Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 81 (1962)

Heft: 2

Artikel: La loi sur le contrat d'assurance doit-elle être revisée?

Autor: Buren, René de

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896022

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 21.08.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

LA LOI SUR LE CONTRAT D'ASSURANCE DOIT-ELLE ÊTRE REVISÉE?

Rapport présenté par

RENÉ de BUREN, Dr en droit et avocat

Sous-directeur de La Genevoise, Compagnie d'assurances sur la vie, Genève

TABLE DES MATIÈRES

Introduction et plan 253
Liste des abréviations 257

CHAPITRE PREMIER:

La LCA considérée dans son caractère de loi spéciale

La situation de fait actuelle dans le domaine de l'assurance . 259
I. La LCA vue par la doctrine et par la jurisprudence . . . 263
II. La LCA vue dans l'optique de l'intention législative fondamentale qu'elle traduit 274
Conclusions 288

CHAPITRE II:

Examen critique du texte de la LCA

Section I: Le choix d'un CA idoine 291
A. Le genre d'assurance 291
B. La couverture du risque 304
Section II: L'intangibilité du CA 314
A. L'obligation de l'assuré à un certain comportement . 316
B. La cessation prématurée du CA 361
1. La résiliation après un dommage partiel (art. 42) . 361
2. L'invalidation du CA en cours de contrat 365
3. Le changement de propriétaire de la chose sous risque (art. 54) 369
Remarques finales 375
Liste des principaux ouvrages consultés 377

Introduction et plan

Introduction

En dépit des changements sociologiques, économiques, politiques, qui se produisent depuis leur promulgation, certaines lois demeurent étonnamment actuelles. Serait-ce le privilège de notre LCA? A constater l'état florissant de l'assurance privée, on n'hésiterait peut-être pas à le penser. Poursuivant, dans un dynamisme sans défaillance, une trajectoire, en plein essor dès le milieu du siècle dernier, l'assurance terrestre atteint, aujourd'hui, des sommets qu'elle dépasse chaque année: son objet est devenu si étendu, elle recouvre si complètement la vie des hommes, qu'aucune forme d'activité ne lui est étrangère et qu'elle n'est étrangère à aucune forme d'activité, a-t-on dit avec raison. La loi n'a, apparemment, pas fait obstacle au développement de l'institution qu'elle régit; elle n'a pas empêché l'expansion des branches d'assurances dans tous les secteurs de la vie économique et sociale, de celles qu'elle règle comme de celles qu'elle mentionne à peine, mais dont l'importance n'a cessé de croître; elle n'a pas interdit, non plus, l'invention de branches nouvelles, de catégories inédites, que des besoins nouveaux réclamaient: elle se serait donc révélée adaptable à des situations nouvelles, résistante à la dévalorisation que le temps et l'évolution font subir, peu ou prou, à toute œuvre législative.

Certes, elle appelle des retouches: une législation plus que cinquantenaire présente toujours des insuffisances et des lacunes. Si l'interprétation habile de son texte, par la doctrine et la jurisprudence alliées, a permis de résoudre avec bonheur plus d'un problème délicat que le législateur n'avait ni envisagé ni même prévu, combien d'autres, au sujet desquels

la doctrine se montre divisée, la jurisprudence, hésitante: une «mise à jour» serait utile et désirable, qui entérine les solutions qu'une communis opinio admet, qui étaye des situations solidement établies et fixe des usances et pratiques généralisées, en marge de la loi. Cependant rajeunir et compléter un texte légal, ce n'est pas encore le reviser. Une revision, si l'on ne s'abuse pas sur les mots, suppose et exige une remise en cause des idées directrices qui ont jadis inspiré sa réglementation. Aussi sous les termes: «la LCA doit-elle être revisée?», avons-nous compris cette question: «est-il indispensable d'aménager cette loi à nouveau et dans quel sens?» Malgré sa manifeste souplesse – preuve qu'un grand esprit l'a conçue et qu'un législateur sagace l'a élaborée – notre LCA peut et doit donner lieu aujourd'hui à une telle interrogation: son objet est une institution de la vie économique, d'un domaine en perpétuelle mouvance, en constante évolution. Or, elle porte la date de 1908. Mais 1908, ce n'est pas le siècle dans lequel nous vivons, ce n'en est même pas l'aube: c'est toujours encore le siècle passé. Ce sont donc les idées, les conceptions, les modes de penser et de sentir du XIX^{e} siècle qui s'y expriment. Or, au cours de ces dernières décennies, les techniques ont si radicalement modifié le style de vie et changé les optiques, que le début de ce siècle se projette à une époque extraordinairement reculée. Ne convient-il donc pas de repenser cette loi dont l'objet est une institution de nature économique, essentiellement, de la confronter aux exigences d'un réel nouveau? C'est ce à quoi le présent rapport vise à inciter: nous l'avons rédigé dans cet esprit.

On n'y trouvera donc pas l'inventaire consciencieux des questions particulières qui demandent des précisions, absentes de la loi, ni l'énoncé des amendements souhaitables, mais seulement l'esquisse d'une réflexion critique sur la réglementation légale, supposée être celle d'un projet actuel de LCA.

Nous disposions d'un nombre de pages restreint: nous ne pouvions songer à faire le tour de notre vaste sujet. Nous nous sommes borné à évoquer quelques questions concrètes, à

propos desquelles nous avons cherché à établir la mesure de l'adéquation du texte de la loi, à ce que nous croyons connaître des réalités de l'assurance moderne et des besoins que celle-ci doit satisfaire. Nous avons tenté plus de montrer que de démontrer: c'est pourquoi nos notes et références remplacent souvent les développements d'une argumentation que nous avons réduite à l'essentiel. Si nous avons tranché dans le vif de débats doctrinaux, nous nous sommes abstenu autant que possible d'entrer dans la controverse: notre propos n'exigeait pas que nous scrutions les questions sur le terrain du droit positif. Notre réflexion nous a conduit à suggérer des réglementations nouvelles ou autrement aménagées: le souci de ne point demeurer sur le seul plan des considérations générales nous a incité, parfois, à en formuler les dispositions mêmes, qu'à notre avis, elles devraient comporter; nous espérons que l'inconvénient d'avoir ainsi, peut-être, débordé le cadre de ce travail, sera contre-balancé par l'avantage d'offrir des propositions concrètes à la discussion que ce rapport a pour objectif de susciter et d'amorcer.

Plan

1. Dans notre *chapitre premier*, nous considérons notre LCA dans son caractère de loi spéciale. Après avoir constaté la situation de fait existante dans les relations d'affaires entre assureur et assuré, nous avons regardé la loi dans l'optique de la doctrine qui l'explicite et de la jurisprudence qui l'applique, puis dans celle du spécialiste de la technique d'assurance: de l'assureur; il nous a paru que ni l'une ni l'autre de ces vues ne pouvait donner raison suffisante du caractère particulier de la loi.

Nous avons alors cherché à dégager l'intention législative fondamentale – donc permanente – que la loi traduit: nous avons été ainsi amené à voir dans la LCA, essentiellement, une loi destinée à promouvoir l'assurance, reconnue d'intérêt public par le législateur, et à comprendre sa réglementation

comme un *règlement* impératif, à l'adresse de l'assureur et du juge. Nous avons terminé par quelques conclusions sur l'aire d'application de la loi, évoquant, sans la fouiller, une question d'actualité: celle de la frontière à tirer entre l'assurance privée et l'assurance dite sociale.

2. Dans notre *chapitre second*, nous tentons de nous rendre compte si notre LCA est, aujourd'hui encore, apte à satisfaire les vœux légitimes du futur assuré. Sous le chef de deux rubriques – le choix du CA idoine et l'intangibilité du CA – nous y avons confronté aux dimensions de cette exigence, la division légale des genres d'assurances, les prescriptions sur la couverture du risque et les clauses de déchéance, des cas de fin prématurée du CA. Faute de place, nous avons amputé la section I d'un troisième paragraphe: «la destination du bénéfice du CA», et la section II de deux paragraphes: «le paiement de la prime» et «le règlement des sinistres», dont nous avons, dans des notes, condensé la matière ou simplement rappelé les questions qui s'y rattachent.

