».

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Cf. W. VAN EECKHOUT, *op. cit.*, p. 92; J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, IV, 1965, p. 27; Y. MIEDZANOGORA, *op. cit.*, pp. 603-604.

⁶³ L'exposé des motifs du projet de loi explique que l'article 2 de la loi du 11 juin 1874 cessant de s'appliquer aux assurances terrestres, un problème d'interprétation risquait d'apparaître concernant la personnalité juridique des associations d'assurances mutuelles. Le nouveau texte résout le problème (cf. *La nouvelle loi sur le contrat d'assurance terrestre. Travaux préparatoires de la loi du 25 juin 1992 et de la loi modificative du 16 mars 1994*, dir. H. COUSY et G. SCHOOREN, Diegem, Kluwer, 1994, p. 323).

Un avantage apparent de cette formule est qu'elle évite de provoquer une modification des statuts chaque fois que les conditions générales d'assurance sont amendées ⁶⁴.

43. Dans ce contexte, chaque associé transfère le risque qui le menace non pas à chacun des autres associés, mais à l'association personnalisée. C'est envers celle-ci qu'il conclut un contrat d'assurance et c'est cette dernière qui s'engage à l'indemniser en cas de sinistre. L'associé est assuré, mais il n'est pas assureur; l'assureur est l'association d'assurance mutuelle. C'est bien elle qui est agréée par les autorités de contrôle, et non les associés individuellement (la réglementation ne le permettrait de toute façon pas).

44. Certains auteurs ont contesté cette analyse. Ainsi, pour Hémard, les assurés conservent la double qualité malgré la personnalité juridique, car la société, qui prend le rôle d'assureur, « *n'est que l'agent des assurés, elle en est l'émanation* » ⁶⁵. En Belgique, Muschart écrit que l'être moral ne devient assureur qu'« *en droit strict* », et non « *en fait* » : en accordant la personnalité juridique, la loi a seulement voulu simplifier les actions en justice de l'association; cela n'empêcherait pas, selon cet auteur, que les associés restent à la fois assureurs et assurés ⁶⁶. Quant au Commissaire royal Van Dievoet, il déclare, dans l'exposé des motifs de son avant-projet, vouloir « *écarter toute discussion théorique sur (les deux qualités d'assureur et d'assuré) réunies dans une même personne* », et s'inspirer plutôt des enseignements de la pratique ⁶⁷.

Ces quelques considérations ne convainquent pas. C'est bien en droit, et non en fait, que la situation doit être analysée. La personne morale est peut-être l'« *émanation* » de ses membres, mais sur le plan juridique, il est inexact de la décrire comme « *représentant* » ceux-ci. C'est en son propre nom et pour son propre compte que la personne morale contracte avec ses membres. Les effets juridiques des contrats d'assurance liés à la qualité d'assureur se produisent dans son chef, non dans celui des adhérents ⁶⁸.

45. En conséquence, le contrat d'assurance se présente ici de la même manière que dans l'assurance à primes : c'est une convention bilatérale et verticale. Il n'est plus vrai de dire que la mutualité en est un élément essentiel, puisque des relations juridiques d'assurance se nouent entre chaque preneur et l'association, par des contrats individuels distincts les uns des autres. Il y a au moins autant de contrats d'assurance que d'affiliés, alors que dans la mutualité sans personnalité juridique, un seul contrat d'assurance lie l'ensemble des associés.

46. Ceci ne signifie pas que de tels contrats d'assurance ne présentent pas des particularités par rapport aux contrats conclus avec des entreprises d'assurances à primes, et c'est ici que le Roi pourrait exercer les pouvoirs que lui réserve l'article 2 § 2 de la loi du 25 juin 1992. La question sera approfondie dans la rapport de M.A. Crijns ⁶⁹.

⁶⁴ Pour un cas où la modification de conditions d'assurance reprises dans les statuts eux-mêmes a nécessité une modification de ceux-ci par une assemblée générale statuant à la majorité requise, cf. Sent. arb., 4 mars 1946, *Rev. Gén. Ass. Resp.*, 1950, n° 4642.

⁶⁵ Cf. J. HEMARD, *Théorie et pratique des assurances terrestres*, Sirey, Paris, I, 1922, p. 98; II, 1925, p. 16.

⁶⁶ Cf. R. MUSCHART, *op. cit.*, p. 14 .

⁶⁷ Cf. E. VAN DIEVOET, *op. cit.*, II, pp. 99-100.