3. Pour la même raison, nous n'avons pas formulé des conclusions de quelque ampleur. Nos «remarques finales» expriment ce qui nous paraît se dégager à l'évidence de notre exposé: sauf pour l'assurance-vie, notre LCA, actuellement, est une loi sur l'assurance, ce n'est plus *la* loi de l'assurance. D'où notre conviction que sa revision – au sens pleinier du terme – s'impose, nécessaire et urgente: nous nous en expliquons très brièvement.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

ATF	=	Arrêt du Tribunal fédéral
BFA	=	Bureau fédéral des assurances
BGH	=	Bundesgerichtshof (de l'Allemagne de l'Ouest)
Bulletin	=	Bulletin d'informations hebdomadaires de l'U.P.E.A. (Union professionnelle des entreprises d'assurances belges et étrangères opérant en Belgique), Bruxelles
CA	=	Contrat d'assurance
CC	=	Code civil (CCF = code civil français; CCI = code civil italien du 16 mars 1942; CCS = code civil suisse)
CO	=	Code fédéral des obligations
JT	=	Journal des Tribunaux, Lausanne
LCA	=	Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908
LCA all.	=	LCA allemande du 30 mai 1908
LCA fr.	=	LCA française du 13 juillet 1930
LCA suédoise	=	LCA du 8 avril 1927, selon texte allemand dans «Heft 46 (avril 1930) der Veröffentlichungen des deutschen Vereins für Versicherungswissenschaft», Berlin
LF	=	Loi fédérale
LFC	=	Loi fédérale du 4 février 1919 sur les cautionnements des sociétés d'assurances
LS	=	Loi fédérale du 25 juin 1885 concernant la surveillance des entreprises privées en matière d'assurance
Message	=	Message du 2 février 1904 du Conseil fédéral à l'assemblée fédérale sur le projet d'une LCA
OFAS	=	Office fédéral des assurances sociales
RBA	=	Arrêts de tribunaux civils suisses dans des contestations de droit privé en matière d'assurance (édité par le BFA)
R.C.	=	Responsabilité civile
RO	=	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
RSA	=	Revue suisse des assurances
SJZ	=	Schweizerische Juristenzeitung

TC	=	Tribunal cantonal
TF	=	Tribunal fédéral
VN	=	Versicherungsnehmer
VV	=	Versicherungsvertrag
VVG	=	Versicherungsvertragsgesetz
VR	=	Versicherungsrecht
VwA	=	Versicherungswissenschaftliches Archiv
ZbJV	=	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZVW	=	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft

CHAPITRE PREMIER

LA L.C.A. CONSIDÉRÉE DANS SON CARACTÈRE DE LOI SPÉCIALE

La situation de fait actuelle dans le domaine de l'assurance

> «Les cercles intéressés ont un besoin urgent que le droit d'assurance soit réglé par la loi. La *loi seule* en réglant les droits et les obligations des parties contractantes ... augmente la confiance du public dans l'institution d'assurance; elle favorise ainsi le développement de l'assurance, et le particulier qui a besoin de sécurité, comme aussi les établissements d'assurance et la prospérité publique, sont donc intéressés à la codification. Elle procure à l'assuré la sécurité d'esprit et la sécurité matérielle; elle fournit à l'assureur un puissant appui moral.»[1]

C'est en ces termes, qu'il y a 60 ans, notre législateur justifiait ses raisons d'intervenir dans le domaine de l'assurance privée. Depuis lors, l'assurance terrestre s'est généralisée dans toutes les couches de la population: de nos jours, en Suisse et dans les régions prospères des pays d'Occident, le nombre des assurés[2] coïncide pratiquement avec le nombre des personnes adultes.

On devrait pouvoir en conclure que l'objectif que notre législateur assignait à la LCA a été atteint; croire, à l'instar du législateur suédois[3], que l'assurance ne fait plus mystère

---

[1] Message, p. 9.

[2] Nous employons ce terme, pour plus de commodité, dans le sens de «preneur d'assurance», ce qui est d'usage dans la doctrine de langue française. Le message en fait de même.

[3] Exposé des motifs ad § 1.

pour personne[4]; penser que s'il est vrai que plaintes et doléances viennent de la seule ignorance[5], les nombreuses récriminations de jadis ont cessé; qu'actuellement l'assureur et son client s'abordent et traitent entre eux dans un climat de compréhension réciproque, que les différends trouvent pour les trancher, à la satisfaction des intéressés raisonnables, des juges au courant des particularités des affaires d'assurance, et qui en décident selon des principes adéquats, reconnus de tous, de fermes opinions de doctrine et les précédents, solidement fondés, d'une jurisprudence constante.

1. L'expérience de tous les jours dévoile un état de choses bien différent.

a) Les «consommateurs de l'assurance»[6], les assurés, s'ils témoignent à l'assureur une confiance évidente, lui adressent néanmoins, étrange paradoxe, des critiques acerbes, auxquelles ils ne mettent généralement aucune sourdine. Qui n'a entendu – et ne s'y est même associé une fois ou l'autre – les verdicts sommaires et les accusations outrancières qui tombent journellement sur l'assureur?[7] Sont-ce griefs d'esprits bornés, préjugés d'idéologues qu'égarent des convictions partisanes? Que non pas. Des intelligences déliées, des personnes averties des affaires, les partagent et, le plus souvent, leur bonne foi semble hors de doute[8].

b) De leur côté, les assureurs, s'ils se plaignaient aussi haut que leurs clients, se répandraient en doléances également acri-

---

[4] Certains auteurs le croient aussi, tel NUSSBAUMER qui écrit: Wenn von «Versicherung» als einer Erscheinung des Wirtschaftslebens gesprochen wird, weiß wohl jedermann, um was es sich handelt» (op. cit. p. 1).

[5] Message, p. 9.

[6] Selon l'expression imagée de MANES.

[7] Les mécontents en veulent à la «richesse» de l'assureur, à ses conditions d'assurance, au règlement des sinistres, à l'activité des agents.

[8] Preuve que l'état d'esprit qui régnait au XIX[e] siècle, n'a pas changé: ce qu'en dit BALZAC dans «L'illustre Gaudissart», roman paru en 1832, est toujours d'actualité.

monieuses. Ils diraient que si personne n'est odieusement trompé par l'assurance, il arrive que l'assureur lui, le soit: prétentions injustifiées ou exagérées, déclarations inexactes, retards inexcusables, enrichissements illégitimes, menaces inconsidérées de procès, etc., leurs dossiers regorgent de ces cas d'abus et d'autres semblables; il semble que pour les assurés, l'assureur ne soit là que pour payer[9].

Généralement l'assureur n'insiste pas sur ses droits; souvent, il satisfait même des exigences qu'il estime injustes[10]. Il répugne à s'engager ou à se laisser entraîner dans une procédure litigieuse, par crainte de ternir son renom et par souci de ne pas discréditer l'assurance. Pour une autre raison aussi qu'il tait, mais qui n'en est pas moins réelle[11]: l'assureur se défie du juge, non qu'il en suspecte la conscience professionnelle ou l'honnêteté intellectuelle – nos tribunaux, alors même que le jeu politique n'est pas toujours étranger à la nomination des juges, sont à cet égard au-dessus de tout soupçon – mais parce qu'en l'état de la jurisprudence, il ne peut supputer par avance, avec quelque vraisemblance, l'issue probable d'un procès.

2. Il est indéniable que nos tribunaux ont une propension marquée à penser que l'assureur plaide pour de sordides intérêts d'argent, qu'il tente volontiers de frustrer l'assuré – de qui il a pourtant reçu des primes – de la prestation stipulée; on décèle, dans leurs arrêts, une manifeste indulgence envers l'assuré[12]; l'axiome «in dubio contra assecuratorem» – le «doute» étant saisi dans un sens très extensif – guide notre

---

[9] «Le public croit que les sociétés ne sont plus qu'une pure organisation d'indemnisation plutôt qu'une source de protection contre des risques» constate l'auteur d'un éditorial dans «The Weckly Underwriter» du 18.11.1961 (cité dans Bulletin N° 51 [23.12.1961] p. 774).

[10] Max Keller: «Ein halbes Jahrhundert VVG» dans RSA 1958/59 N° 1, p. 15.

[11] Max Keller, ibid. p. 15.

[12] Un récent arrêt (du 18.6.1957) du T.C. des Grisons (RBA XI N° 9) nous paraît significatif de cet esprit.

jurisprudence[13]; la conviction y domine que l'assuré est la partie «faible» qu'il faut, en principe, «protéger» contre la prépondérance de force et de situation de l'assureur, à telle enseigne que l'on a pu écrire que «das Versicherungsrecht geht gewissermassen von einer standardisierten Unterlegenheit des Versicherungsnehmers aus»[14]. Pour nos juges, l'assuré bénéficie et doit bénéficier du préjugé de faveur: si elles le peuvent faire, sans violer ouvertement une prescription formelle de la loi ou couvrir un abus indubitable ou un comportement cynique, les cours se prononcent volontiers contre l'assureur, ce que l'on ne constate dans aucun autre domaine du droit[15].

* * *

Ces faits sont significatifs d'un état de droit insatisfaisant: quoiqu'explicitée depuis plus d'un demi-siècle, la LCA n'a pas dissipé les malentendus ni supprimé les occasions de disputes; elle n'a pas fondé une sécurité de droit, garantie par une jurisprudence qui emporte l'adhésion générale[16]. Ce constat pose, à qui scrute sa valeur de loi spéciale, une question, en même temps qu'un problème: pourquoi la LCA n'a-t-elle pas atteint son but?

Parce que public et jurisprudence, doctrine et assureurs, divergent d'opinion sur le genre de caractère spécial qu'il convient de lui reconnaître.

---

[13] H. Gaugler: «In dubio contra assecuratorem» dans RSA 1955/56 N° 1 p. 1 et sv.; N° 2 p. 33 et sv.; N° 3 p. 80/81.

[14] Hainard, op. cit. p. 126.

[15] Max Keller, ibid. p. 17.

[16] Sans nier, pour autant, que de cet état de choses, dont on s'accommode, en pratique, avec résignation, l'assureur ne soit, en partie, responsable. (Voir: E. Bosshardt: «Einige Gedanken über die Versicherung» dans RSA 1953/54 N° 8 p. 284 et sv.; P. Brechtbühl: «Lebensversicherung und Publikum» dans RSA 1954/55 N° 5 p. 12 et sv.; R. Egli: «Versicherungs-Geschäftsberichte und Öffentlichkeit» dans RSA 1958/59 N° 8 p. 241 et sv.)

I. La LCA vue par la doctrine et par la jurisprudence

1. Remémorons-nous la réalité de fait, au sein de laquelle le besoin et l'exigence d'une LCA se firent sentir. Nous sommes dans la seconde moitié du XIXe siècle: l'assurance terrestre, née voici 100 ans à peine, se développe rapidement dans tous les domaines. Apanage de puissantes sociétés qui l'exploitent avec un dynamisme qu'aucune contrainte étatique ne freine, qu'aucune frontière n'arrête, qu'aucune loi ne discipline encore, elle accroît d'année en année le nombre de ses clients, elle élargit les espaces et les milieux où elle s'affaire.

Dans un jeu dialectique que l'on observe aussi dans d'autres secteurs – la banque, les transports, par exemple – elle stimule puissamment l'expansion du commerce et de l'industrie et active le développement de l'épargne privée dans le même temps qu'elle est à son tour fortement stimulée par cette expansion et cette épargne mêmes, dont elle constitue, à la fois, l'assise et le moyen. Par la diversité des besoins qu'il lui est demandé de satisfaire, comme par la variété des risques qu'il lui est assigné de couvrir, l'assurance terrestre s'affirme comme une institution autonome, certes, mais selon un mode d'exister qui apparemment ne la différencie pas de l'assurance maritime. Comme celle-ci, elle est pratiquée par un assureur-commerçant, pour qui elle est une «affaire» et qui se soucie d'en tirer un profit personnel; elle se traite sous la forme d'un contrat individuel que l'assureur passe avec qui lui agrée; elle soumet l'assuré à des conditions d'assurance préétablies.

Aussi les tribunaux[17] voient-ils dans le CA terrestre un contrat de même caractère que le CA maritime: l'accord in-

---

[17] Nos tribunaux suisses, tout autant que les tribunaux des Etats maritimes: on sait l'influence que la jurisprudence de ces Etats – en particulier celle de la France et de l'Allemagne – a eue sur les décisions de nos tribunaux, à cette époque. Dans sa thèse: «Essai sur la nature et les effets de la clause bénéficiaire», Lausanne, 1959, M. E.

dividuel et individualisé, par «consentement mutuel» de parties, également intéressées aux prestations qu'elles conviennent, est singulièrement un «bonae et uberrimae fidei contractus»[18].

Cependant, le CA maritime se conclut entre partenaires également rompus aux affaires qu'ils traitent, également familiers des règles selon lesquelles ils conviennent des modalités de leur contrat; l'assureur terrestre, lui, entretient commerce, à peu d'exceptions près, avec des personnes ignorantes des affaires d'assurance, dans l'incapacité donc, sinon dans l'impossibilité, de se reconnaître dans les conditions auxquelles elles doivent souscrire, d'en comprendre le sens et d'en mesurer la portée, encore moins de les comparer, avec pertinence, à celles des assureurs concurrents[19]. C'est pourquoi le critère de la bonne foi suprême conduit les juges à décider «en équité», dans le CA terrestre, afin de «protéger» la partie faible, pour laquelle ils prennent volontiers parti, allant même jusqu'à recourir «à des règles d'interprétation exceptionnelles dans le domaine des obligations» et à se refuser «à appliquer d'une manière rigoureuse certaines conditions d'assurances»[20].

Conception individualiste du CA; conviction que l'assuré doit être protégé devant la prépondérance de l'assureur, voilà ce qui domine les esprits. Et lorsqu'on demandera une LCA, c'est essentiellement une loi de protection de l'assuré que l'on réclamera[21].

Meyer le signale et le prouve à propos de la question particulière qu'il traite; il relève (p. 83/84) l'influence décisive que la jurisprudence française a eue sur les codifications du droit des assurances.

[18] C'est vrai du CA maritime, mais ne saurait être accepté – comme le fait très souvent encore la doctrine – pour le CA terrestre, dans lequel les rapports entre parties sont tout autres.

[19] Message, p. 13.

[20] Message, p. 11.

[21] Le message s'en fait l'écho (p. 9, 21). C'est d'ailleurs, l'opinion générale en tous pays, à cette époque (voir p. ex. H. Capitant: Comparaison du projet de loi français sur le CA avec les projets allemand et suisse, Paris, 1906), opinion toujours vivace, de nos

C'est dans ce sentiment que la LCA est attendue; c'est dans cette optique qu'elle sera reçue et comprise d'emblée, puis explicitée et appliquée.

2. Or, la loi même ne contient aucun texte explicite qui s'inscrive en faux contre le courant traditionnel d'idées et d'opinions sur le CA.

Manifestement elle réglemente un rapport contractuel individuel; apparemment elle ne pose pas des normes spécifiques, inconnues du droit commun; au contraire, elle y renvoie même expressément [22]. Certes, le CA – on le reconnaît [23] – est un contrat sui generis, mais cette qualification ne le situe pas hors ou en marge du droit commun [24].

Assurément sa réglementation comporte-t-elle un nombre relativement élevé de prescriptions absolument impératives, ce qui n'est pas usuel en matière de contrats; mais il n'y a là rien d'anormal: le législateur restreint souvent la liberté des parties, singulièrement dans le domaine économique, quand celle-ci engendre facilement, si elle n'est pas freinée, abus et injustices [25]. Aussi les prescriptions impératives de la LCA se justifient-elles aisément, là même où des problèmes de technique d'assurance sont en cause [26] par des exigences d'éthique ou de l'ordre public [27], dont une liberté inconsidérée des parties pourrait ne pas tenir compte.

Pour la doctrine [28] qui la commente, comme pour la

---

jours encore (voir Alkis Argyriadis: «Zur Reform des griechischen Binnen- und Seeversicherungsrechts» dans VwA 1957 p. 129 et sv.).

[22] Art. 100 LCA (voir Roelli/Jaeger III N 1 ad art. 100 p. 484).

[23] Koenig, op. cit. p. 30.

[24] Koenig, op. cit. p. 31; H. Möller dans Heft 3 p. 126 du «Versicherungswirtschaftliches Studienwerk», Wiesbaden; Waleffe I N° 26 et sv. p. 78 et sv.; p. ex.

[25] K. Oftinger «Vertragsfreiheit» p. 318.

[26] Hainard, op. cit. p. 57.

[27] Koenig, op. cit. p. 20.

[28] Koenig, p. 26 et sv.; p. 37 et 38; Guhl, op. cit. p. 473; Roelli/Jaeger IV N 64 p. 106/107.

jurisprudence[29] qui l'applique, la LCA est la réglementation d'un contrat nommé du droit commun, un chapitre de la partie spéciale du C.O. Dès lors, la vêture «contrat» de l'affaire d'assurance prend figure de facteur essentiel qui en détermine la qualification juridique, dans le même temps que la loi frappe, moins par les dérogations au droit commun qu'elle contient, que par le nombre élevé de ses dispositions qui «ne peuvent être modifiées par convention au détriment de l'assuré»[30].

Ce fait, qui la colore d'un jour particulier, prend un relief grossissant au regard de qui l'étudie; il passe au tout premier plan et y demeure avec d'autant plus de persistance qu'il éveille des résonances complices chez tous: qui n'a pas eu à «défendre» ses droits à l'égard d'un assureur ou ne connaît quelqu'un qui n'ait dû le faire? qui ne sait ou ne croit savoir que ce sont «les abus» des assureurs que, par la LCA, le législateur a entendu combattre et empêcher de se perpétuer? Tel ou tel texte de la loi, lu dans ce sentiment, en accentue la force[31].

Tout naturellement, et dans une conviction tant du cœur que de l'intelligence, c'est le but de protection de l'assuré que l'on discerne dans la loi et qui prend valeur de critère pour manier le texte légal, fixer le sens des conditions générales d'assurance, apprécier, en droit et en équité, le «mérite» des intérêts opposés des parties, mesurer les exigences à poser au comportement de chacune d'elles, l'une envers l'autre. Ne nous étonnons donc pas qu'aujourd'hui, comme hier, le sentiment général du public – dont font partie les juges aussi – soit à l'égard de l'assureur, parfois hostile, souvent réservé, presque toujours réticent: celui contre lequel il est nécessaire

---

[29] RBA X N° 88 p. ex.

[30] Art. 98 LCA.