⁶⁸ Cf. dans le même sens, Y. MIEDZANOGORA, *op. cit.*, p. 604.

⁶⁹ Cf. M.A. CRIJNS, Chapitre III, *infra*.

47. Le fait que chaque affilié s'assure auprès de l'association personnalisée, et non auprès des autres affiliés, modifie évidemment les relations existant entre les contrats d'association et d'assurance. Dans les mutuelles originaires, les deux contrats étaient étroitement imbriqués, car ils liaient les mêmes parties. Tel n'est pas le cas en présence d'une association personnalisée. Le contrat d'association régit les rapports entre associés, dans le cadre de la personne morale qu'ils ont créée. Chaque contrat d'assurance ne régit que les relations entre l'associé concerné et l'association personnalisée.

Toutefois, les deux relations restent étroitement liées, au moins sur deux plans.

48. En premier lieu, l'adhésion à l'association résulte de la conclusion du contrat d'assurance. L'expiration de ce dernier contrat met fin à la qualité d'associé. On ne peut être associé sans être assuré, et vice-versa. La clause suivante, extraite des statuts d'une association d'assurances mutuelles, est typique :

« Les droits et obligations de membre commencent au moment où la police d'assurance prend cours. Ils durent aussi longtemps que l'assurance reste en vigueur au nom du souscripteur et cessent en même temps qu'elle.

La souscription d'une police constitue adhésion aux statuts ».

De leur côté, les conditions générales d'assurance contiennent la clause suivante :

« Lorsque le preneur a la qualité de membre de la société mutuelle, il reconnaît avoir reçu un exemplaire des statuts, il déclare y adhérer sans réserve. Ces statuts forment donc, conjointement avec les conditions générales et les conditions particulières de cette police, la base du contrat d'assurance en ce qui concerne la société mutuelle ».

49. D'autre part, c'est dans les statuts que sont inscrites les dispositions qui marquent l'originalité de la cotisation par rapport à la prime. Alors que les conditions générales d'assurance de certaines mutuelles ne prennent même pas soin d'appeler « cotisation » la prestation due par l'assuré, utilisant des textes identiques pour leurs affiliés et les tiers avec lesquels des assurances à primes sont contractées, les statuts rétablissent la spécificité de l'assurance mutuelle en organisant ristournes et rappels de cotisations.

Voici un exemple de clauses statutaires de ce type :

« Article 29.

1. Après alimentation des réserves, l'excédent du solde créditeur peut être ristourné aux assurés.

2. Cet excédent pourra être réparti sous forme de ristournes entre les assurés en fonction des primes versées et du résultat de chaque police, dans les limites autorisées par la loi. Aucune ristourne n'est allouée sur les primes qui n'étaient pas payées six mois après la clôture de l'exercice auquel elles se rapportent, sauf convention spéciale entre la société et l'assuré.

3. L'assemblée générale fixe le taux des ristournes à effectuer aux membres et, s'il y a lieu, aux assurés particuliers.

4. Sur proposition du conseil d'administration, l'assemblée générale pourra décider que les ristournes seront effectuées d'après les résultats de l'avant-dernier exercice. Dans ce cas, l'excédent du solde créditeur susceptible d'être distribué sera, chaque année, versé au fonds de réserve et les ristournes seront, ultérieurement, imputées sur ce fonds.

Article 30.

1. Le membre qui cesse de faire partie de la Société, pour quelque cause que ce soit, perd tout droit sur l'avoir social. Celui-ci, destiné exclusivement à garantir les engagements de la Société, restera indivisible jusqu'à la liquidation.

2. Il conserve cependant son droit éventuel aux ristournes pour l'exercice au cours duquel il a cessé de faire partie de la Société, ainsi que pour l'exercice antérieur si les ristournes sont distribuées conformément au 4° de l'article 29.

Article 31.

1. En cas de déficit, celui-ci est comblé au moyen de prélèvements sur le fonds de réserve, le fonds de garantie et, éventuellement, les autres réserves libres.

2. Si ces prélèvements ne suffisent pas ou s'il est de l'intérêt de la Société de n'en pas effectuer, le conseil d'administration peut exiger des membres une contribution supplémentaire dont il fixe le montant, sans qu'elle puisse être supérieure à cinq fois le montant de la prime ordinaire. Cette contribution est due pour toutes les polices de membres en vigueur au cours de l'exercice déficitaire. La perte de la qualité de membre n'exonère pas de cette obligation.