[31] En part. l'art. 98 al. 2 et l'art. 101 al. 1 chif. 1: dans les deux cas, outre leur caractère international marqué, ne s'agit-il pas d'assurances conclues par des personnes avisées en affaires et à même de traiter sur un pied d'égalité avec l'assureur?

d'être spécialement protégé par une loi, apparaît naturellement suspect.

3. Même si des assureurs se sont livrés jadis à des abus, il paraît invraisemblable que le législateur ait voulu, principalement, promulguer une loi «protégeant» l'assuré. Le domaine de l'assurance n'est pas le seul où, face à des institutions investies, en fait, d'un monopole, «les individus isolés ne peuvent se soustraire à leur pression»[32]. Et pourtant, le législateur n'a pas songé à «protéger» par une loi spéciale le client d'une banque ou d'une entreprise de transports, par exemple. Ne serait-ce pas plutôt la nature particulière du CA, qui fonde le caractère spécial de la LCA? «A cause de ses particularités qui ont leur source dans une union spéciale d'éléments techniques et d'éléments économiques, il est nécessaire que l'opération d'assurance soit consolidée par la loi. Peu de gens comprennent l'essence de l'assurance et sa fonction. C'est à cela qu'il faut faire remonter une série de plaintes qu'on entend couramment et qui ne sont réellement pas fondées»[33].

A. Ce n'est donc pas en raison de la puissance écrasante de l'assureur – et dont celui-ci serait enclin à abuser –, mais pour garantir un fonctionnement correct de l'assurance – afin de mettre fin à des récriminations injustifiées – que le législateur a limité la liberté des conventions et élaboré une loi conforme aux bases techniques sur lesquelles repose l'assurance, car ces bases commandent «impérieusement» certains arrangements indépendants des appréciations individuelles: la LCA concrétise et prescrit les mesures dérivant de la technique d'assurance; elle doit être comprise et appliquée selon ce que cette technique demande. Voilà la conception qu'un fort courant de pensée défend et qui, s'alimentant de thèses chères à la doctrine allemande, fonde des postulats qu'il pré-

---

[32] Message, p. 10.

[33] Message, p. 9.

sente aux assurés et aux juges comme autant d'exigences à satisfaire[34].

a) Le principe de l'équivalence exacte entre la prime et le risque assuré domine l'assurance, affirme-t-on[35]. C'est pourquoi celle-ci est structurée selon «les classes de risques homogènes ou tout au moins similaires», en lesquelles l'assureur répartit les affaires qu'il conclut[36]. Ainsi il peut opérer une réelle compensation des risques, délimiter exactement la couverture de risque dont il convient et l'accorder, à chacun, au juste prix, en même temps qu'au coût le plus bas[37].

b) «Le sens de toute opération d'assurance est de répartir sur tous les assurés les conséquences pécuniaires des risques auxquels ils sont tous exposés, mais qui ne frappent effectivement que quelques-uns d'entre eux»[38] («ou même tous, mais à une cadence déterminée: assurances sur la vie»[39]). L'assurance est donc nécessairement mutualité[40]: chaque assuré est solidaire de tous les coassurés de la même classe de risques; il est membre solidaire d'une «communauté», dont l'assureur est le gérant «responsable»[41].

c) En conséquence:

aa) Les prescriptions de la loi et les conditions d'assurance de l'assureur – qui les complètent et avec lesquelles, participant à leur nature impersonnelle et abstraite, elles consti-

---

[34] H. Herzog: «Zur Auslegung der Versicherungsverträge» dans ZVW 1937 p.1 et sv. et les auteurs qu'il cite; Prölss, op. cit. p.20 et sv., e.a.

[35] Bogs: «Zur Rechtsnatur der Versorgungseinrichtungen freier Berufe» dans Festgabe für J. Krohn, p.41; Mahr, op. cit. p.137.

[36] Mahr, op. cit. p.188.

[37] Hedinger, op. cit. p.27/28; p.50 et sv.

[38] L.G. Du Pasquier, op. cit. p.80.

[39] F. Sohr: Préface à op. cit. de Waleffe I p.9.

[40] O. Stein, op. cit. p.18; F. Sohr, ibid. I p.9.

[41] H. Gaubler, op. cit. p.6/7; Steinlin, op. cit. p.4 et sv.; Rohrbeck, op. cit. p.59/60; W. Kisch: «Versicherung und Gemeinschaftsgedanke» dans KVR.

tuent le droit du CA – doivent être interprétées «objectivement», en considération des seuls principes techniques que tant les unes que les autres explicitent[42], et donc: dans un sens restrictif, lorsqu'il s'agit de baliser l'étendue de la couverture d'assurance; avec rigueur et sans aucun «sentimentalisme»[43], lorsqu'il faut apprécier le comportement de l'assuré.

bb) Dans un désaccord entre assureur et assuré, le juge n'est pas appelé à mettre en balance les intérêts du faible et ceux du fort, mais à décider si tel assuré qui s'oppose à une décision de l'assureur mérite ou non d'être pris en charge par la communauté dans laquelle il est entré. Le principe de la bonne foi veut que l'intérêt général de la «communauté des assurés» prime l'intérêt particulier de chaque assuré[44]. Le «doute» ne doit pas forcément profiter à ce dernier: on ne peut le concéder que là où le litige a trait à la portée d'un accord particulier avec un assuré déterminé[45].

B. Cette thèse semble obtenir aujourd'hui meilleure audience qu'hier[46]. Le Tribunal suprême de l'Allemagne de l'Ouest (le Bundesgerichtshof) l'aurait faite sienne[47]. Si elle met en relief des faits qui devraient être signifiants pour le droit, sa conception de la LCA et les postulats qu'elle en infère, sont, à notre avis, inacceptables.

a) Le législateur n'a certes pas omis de tenir compte des éléments techniques de l'assurance. Mais dire que sa loi vise à confirmer les «exigences» qui en dériveraient, c'est absolu-

---

[42] Prölss, op. cit. p. 21.

[43] M. Keller, art. cit. p. 17.

[44] Rohrbeck, op. cit. p. 41/42; H. Möller: «Versicherung und Treu und Glauben» dans KVR p. 38 et sv.

[45] Prölss, op. cit. p. 12 et sv.

[46] En Allemagne, tout au moins. Voir Starke: «50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht» Vol. 3 p. 61 et sv.

[47] Haidinger: «Grundfragen des Versicherungsrechts in der Rechtsprechung des BGH» dans Festgabe für E. Prölss; Prölss, op. cit. p. 13/14.

tiser la technique d'assurance et affirmer, implicitement du moins:

aa) Que la technique contraint le droit. Et cela est inadmissible. La technique peut, tout au plus, limiter l'étendue des exigences du droit – qui ne saurait lui demander ce qu'elle serait hors d'état ou sans moyens de réaliser –, mais c'est le droit seul qui détermine, selon ses normes propres, ce qu'elle doit ou ne doit pas faire[48].

bb) Qu'il existe des exigences techniques qu'il faille retenir comme «les» exigences de la technique d'assurance. Et cela est faux. Chaque assureur a ses exigences techniques, qui ne sont pas nécessairement celles des autres assureurs. La technique d'assurance résoud un problème de compensation des risques et de répartition des charges: c'est un problème de calcul, dont les données – statistiques, taux d'intérêt, chargements pour frais, constitution de réserves, etc... – sont choisies par l'assureur entre plusieurs, également acceptables. Comment le législateur aurait-il pu baser sa réglementation sur des exigences techniques variables? En réalité, ce que cette thèse «technique» veut faire admettre, c'est que les assurés d'un assureur donné, sont «régis» – qu'ils le veuillent ou pas – par les conditions de cet assureur, telles que ce dernier les entend. Non: les conditions d'assurance obligent l'assuré, telles que celui-ci les comprend ou devrait normalement les comprendre, car ce sont les conditions de *son* CA. La question que, dès lors, le juge a à se poser est celle-ci: l'assuré a-t-il, et dans quelle mesure, rempli ces conditions à *satisfaction de droit* – et non à satisfaction de la conception personnelle que l'assureur se fait des exigences de la technique qu'il manie.

cc) D'ailleurs, la technique d'assurance est bien plus souple qu'on ne le dit. Pratiquement elle peut tout[49] et elle s'accommode de toutes les façons de compenser les risques. Rien,

---

[48] Hainard, p. 57.

[49] A. Donati, op. cit. II N° 307 p. 130/131.

techniquement, n'exige que cette compensation se fasse absolument à l'intérieur d'une «classe de risques»; en fait, elle s'opère également dans le cadre de la branche dont un risque relève[50] et même dans un ensemble de branches similaires ou parentes. Vouloir compartimenter l'assurance en «classes de risques homogènes», c'est, à la limite, en nier l'essence même: l'assurance ne peut avoir le maximum d'efficacité qu'en tendant au maximum à l'universalité; elle repose, par sa nature, sur la compensation des risques les plus nombreux et les plus divers. Ce à quoi tend d'ailleurs son évolution[51].

dd) Le mode de procéder de l'assureur ne concerne que lui: il ne saurait soumettre l'assuré à la servitude d'un comportement rigoureux ni imposer au législateur et au juge la charge de garantir le triomphe d'une mathématique parfaite. La technique doit être au service de l'homme vivant, dont elle a à satisfaire les besoins: c'est là, au regard du droit, sa seule justification.

Un assemblage en «classes de risques» est un procédé technique[52], non une essence juridique[53]. Un rapport de droit s'exprime adéquatement par les prestations qui en constituent l'objet, non par des facteurs qui lui sont extrinsèques[54]. Quelle que soit la prestation que l'on reconnaît être celle de l'assureur[55], c'est chaque fois une obligation per-

---

[50] P. ex. dans les assurances collectives.

[51] H. Dorn, op. cit. p.54; R. Schmidt, Gedanken, p.252.

[52] Knaack, op. cit. p.19.

[53] Wollner, op. cit. p.27.

[54] A. Donati, op. cit. II N° 250, p.17.

[55] Rappelons que deux théories s'affrontent à ce sujet: celle de la prestation patrimoniale de l'assureur (Geldleistungstheorie), qui est celle de Koenig (op. cit. p.26, p.81 et sv.) et de la doctrine des pays latins (Picard & Besson, op. cit. I N° 104 p.201; A. Donati, op. cit. II N° 258 p.38) et de la Belgique (van Eeckhout, op. cit. N° 59 p.68; Laloux, op. cit. N° 31 p.29) et celle de la prise en charge du risque assuré par l'assureur (Gefahrstragungstheorie), en honneur dans la doctrine allemande (Bruck, op. cit. p.367, et les auteurs que A. Donati cite: op. cit. II P.29 note 82) et en Suisse (Roelli/Jaeger IV N 64 p.106; Kury, op. cit. p.76).

sonnelle que celui-ci prend à l'égard d'un assuré déterminé: la relation juridique d'assurance est et reste toujours une relation individuelle, bilatérale, autonome[56]; ce n'est pas un lien collectif.

b) L'assurance est une institution de groupe[57]: personne ne le nie[58]. Mais le fait qu'elle repose obligatoirement sur une base collective[59] ne la rend pas créatrice de communautés vivantes. Ce que la sociologie nomme «mutualité» – la seule entité que le droit saisisse et qualifie – est un groupe, organisé et hiérarchisé de personnes, que réunit volontairement la poursuite d'un but commun, qui agissent de concert en vue de ce but et qui, dès lors, se sentent solidaires entre elles et, chacune, responsable du sort de leur association[60]. Comment un assuré pourrait-il éprouver de tels sentiments envers les inconnus que sont pour lui les autres assurés de son assureur? Celui-ci ne le consulte d'aucune manière; il agit seul, décide de tout, à son gré, sans le concours de l'assuré, sans lui rendre compte des mesures qu'il arrête. Est-il, dès lors, raisonnable de lui demander l'attitude et le comportement d'un membre responsable d'une «mutualité»[61]? Cette attitude, ce comportement, il ne les a pas: c'est pure fiction que de les lui supposer; et il ne peut les avoir: c'est manquer de réalisme

---

[56] A. Donati, op. cit. II N° 450 p. 365.

[57] Laloux, op. cit. N° 25 p. 25; A. Donati, op. cit. I N° 5 p. 12.

[58] Les auteurs qui le nient, tel F. Helpenstein («Theorie der Versicherung: Privat- und Sozialversicherung», tirage à part du Versicherungsarchiv», Vienne, 1930) sont très rares (voir Nussbaumer, op. cit. p. 17 note 6).

[59] G. Lobscheid, op. cit. p. 11; H. Junani: «Über eine neue Theorie der Versicherung» dans VwA 1957 p. 201.

[60] Knaack, op. cit. p. 20 et les auteurs qu'il cite; Nussbaumer, op. cit. p. 75 note 74.

[61] Nous ne comprenons pas que l'on affirme une «Solidarität der Schicksalsgemeinschaft» (Steinlin, op. cit. p. 4) sans, au moins, proposer – comme le fait logiquement Rohrbeck (op. cit. p. 148 et sv.) – la constitution d'assemblées régionales d'assurés qui nommeraient des délégués chargés de collaborer à la conduite de l'entreprise de l'assureur et à l'élaboration des conditions d'assurance.

que de se l'imaginer. L'on ne voit d'ailleurs pas quelles conséquences particulières engendrerait cette «mutualité» mythique, dont on veut faire une réalité subsistante. Pourquoi devrait-on se montrer plus sévère envers un assuré, lorsqu'on le considère face à une «mutualité» dont il ne sait rien et sur laquelle il n'a aucune prise, que lorsqu'on le situe face à l'assureur, avec lequel il a traité et se trouve en relation directe?

On se réfère à la jurisprudence allemande – dernière manière; on la cite en exemple[62]. Mais cette jurisprudence n'est pas unanimement admise[63]. Prouve-t-elle, d'ailleurs, autant qu'on le dit? Comparée à celle de notre TF, ne diffère-t-elle pas plus par les considérants que par les résultats pratiques? Le TF n'applique la règle du doute qu'à titre subsidiaire[64], et nos tribunaux recourent aussi à des critères objectivants[65].

c) Au bout de sa logique, la thèse que nous discutons conduit à dépersonnaliser l'assuré; elle en fait ou la notation actuarielle d'un «risque» ou l'anonyme d'un collectif obscur. En aucun pays, il ne se trouve une doctrine dominante pour l'accepter[66] ni un juge pour l'admettre[67]. Ce n'est, certaine-

---

[62] H. Gaugler, art. cit. dans RSA 1955/56 N° 2 p. 33 et sv.

[63] «Einleitung» du «Kommentar zum VVG» de Bruck-Möller, Berlin, 1953.

[64] ATF du 16.3.1961 RO 87 II cons. 3 p. 95/96.

[65] Koenig: «Gesetz und Vertrag als Rechtsquellen der Privatversicherung», tirage à part de la ZbJV vol. 9bis (1955) p. 403.

[66] En France, en Belgique, en Italie, dans les pays anglo-saxons, la doctrine, si elle reconnaît le fait technique et économique de la «mutualité des risques» n'en fait pas un fait juridique; elle n'en tire surtout pas des conséquences retenues contraignantes pour une jurisprudence équitable en matière d'assurance, voir ouvrages généraux de la bibliographie et références chez A. Donati, op. cit. II N° 450 p. 365.

[67] En tous pays, la jurisprudence applique au CA les mêmes critères de jugement que la nôtre. Le principe «in dubio contra stipulatorem» est largement invoqué en faveur de l'assuré, voir: A. Donati, op. cit. I N° 42 à 45 p. 110 et sv., en part. N° 45 p. 120/

ment, pas l'image que l'assuré se fait de lui-même ni l'idée qu'en avait le législateur[68].

II. La LCA vue dans l'optique de l'intention législative fondamentale qu'elle traduit

1. L'intention législative fondamentale

Elle se dégage à l'évidence du dessein que le législateur déclare être le sien, quand il écrit:

> «La législation est appelée de plus à modifier la situation juridique qui existe actuellement entre l'assureur et l'assuré, en procurant à l'assuré les droits qui résultent pour lui *de l'essence et du but de l'assurance*, mais que sous le régime de la liberté illimitée des conventions le public doit souvent abandonner aujourd'hui.»[69]

Généralement, le législateur ne s'exprime pas de la sorte à propos d'une loi prévue pour régler de simples rapports contractuels de droit privé. Manifestement il assigne à la LCA un propos qui se situe sur le plan de l'intérêt public. On ne s'en étonnera pas, si l'on se remémore le rôle de l'assurance.

a) Par la formation, rapide et sûre, de capitaux, disponibles pour les tâches de l'Etat et par le renforcement du

---

121 et les références qu'il indique; pour les E. U., Th. J. Shephard «Current developments in the construction of contracts of Insurance...» dans VwA 1959 p. 465 et sv. déclare: «The ambiguity rule as applied to contracts of insurance is an old and well established doctrine» (abondante littérature et jurisprudence citées).

[68] H. Gaugler (op. cit.) voit exprimée implicitement dans la LCA la «réalité» de la «communauté des assurés». Mais la seule prescription de la LCA qu'il cite à l'appui est celle qui donne à l'assureur le droit de garder la prime entière d'une période d'assurance même s'il n'a couvert le risque que durant une partie de cette période. (Cette règle s'explique aussi – et mieux – autrement). Toutes les autres prescriptions sont tirées des lois de *droit public* (LS et ordonnances qui la complètent).

[69] Message, p. 9.

crédit public et privé, qu'elle permet, elle intéresse éminément la politique financière et monétaire de l'Etat: le fait est bien établi, nous n'y insistons pas[70].

b) Par sa fonction de sécurité, elle est garante de l'expansion et du dynamisme ininterrompus de l'économie nationale, dans le même temps qu'elle sert la politique sociale de l'Etat[71].