3. La contribution supplémentaire est calculée en fonction de la prime annuelle.

4. Il est tenu compte du temps pendant lequel les polices ont été en vigueur au cours de l'exercice envisagé.

5. Sur proposition du conseil d'administration, l'assemblée générale pourra décider la constitution d'une réserve spéciale en vue du remboursement aux membres des contributions supplémentaires. Le membre qui cesse de faire partie de la Société perd définitivement tout droit à ce remboursement, total ou partiel, même s'il s'affilie de nouveau avant que celui-ci soit effectué ».

Le régime des apports est ainsi réparti entre les conditions d'assurance et les dispositions statutaires. Le contrat d'assurance énonce l'obligation de payer la « prime » ou la cotisation, il établit les modalités de paiement et le régime des sanctions en cas de défaillance (en conformité avec les dispositions impératives des articles 13 à 17 de la loi du 25 juin 1992 ⁷⁰); les statuts introduisent les modalités de ristournes et de rappels de cotisations⁷¹. On relève que la cotisation est à la fois la contrepartie de la couverture du risque dans le contrat d'assurance et l'apport dans le contrat d'association, situation qui souligne le lien subsistant entre les deux contrats malgré leur dissociation.

50. Lorsque l'association d'assurance mutuelle ne se borne pas à apporter une couverture à ses affiliés, mais qu'elle propose des contrats d'assurance à primes à des tiers, contrat d'assurance et contrat d'association deviennent cette fois totalement distincts : ces tiers ne sont qu'assurés, sans acquérir la qualité d'associés.

Voici un exemple de clause statutaire permettant la souscription de tels contrats d'assurance à primes :

« Les personnes, entreprises et établissements privés peuvent souscrire à la société des polices d'assurance à prime fixe en ce sens que les dispositions (de l'article des statuts relatif aux rappels de cotisations) ne leur sont pas applicables. Ces personnes, entreprises et établissements n'ont pas la

⁷⁰ Sur ces dispositions, M. FONTAINE, *op. cit.*, pp. 151-154.

⁷¹ Sur ces clauses statutaires, cf. le rapport de M.A. CRIJNS, *infra*, Chapitre III, n° 24-36.

qualité de membre. Leurs droits et obligations, ainsi que ceux de la société à leur égard, sont déterminés par les termes du contrat d'assurance et par les lois et arrêtés régissant la matière ».

On aura remarqué que ce texte n'écarte pas les dispositions relatives aux ristournes éventuelles. Certaines mutuelles consentent en effet des ristournes même aux tiers assurés, facteur de rapprochement avec le régime applicable aux adhérents. Toutefois, l'octroi de ces ristournes est généralement laissé à l'appréciation des organes de l'association, comme en témoigne la disposition statutaire suivante :

« L'assemblée générale fixe le taux des ristournes à effectuer aux membres et, s'il y a lieu, aux assurés non membres ».

Les contrats d'assurance souscrits par les assurés non membres ne font pas nécessairement mention de cette possibilité. S'ils le font, il ne s'agit pas d'un droit pour les tiers, quels que soient les résultats de l'exercice ⁷².

Aucun rappel de « cotisation » n'est demandé à ces tiers assurés à primes et l'octroi de ristournes en leur faveur reste discrétionnaire, à supposer qu'il soit même envisagé. Le statut de ces contrats reste étranger à l'assurance mutuelle, malgré la qualité de l'assureur.

3. Conditions d'assurance intégrées aux statuts

51. Une autre situation est cependant présente sur le marché belge. Une minorité d'associations d'assurances mutuelles se sont refusées à dissocier contrat d'association et contrat d'assurance. Les conditions d'assurance sont inscrites dans les statuts eux-mêmes, traitant ainsi ces conditions comme autant de droits et d'obligations découlant directement de la qualité d'associé.

Dans les statuts d'une telle association, l'affilié est défini comme

« la personne physique ou morale qui conclut le contrat avec la Caisse commune d'assurance et qui participe en tant qu'assuré et assureur aux activités de l'association d'assurance mutuelle ».

Il est stipulé plus loin que

« Chaque affilié reçoit les statuts, formant partie intégrante de la convention et constituant les conditions générales d'assurance ».

Les statuts regroupent effectivement en un seul acte les dispositions régissant respectivement l'association et l'assurance.

52. Cette formule reste fidèle à la structure horizontale du contrat d'assurance mutuelle originale. C'est en devenant associé que l'on devient assuré, non en souscrivant un contrat distinct avec l'association.