Lorsqu'elle lève la servitude de devoir tenir dans une immobilisation stérile des réserves à la mesure des risques de leurs entreprises et qu'elle ouvre ainsi, à l'industriel, au négociant et au financier, l'initiative des plans d'action les plus hardis et des spécialisations les plus poussées, lorsqu'elle pallie les conséquences dommageables d'événements destructeurs de biens, elle vitalise le commerce et l'industrie et stabilise les richesses existantes, certes, mais par le fait même elle maintient les situations sociales et décharge la collectivité de son obligation de subvenir aux frais d'existence de ceux (et des personnes qui, économiquement, dépendent d'eux) qu'un sort adverse, une conduite imprudente ou coupable, ruinent ou déclassent. Lorsqu'elle dégage des inhibitions et des préoccupations que la crainte des aléas de la vie suscite, elle appelle à la liberté de décision et de comportement, mais elle donne aussi le goût de l'indépendance; lorsqu'elle incite à la constance d'un effort volontaire d'épargne, elle éduque au sens de la responsabilité personnelle – et de tous ces effets sociaux, la collectivité en bénéficie. Ce sont là réalités tellement vraies que même l'Etat soviétique, loin d'avoir supprimé l'assurance privée, lui voue une attention certaine[72].

---

[70] Voir e.a. JEAN FOURASTIÉ: Les assurances au point de vue économique et social, Paris, 1946.

[71] STEINLIN, op. cit. p.273 et sv.; F. VOIGT: «Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Versicherung» dans VwA 1955, p.89 et sv. et l'abondante littérature qui y est citée; W. WEDDIGEN: «Die Produktivität der Versicherung» dans ZVW 1931 Heft 2 p.129 et sv.

[72] D. BUTKOW et W. SITNIN: «Einige Fragen zur Theorie der

c) Indispensable ferment de vitalité pour l'économie nationale et assise de la richesse d'un pays; facteur privilégié de libération humaine, de paix et de stabilité sociales, l'assurance se hausse au rang des institutions d'intérêt public, elle est instrument de la politique même de l'Etat. Aussi le législateur ne peut que vouloir son extension et son développement[73]: en en garantissant, par une loi adéquate, la pleine efficacité, il la veut promouvoir. «Nicht den Käufer der Versicherung, nein, die Versicherung selbst hat das Versicherungsrecht zu schützen[74]».

Mais promouvoir l'assurance, c'est répondre aux vœux de ceux qui y recourent, c'est, en vue de faire obtenir à l'assuré la satisfaction la plus étendue de ses intérêts, par l'assurance, que le législateur légifère: c'est donc là son intention législative fondamentale, le but premier de la LCA; c'est dans cette vue seule qu'il convient d'en pénétrer le caractère de loi spéciale[75] et d'en examiner critiquement la réglementation,

---

Versicherung im Sozialismus», texte allemand dans «Finanzen und Kredit», Berlin, 1954, vol. III p. 667 et sv. (cité dans VwA 1955 p. 110).

[73] Dans les «Motiven» à l'appui de la LCA all. on lit: «... das öffentliche Interesse (ist) an einer gedeihlichen und soliden Entwicklung des Versicherungswesens in besonders hohem Maße beteiligt und dem Staate die Pflicht besonderer Fürsorge auf diesem Gebiet auferlegt... Vor allem müssen auch die eigenartigen, für den Volkswohlstand und das ethische Volksleben bedeutsamen Funktionen ins Auge gefaßt werden...» Ces «motifs» eussent mérité de figurer dans le message du CF.

[74] A. Ehrenzweig, ME p. 90.

[75] La LCA, telle qu'elle se présente extérieurement, n'y incite guère. C'est que, saisissant l'assurance terrestre à l'ère de sa prime jeunesse, à un moment où peu consciente encore de ses virtualités immenses, elle ne reposait sur aucune assise juridique qu'aurait cimentée l'épreuve irrécusable d'une longue expérience, le législateur a donné à sa réglementation une allure plus casuistique que systématique, une cote plus pragmatique que normative. Cette réglementation peut, dès lors, faire écran à une vision accommodée à la vraie réalité de l'assurance et donc à la perception de la volonté législative qu'elle traduit, mais celle-ci s'y trouve inscrite en filigrane.

car tous les autres buts qu'on lui assigne sont *seconds*: l'expliciter par l'un ou l'autre de ceux-ci, c'est la voir dans une optique rétrécie, partant, déformante.

2. Le caractère de loi spéciale de la LCA

Dans cette perspective, l'assurance est essentiellement une technique spécifique dont l'assureur est le maître. Aussi la LCA s'adresse-t-elle à l'assureur, principalement; elle ne concerne l'assuré qu'indirectement.

a) *Son objet propre* n'est pas le CA, mais l'opération d'assurance[76], que seul l'assureur actualise et dont seul il arrête les conditions. Son propos n'est pas d'imposer une réglementation qui tienne la balance égale entre les parties à un contrat[77] ou fixe les contours d'un compromis équitable entre des intérêts antagoniques[78]: elle prescrit un «mode d'exploitation de l'assurance». Elle ne se substitue pas à l'assureur pour lui fournir des conditions d'assurance toutes faites: elle lui fait connaître un «cahier de charges».

aa) D'où son caractère impératif[79]: elle ordonne à l'assureur de pratiquer l'assurance dans un sens conforme au but premier du législateur. Toutefois, ce but même demande que l'assurance puisse évoluer en faveur de l'assuré: dans ce dessein[80], elle contiendra donc, de préférence, des prescriptions

---

[76] L'avant-projet Dievoet désigne les «assurances terrestres» (art. 1 al. 1) et les «opérations d'assurance» (art. 2 al. 1) comme objets de la loi.

[77] Ainsi p. ex. Hainard, op. cit. p. 56 pour qui la loi garantit des «droits minimums» à l'assuré.

[78] Ainsi e.a. R. Schmidt, op. cit. p. 142 et sv. qui pense que la loi contient des «Billigkeitskorrektive».

[79] L'art. 2 de la LCA fr. p. ex. déclare impératives toutes les prescriptions légales «sauf celles qui donnent aux parties une simple faculté». On le lui a reproché (O. Hagen dans ZVW 1931 p. 175), à tort, selon nous.

[80] Mayr, op. cit. p. 68. Contra: Lutz, op. cit. p. 61 et sv. qui estime les prescriptions semi-impératives, contraires à une évolution en progrès de l'assurance.

semi-impératives[81]. Des dispositions supplétives n'en seront pas exclues[82]. Mais elles ne se justifient, à notre sens, que lorsque le législateur souhaite, sans encore l'exiger, la modalité d'assurance la plus favorable à l'assuré.

bb) Elle ne régit pas les rapports de droit entre assureur et assuré immédiatement, mais *médiatement*[83]: loin donc de présenter un code de solutions casuistiques, elle donne un «règlement» à l'usage de l'assureur et du juge: au premier, elle signifie les exigences que ses conditions d'assurance doivent satisfaire[84]; elle doit permettre, au second, d'y astreindre, le cas échéant, l'assureur. Elle énonce «nur Normen-

---

[81] Au sens de l'art. 98 LCA. Malgré la lettre de son art. 2, la LCA fr. est aussi semi-impérative (Ancey et Sicot, op. cit. p. 23/24). Sur les questions que posent leur interprétation et leur application, voir: J. Sasse: «Die halbzwingenden Schutzvorschriften des VVG» dans VwA 1956 p. 163 et sv.

[82] Dont la signification pratique ne devrait pas être sous-estimée. L'expérience apprend que le juge s'y réfère volontiers, que l'assureur finit par les adopter: des usances naissent ainsi qui, bientôt, deviennent coutumes. Un exemple: les assureurs maritimes allemands, non soumis à la LCA, ont repris la plupart de ses dispositions, dans leurs conditions générales unifiées (voir O. Hagen: «See- und Binnenversicherung» dans ZVW 1931 p. 203/204).

[83] Il faudrait en déduire que le «CA» est un accord qui porte sur l'opération d'assurance que l'assuré désire, sur rien d'autre. Les droits et les obligations des parties naissent de cette opération, et non du CA. La doctrine de langue française suppose cette distinction, quand elle voit dans le CA la traduction juridique de ce qu'est l'opération d'assurance (Picard et Besson, op. cit. I N° 3 p. 78; Hémard, op. cit. I N° 42; van Eeckhout, op. cit. N° 56 p. 65; Laloux, op. cit. N° 13 p. 16; Waleffe, op. cit. p. 17; Sohr, op. cit. N° 3 p. 10). A notre avis, il faut être plus catégorique encore et tenir séparés le «CA», pure cause juridique de nature formelle, du lien existant entre assureur et assuré, de «l'opération d'assurance», objet effectif du CA, qui est seule le fondement des droits et des charges des intéressés. On n'aurait alors aucune peine à saisir adéquatement le *réel* et à renoncer à vouloir l'enserrer dans des fictions inutiles.

[84] G. Lobscheid: «Theoretische und angewandte Versicherungswissenschaft» dans VwA 1959 p. 418.