53. La personne juridique joue néanmoins un rôle important. C'est elle qui garantit le paiement des indemnités, et non les autres associés; c'est elle qui perçoit les cotisations; c'est elle qui fait et reçoit les déclarations et notifications de toutes sortes liées aux différentes phases du contrat d'assurance (déclaration initiale du risque, déclaration des aggravations du risque, notifications de sinistres, notification de résiliations, etc...).

⁷² On rapprochera ces développements de la jurisprudence évoquée *supra*, au n° 21.

Cela n'a rien d'anormal. Une société personnalisée centralise dans son chef, pour des raisons de commodité évidentes, bien des opérations de la vie sociale (dans une société anonyme, c'est la société elle-même qui paie les dividendes).

54. Il n'empêche que dans cette formule, les membres restent à la fois associés et assurés, comme dans la mutuelle originaire sans personnalité juridique, puisque la couverture d'assurance est intégrée dans la charte sociale ⁷³.

Conséq. ? Cf. Leurquin ?

SECTION III. VARIATION SUR UNE FORME MUTUELLE

55. Dans son rapport introductif, M. Willemart a montré que le phénomène de l'assurance mutuelle se manifestait en Belgique par différents « vecteurs », les Caisses communes contre les accidents du travail, les associations d'assurance mutuelle (au sens étroit), les Fonds de pension ayant adopté la forme mutuelle et les Caisses communes de pensions ⁷⁴. On y ajoutera le Fonds commun de garantie automobile.

L'analyse qui précède, avec les distinctions qu'elle a déjà établies, est en principe applicable aux différentes formes que prend ainsi l'assurance mutuelle dans notre pays. Toutefois, un examen plus attentif révèle un certain nombre de particularités, parfois étonnantes, dont certaines suscitent des interrogations quant à la nature même de mutuelle, ou de mutuelle d'assurance du groupement, malgré la forme adoptée.

A. Mutuelles incognito

56. Nul ne doute que les Caisses communes d'assurances contre les accidents du travail ne soient des associations d'assurances mutuelles, mais elles n'en portent pas le nom. Le législateur les désigne sous la seule expression de « caisses communes » (loi du 10 avril 1971, art. 49). Il en résulte notamment pour leur rendre applicables les différents textes qui concernent les associations d'assurances mutuelles, il faut admettre une synonymie qui ne résulte que des usages.

L'expression est également utilisée à propos des « Caisses communes » de pension.

B. Affiliés souscripteurs et non assurés

57. Dans certains cas, les associés ne sont pas à proprement parler les assurés, mais seulement les souscripteurs des contrats d'assurance. Ainsi, lorsque des employeurs constituent une Caisse commune pour assurer les membres de leur personnel contre les accidents du travail, les assurés sont ces salariés pour le compte desquels les employeurs souscrivent le contrat d'assurance (dans l'analyse à laquelle nous nous rallions selon

⁷³ Il en résulte qu'une modification des conditions d'assurance et soumise aux formalités requises pour modifier les statuts (cf. Sent. arb., 4 mars 1946, précitée, et *supra*, n° 42).

⁷⁴ Cf. Y. WILLEMART, Chapitre I, *supra*, n° à c.

laquelle depuis la loi du 10 avril 1971, l'assurance contre les accidents du travail est devenue une assurance de personnes ⁷⁵.

C. Assurés non associés

58. Il existe des associations d'assurance mutuelle où les qualités d'associé et d'assuré sont très nettement dissociées. Il ne s'agit pas ici de la simple dissociation des contrats d'assurance par rapport aux statuts décrite plus haut (cf. *supra*, n° 43-51), mais d'une distinction de deux catégories de personnes. Les associés souscrivent des parts en vue de constituer un fonds social. Ils se voient reconnaître un droit à de véritables bénéfices, après l'octroi de ristournes éventuelles aux assurés. Ces derniers contractent les polices d'assurance; en tant que tels, ils ne sont pas associés, bien qu'ils puissent le devenir sous certaines conditions.

Une telle structure est pour le moins hybride. Elle paraît envelopper une association d'assurances mutuelles dans une société commerciale.