Normen, nicht Normen des Versicherungsvertragsrechtes selbst»[85].

b) *La relation entre LCA et conditions d'assurance de l'assureur* s'exprime valablement par la proposition: la première est la loi à laquelle le législateur contraint l'assureur, les secondes constituent la loi à laquelle l'assureur soumet l'assuré. La loi de l'assureur devant obligatoirement refléter la loi du législateur, le sens et la portée des conditions générales d'assurance ne se mesurent pas selon le critère subjectif de la volonté des intéressés. Impossible de reconnaître à l'assureur qualité et autorité de législateur, en conférant à ses conditions d'assurance la valeur de prescriptions légales[86]; impossible également de s'arrêter à ce qu'en aurait «compris»[87] l'assuré. Seule l'intention législative fondamentale doit déterminer la décision du juge et cette intention exige que, hormis les cas où une norme supérieure du droit l'interdit absolument, l'assuré obtienne de l'assurance le résultat qu'il en attend[88].

---

[85] A. Ehrenzweig, ME p.17.

[86] A. Donati, op. cit. I N° 42 à 45 p.110 à 121. Contra: Prölss, op. cit. p.12 et sv.; p.18 et sv.

[87] Dans une vue réaliste des choses, il faut constater que l'assuré ne lit généralement pas les conditions de l'assureur: il fait tout simplement confiance à ce dernier. Aussi n'est-ce pas assez de dire qu'il «adhère» à ces conditions: avec le Bundesgerichtshof (arrêt du 28.11.1951 dans «Versicherungsrecht» 1952 p.52), il faut reconnaître qu'il y fait acte de «soumission» (Unterwerfung).

[88] Lorsque donc, en tous temps, en tous lieux, le juge applique la LCA – faussement – comme une loi de protection de l'assuré, il atteint – pratiquement – le résultat que le législateur veut. Car pour celui-ci l'assuré est celui pour qui le «CA», aussi contrat de masse, de caractère typologique, standard, qu'il soit pour l'assureur, est *son* CA, qui concrétise *ses* intentions propres, doit satisfaire *son* intérêt personnel. Le juge a donc raison, quoiqu'on en dise, de voir, dans l'assuré qui recourt à lui, non un robot qu'invente la technique et dont il aurait à ausculter la santé mécanique, ou le membre indifférencié d'un collectif artificiel, dont il devrait sonder le sens «mutualiste», mais l'homme vivant, de chair et de sang, doué de bons et de moins bons sentiments, cherchant à réaliser ses in-

c) *Le champ d'application de la LCA* couvre nécessairement l'aire entière de l'assurance privée; il est donné obligatoirement par l'objet propre de la loi et par lui seul: l'opération d'assurance, puisque c'est la réussite du but de cette opération que le législateur entend garantir. Or, l'assurance est foncièrement une par son but[89] comme par sa technique spécifique[90] et en toute opération d'assurance, l'assureur assume la même fonction[91]; l'assuré se trouve placé dans la même situation juridique[92]. Aucune considération de droit ou de fait ne justifie une limitation quelconque de la portée de la LCA.

aa) L'inégalité de «force» des parties intéressées à une opération d'assurance se retrouve, partout, quel que soit l'assureur: entreprise commerciale à but lucratif ou association, caisse, fonds de prévoyance, sans dessein de profit. Si chez l'un «l'esprit de lucre» peut conduire à l'acte abusif, chez l'autre, «l'esprit de groupe», l'arbitraire, l'inexpérience ou l'incompétence peuvent engendrer le même résultat. Pour que, dans l'un comme dans l'autre cas, la garantie des droits découlant pour l'assuré «du but et de l'essence de l'assurance» soit donnée, il faut que *tout* assureur, pratiquant l'assurance

---

térêts personnels d'abord, et dont il lui incombe de baliser les droits légitimes, face à celui qui, normalement, les devrait satisfaire.

[89] Pris dans sa généralité, le but de l'assurance est *toujours* le même: «Versicherung = Mittelbeschaffungszweck» dit, p. ex., WEDDIGEN: «Der Versicherungsbegriff in der Wirtschaftswissenschaft» dans ZVW 1931 p. 235 et sv. et aussi p. 129 et sv. sous «die Produktivität der Versicherung»; dans le même sens, G. LOBSCHEID, op. cit. p. 13/14.

[90] Dont F. SOHR énumère les «axiomes intangibles» dans WALEFFE, op. cit. I Préface p. 9/10.

[91] Il met en œuvre, pour l'assuré, la technique spécifique de l'assurance. C'est une fonction de «*services*»: «Versicherungsleistungen sind Dienstleistungen» dit H. MÖLLER. Le droit devrait reconnaître ce fait: on cesserait alors de voir dans l'assureur-commerçant, au mépris du réel, un marchand qui trafique d'une denrée.

[92] Face à un assureur auquel il s'en remet entièrement pour réaliser son propos.

privée, soit soumis à la LCA. Par ailleurs, ni la nature spécifique d'une affaire ni son importance d'intérêt public ne sont fonction des mobiles de celui qui l'entreprend. Remarquons aussi que l'objection que la contrainte de la loi est nécessaire pour le seul assureur qui, par son activité, recherche un gain, ne peut servir d'argument qu'à un idéologue: objectivement, elle est dénuée de pertinence. En fait, les «dividendes» des S.A. d'assurances proviennent du rendement de leurs réserves libres[93]: calculés sur le capital réel investi, ils sont modestes; mesurés au montant des primes encaissées[94], ils sont insignifiants. Le «profit» de l'assureur-commerçant alimente, en réalité, le fonds de participation aux bénéfices des assurés et les réserves – gages de la solvabilité certaine de l'assureur.

bb) La forme juridique de l'entreprise de l'assureur n'est pas, non plus, un facteur déterminant la nature d'assurance d'une opération. Que l'assureur soit une S.A., une coopérative, une association, une mutuelle, une fondation, la relation d'assurance, dans laquelle l'assuré est impliqué, est fondamentalement la même[95]. S'accrocher au terme de «CA» pris dans le sens littéral le plus étroit, c'est faire fi du réel: à l'origine de toute opération d'assurance, il y a *toujours* la volonté concordante des deux intéressés à faire cette opération, que cet accord ait été explicite – par la conclusion d'un CA proprement dit – ou implicite – par l'admission consentie ou subie de l'assuré dans une association ou dans une «institution de prévoyance en faveur du personnel»[96] de son em-

---

[93] Voir Prof. BAUDHUIN: «Le rendement des sociétés d'assurances» dans «Bulletin d'inf. et de doc. de la Banque nationale belge» du 25.6.1936.

[94] C'est le seul rapport qui intéresse l'assuré: il indique ce que lui coûte réellement le «profit» de l'assureur.

[95] Message, p. 15; ATF du 16.3.1961 (RO 87 II p. 95/96); BRUCK, op. cit. p. 105. Contra: A. DONATI, op. cit. I N° 84 et sv.; II N° 266 p. 47.

[96] ATF, RO 80 II p. 129. La prescription de l'art. 841 al. 2 C.O. devrait valoir pour n'importe quelle association d'assurance. Voir:

ployeur –; il y a donc *toujours* «convention», donc «contrat»[97].

cc) «L'idée d'entreprise est à la base de l'assurance», dit-on[98]. C'est une opinion dépassée[99]. S'il est, à la vérité, dans sa logique interne, que l'assurance soit exploitée en grand – seule une «entreprise»[100] le peut réaliser –, son essence ne l'exige pas inéluctablement. Même un fonctionnement limité ou défectueux de sa technique n'enlève pas sa spécificité à l'assurance: il en compromet seulement la sûre efficacité[101]. La notion d'«entreprise», si elle peut servir de critère valable pour l'application de la LS, est impropre, logiquement comme pratiquement, à délimiter le domaine de droit privé, dévolu à la LCA.

dd) La portée de la LCA ne coïncide pas obligatoirement avec celle de la LS. Si les deux lois s'adressent à l'assureur –

Hügi: «Die rechtliche Natur der Versicherung auf Gegenseitigkeit», Berne, 1935.

[97] La doctrine suisse (voir p.ex. von Tuhr, op. cit. I § 20/IV p.125) ne connaît pas la distinction qu'une partie de la doctrine française, à la suite de l'art.1101 CCF, croit devoir faire entre «convention» et «contrat», celui-ci étant une espèce particulière de celle-là (Planiol et Ripert, Cours, II p.23; Demogue, Obligations, I p.66. Contra: Colin/Capitant, Cours, II p.10).

[98] Message, p.20; Roelli op. cit. I Note 7a ad art.1 p.24; Waleffe, op. cit. I p.17.

[99] Koenig, op. cit. p.31; A. Donati, op. cit. II N° 245 p.5, N° 250 p.17; F. Moser: «Der VV mit Gewinnbeteiligung», tirage à part du Heft 4 de la ZVW 1928, note 8 à la p.7; K. Ehrenberg, art. cit. dans ZVW 1931 p.397; H. Meyer: «Die Aufsichtsfreien Versicherungsvereine» dans RSA 1958/59 p.147/148.

[100] Sur cette notion: Koenig: «Studie zum Begriff der Versicherungsunternehmung» dans Festgabe für Prölss p.174 et sv.; A. Donati: «Concetto e lineamenti dell'Impresa di Assicurazione nel diritto italiano» dans Festgabe für Prölss, p.42 et sv.; H. Meyer: «Der Begriff der Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens» dans RSA 1952/53 p.421 et sv.