Dans d'autres cas présents sur le marché belge, les assurés sont nécessairement associés, mais les statuts admettent en outre certaines catégories de membres non assurés. Cette situation ne se confond pas avec celle décrite plus haut (cf. *supra*, n° 51), où des associations d'assurances mutuelles concluent des contrats d'assurance à primes avec des tiers sans conférer à ceux-ci la qualité de membre. Ici, au contraire, la mutuelle compte des membres non assurés, au lieu d'assurés non membres.

De telles anomalies restent sans doute permises tant que fait défaut un statut juridique général des associations d'assurances mutuelles.

D. Associés non assurés, objet social étranger à l'assurance

59. Certains Fonds de pension ayant adopté la forme d'association d'assurances mutuelles (en la préférant à celle de l'A.S.B.L., comme le leur permet l'article 7 § 1, 6° de la loi du 9 juillet 1975) comportent des dispositions statutaires très surprenantes.

Les associés réunissent une délégation de l'entreprise et une délégation du conseil d'entreprise. Ils n'assument aucune obligation personnelle. L'objet social consiste dans la gestion du fonds de pension de l'entreprise.

Il apparaît qu'une telle « association d'assurances mutuelles » ... n'est pas un organisme d'assurance. Elle ne regroupe pas des assurés, mais les gestionnaires d'un fonds. Elle ne pratique pas l'assurance, mais une activité de nature financière. Les droits du personnel en matière de pensions ne sont pas déterminés par les statuts de l'association, mais par le règlement du fonds de pension établi par l'entreprise.

La forme de l'association d'assurance mutuelle est ici utilisée à d'autres fins que l'assurance proprement dite. Il en résulte notamment qu'il n'y a pas matière à appliquer la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre à l'activité des gestionnaires du fonds.

Des formules différentes apparaissent dans les statuts d'autres fonds de pension. On y constate par exemple que les membres du personnel, bénéficiaires des prestations, sont cette fois considérés comme des associés, mais aucune cotisation ne leur est imposée et

⁷⁵ Cf. M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 343.

ils ne se voient reconnaître aucun droit sur le fonds social. Ici encore, c'est le Règlement de pension de l'entreprise qui régit leurs droits et obligations. L'association se borne à octroyer les rentes prévues au Règlement.

De manière significative, la décision de transférer d'une A.S.B.L. à une association d'assurances mutuelles la gestion d'un fonds de pension ne paraît en pratique conduire à aucune modification du Règlement du fonds.

Ici encore, c'est la forme de l'association d'assurances mutuelles qui est empruntée, mais le groupement ne pratique pas l'assurance mutuelle.

60. Le Fonds commun de garantie automobile est constitué sous la forme d'une association d'assurances mutuelles (A.R. du 2 juin 1982).

S'agit-il toutefois d'une véritable mutuelle d'assurances ? Les membres du Fonds sont les assureurs pratiquant l'assurance R.C. véhicules automoteurs en Belgique. Or ces assureurs ne sont pas eux-mêmes soumis aux risques couverts par le Fonds (accidents causés par un véhicule non assuré, par un véhicule non identifié, par un véhicule volé, par un véhicule dont l'assureur est défaillant ⁷⁶, par un cas fortuit exonérant le conducteur). C'est sur le Fonds lui-même que repose l'obligation légale d'intervenir dans ces différents cas ⁷⁷.

Le Fonds n'assure pas ses membres. Les assureurs adhérents financent les activités du Fonds; ils ne se protègent pas contre des risques qui les menacent eux-mêmes.

Ici encore, la forme de l'association d'assurances mutuelles est utilisée à d'autres fins que celles de la mutualité d'assurance véritable. L'avantage de la forme choisie, a-t-on dit, est qu'elle permet de procéder aisément à des rappels de cotisations en cas de besoin ⁷⁸.

On relèvera que le Bureau belge des assureurs automobiles, qui joue dans son domaine un rôle comparable à celui du Fonds commun de garantie automobile, a pris la forme d'une A.S.B.L.

E. Risques catastrophiques : mutuelle de réassurance

61. L'avant-projet de créer une Caisse de réassurance des risques de catastrophes naturelles (CANARA) mérite enfin de retenir l'attention. Il s'agirait également d'une association d'assurance mutuelle, dont les associés seraient les assureurs agréés pour la pratique de l'assurance incendie risques simples, ceux qui seraient tenus d'accorder une

⁷⁶ Même dans ce cas précis, le risque couvert par le Fonds, la défaillance de l'assureur, n'est pas un risque contre lequel l'assureur qui sera un jour en défaut avait cherché à se couvrir en s'affiliant au Fonds.

⁷⁷ Sur le Fonds commun de garantie et ses interventions, cf. notamment cf. J. DE RUYCK, *Le Bureau belge des assureurs automobiles, le Fonds commun de garantie automobile, l'assurance automobile frontière*, Bruylant, Bruxelles, 1979, 430 pp.; J.M. HAUFERLIN, Les nouvelles attributions du Fonds commun de garantie, *Bull. Ass.*, 1982, pp. 487-513; A. PIRE, L'extension de la mission du Fonds commun de garantie automobile, dans *Garanties et réparation des risques de circulation*, J. Barr. Liège, 1985, pp. 5-35; S. VAN TRAPPEN, *Le Fonds commun de garantie automobile*, Larcier, Bruxelles, 1994, 195 pp.; Ph. COLLE, *Bijzondere geregelende verzekeringcontracten in hoofdlijnen*, Maklu, Anvers, 1993, pp. 156-163; U.P.E.A., *Le Fonds commun de garantie automobile*, Les Cahiers de l'assurance, Bruxelles, 1995, 64 pp.

⁷⁸ Cf. U.P.E.A., *Le Fonds commun de garantie automobile*, op. cit., pp. 9-10.

couverture de certaines catastrophes naturelles. Ces assureurs se réassureraient dans le cadre de cette mutuelle.

La différence avec le Fonds commun de garantie automobile apparaît immédiatement. Dans le cas des catastrophes naturelles, les assureurs trouvent dans la mutuelle la couverture, sous la forme d'une réassurance, de risques auxquels ils sont eux-mêmes exposés, étant tenus d'indemniser les sinistres dont seraient victimes les assurés au premier degré. Cette fois, il s'agit d'un usage normal de la forme mutuelle.

Des particularités existent toutefois. L'avant-projet de CANARA ne prévoit ni ristournes ni rappels de cotisations. La garantie de l'Etat rend inutiles les rappels de cotisations; en contrepartie, elle entraîne la renonciation des associés d'éventuelles ristournes.

CONCLUSIONS

62. Quelques traits majeurs se dégagent de cet exposé introductif.

a) L'assurance mutuelle s'oppose classiquement à l'assurance à primes. Une différence fondamentale subsiste malgré les évolutions qu'ont connues les modes de paiement des cotisations dans les mutuelles. L'association d'assurances mutuelles continue à répartir les excédents et les pertes entre les associés assurés, et non entre des tiers actionnaires.

b) L'« association » d'assurances mutuelles reste une association, mais la notion de bénéfice et la définition du contrat de société ont connu de tels développements en droit belge que cette forme d'assurance répond également à la définition de la société.

c) L'association d'assurances mutuelles qui ne pratique que l'assurance mutuelle n'exerce pas une activité commerciale et n'acquiert pas la qualité de commerçant en matière terrestre. Lorsqu'elle s'engage dans la pratique de l'assurance à primes avec les tiers, elle accomplit des actes de commerce (sauf preuve de l'absence de but de lucre), au risque d'acquérir la qualité de commerçant (sauf la preuve qu'il ne s'agit pas d'une activité d'appoint, mais d'un accessoire à l'activité principale d'assurance mutuelle).

d) Les relations entre le rapport associatif et la couverture d'assurance sont variables. Ils sont confondus dans la mutuelle originaire sans personnalité juridique. L'acquisition de cette personnalité modifie les données, spécialement lorsque le contrat d'assurance est dissocié des statuts pour faire l'objet de conventions distinctes entre la mutuelle et chacun de ses membres; les qualités d'assureur et d'assuré ne se confondent plus, malgré le maintien de liens étroits entre celles d'associé et d'assuré. Une situation intermédiaire voit la convention d'assurance inscrite dans les statuts eux-mêmes; malgré la personnalité juridique, cette structure reste proche de la mutualité originaire.

e) Enfin, un examen attentif des multiples manifestations que connaît la forme de l'association d'assurances mutuelles dans notre pays révèle diverses situations insolites, où les bases mêmes de l'assurance mutuelle sont parfois remises en question.

Cette première approche de la nature juridique de l'association d'assurances mutuelles a pour seul but d'introduire les rapports plus spécifiques qui vont suivre. Le phénomène

de l'assurance mutuelle appelle d'autres réflexions plus générales, qui seront formulées dans les conclusions que nous présenterons au terme de ce colloque ⁷⁹.

⁷⁹ Cf. les Conclusions générales, *infra*, ... à c.