[101] D'où le «danger» de cette prolifération d'organismes «autonomes» qui pratiquent, sans effroi, l'assurance dans un cadre restreint, méconnaissant ainsi le vrai sens de l'assurance.

et sont donc inspirées par la même intention législative – leur nature est néanmoins différente. La LS est une loi de police: elle doit être interprétée restrictivement; elle se prête à une application de mesure «variable»[102]. Le champ d'application de la LCA ne saurait être plus ou moins extensible: l'objet de la loi le fixe définitivement. Des deux lois, c'est la LCA qui embrasse le domaine le plus vaste[103].

d) *La distinction entre assurance «privée» et assurance «sociale»* apparaît, à la lumière de l'intention législative fondamentale que nous avons dégagée, sous un jour différent de celui sous lequel on la considère d'ordinaire. «Sociale» l'assurance l'est par essence, toujours, quel qu'en soit le genre, quel que soit l'assureur, dès lors que l'effet économique, particulier et général, d'une opération d'assurance, répond à l'intérêt public[104]. La séparation du domaine de l'assurance en deux secteurs autonomes ne se fonde donc pas sur une différence de nature entre l'assurance privée et celle dite «sociale»: toutes les tentatives faites – et les meilleurs esprits s'y sont exercés – pour trouver un caractère distinctif, intrinsèque à l'une ou à l'autre, sont restées vaines[105]. Pour nous, est une assurance «sociale» stricto sensu celle que *l'Etat*, en tant que tel, institue ou utilise *expressément*, pour réaliser *directement* un dessein précis de sa politique sociale, ce pourquoi il en paye, en partie, le prix, soit *avec les deniers publics*

---

[102] C'est dans un sens autorisant une grande souplesse d'application que l'on devrait amender la LS et non – comme l'entend le BFA – de manière à entériner légalement sa pratique actuelle en matière de contrôle des assureurs.

[103] N'est-ce pas – implicitement – ainsi que la jurisprudence le comprend, quand le TF déclare (ATF du 9.12.1933 RBA VII N° 343 p. 657) que «pour juger si une compagnie doit être surveillée, l'autorité administrative doit rechercher si ... les contrats (de cette compagnie) sont de ceux en vue desquels la LCA a été promulguée»? C'est la LS qu'il conviendrait d'aménager, compte tenu de la LCA, et non celle-ci en fonction de la LS.

[104] Voir ROHRBECK, op. cit. Vorwort.

[105] Et le resteront, remarque avec raison S. LENGYEL dans la ZVW 1931 p. 109, dans sa recension critique de l'op. cit. de MANES.

(subventionnement de l'assureur, prise en charge de son déficit) soit *par la mise* à *contribution de la collectivité* (impôt spécial, taxe déterminée). C'est dire, qu'à notre avis, l'assurance dite «sociale» revêt ce caractère quand le législateur décide *explicitement* de le lui conférer et *participe*, soit immédiatement, soit médiatement, à son financement. Tout autre critère distinctif, parce que subjectif[106] ou contingent[107], nous paraît impropre à permettre le tracé d'une ligne valable de démarcation entre les deux cantons du domaine de l'assurance. Dès lors, cette question si controversée, combien actuelle et essentielle[108], ne s'exprime pas par l'interrogation: qu'est-ce que l'assurance «sociale»? par opposition à celle «privée», mais plus concrètement par ces deux autres: quelles assurances convient-il que l'Etat subventionne, et dans quelles limites? L'exploitation de ces assurances doit-elle être réservée à un organisme déterminé et auquel? Ce sont là questions que nous n'avons pas à aborder ici: elles ressortissent à la politique générale de l'Etat.

---

[106] Par exemple le seul dessein – sans participation financière de l'Etat ou de la collectivité entière – d'obtenir la paix sociale en garantissant obligatoirement un minimum de sécurité matérielle à certaines catégories de personnes: nous dénions le bien-fondé de la qualification d'assurances «sociales» aux assurances-accidents obligatoires que des employeurs doivent conclure auprès de la CNSA.

[107] Par exemple le caractère d'institution de droit public de l'assureur, les modalités des prestations d'assurance, les bases techniques adoptées.

[108] Gardons-nous de n'y voir qu'un problème de doctrine: c'est tout l'avenir de l'assurance, en tant qu'institution de l'économie privée, qui est ici en jeu: le «grignotage» constant du domaine de l'assurance privée ne concerne pas que les assureurs professionnels! Nous ne pouvons ici nous étendre sur le problème et renvoyons à la littérature que nous avons consultée: STEINLIN, op. cit. p. 285 et sv.; A. DONATI, op. cit. I N° 13 et 14 p. 32 à 38; ROHRBECK, op. cit. p. 16 à 21; J. KROHN: «Zur Rechtsnatur der Sozialversicherung» dans Festgabe für Rohrbeck, p. 175 et sv.

3. La LCA, loi spéciale, confrontée au réel d'aujourd'hui

Qu'elle est loin, notre LCA, de correspondre au caractère spécial que nous venons de décrire!

a) Au lieu d'un «règlement de l'opération d'assurance», c'est la réglementation, sans grande rigueur systématique, d'un contrat qu'aucune définition ne spécifie.

aa) Visiblement elle reflète l'aspect phénoménologique de l'assurance d'antan: on y reconnaît la codification des pratiques des assureurs du début du siècle, non, il est vrai, sans que les clauses qui les exprimaient, n'aient été élaguées, corrigées et rectifiées au niveau des conditions les plus libérales de cette lointaine époque. Elle fige dans le carcan de solutions définitives des situations concrètes que la mouvance sans trêve de la vie modifie constamment: nous aurons à le prouver.

bb) De critères généraux[109], précis et objectifs, qui interdisent au juge l'arbitraire des appréciations subjectives, elle n'en contient guère; mais elle renvoie au droit commun dont les catégories et les genres de qualification juridique se révèlent inadéquats en matière d'assurance[110]: nous le montrerons. Fonde-t-elle, au moins, le droit de l'opération d'assurance moderne? Non: heureusement pour l'assuré, l'assureur ni ne l'applique ni ne l'invoque dans toute la mesure où il lui serait licite de le faire. En revanche, elle étaye aisément *les fictions*[111], sur lesquelles on fait communément reposer l'as-

---

[109] On sait que Roelli avait prévu, dans son projet de LCA, la désignation explicite de la règle de la bonne foi comme critère général (Die Vorarbeiten für ein BG über den VV, Basel, 1899, p. 24).

[110] Le message, p. 18 et 19 insiste sur ce point, mais le législateur n'en tire pas toutes les conséquences!

[111] Par exemple que l'assureur et l'assuré «conviennent» des termes du CA; que l'assuré est toujours la partie «faible»; que le critère de la «bonne foi» est exigé par la «nature» même du CA; qu'il existe équivalence entre la prime que l'assuré verse et la prestation patrimoniale que l'assureur fournit; que l'intérêt personnel de l'assureur s'oppose à celui de l'assuré, etc...

surance et qui servent, à nos tribunaux, de considérants – faux – à des décisions – généralement justes.

b) En assignant à la LCA le champ d'application même de la LS[112], le législateur l'a fait dépendre, en fait, de la pratique du BFA, en matière de contrôle des assureurs, puisque nulle part il ne définit le CA. Or, le BFA renonce[113] à placer sous surveillance un nombre, devenu légion[114], d'assureurs: il en soustrait ainsi les opérations à l'empire de la LCA[115]. Pratiquement donc, une autorité *administrative* se trouve investie du pouvoir – qui, dans un Etat de droit, constitue le privilège inaliénable, et la charge, du seul législateur – de délimiter la portée d'une loi de droit privé et de déterminer la qualification juridique d'une affaire et de la notion de l'assurance[116]. A elle seule déjà, une telle situation est intolérable, au regard du droit. Mais combien aussi, à cause de ses conséquences:

aa) La LCA ne régit plus le domaine de l'assurance privée, en sa totalité: elle a perdu le caractère – qui lui est connaturel – de codification «de l'ensemble du droit des assurances terrestres»[117] que le législateur voulait lui conférer et pensait

---

[112] Art. 101 al. 1 chiffre 2 LCA.

[113] Contrairement à la volonté manifeste du législateur: E. Haymann, op. cit. p. 47 et sv.; Roelli/Jaeger III notes 1 et 43 ad art. 101; articles de Koenig (RSA 1934/35 p. 285); Jaeger (RSA 1936/37 p. 265); H. Meyer (RSA 1958/59 p. 105 et sv.; p. 145 et sv.).

[114] En 1955/56 (dernière statistique connue) les seules «caisses de retraite» étaient au nombre de 909 avec 200 000 assurés!

[115] ATF du 22. 5. 1936 (RBA VIII N° 354 cons. a) p. 673/674); Cour de Justice de Genève du 21. 5. 1948 (RBA X N° 89 p. 361). Une jurisprudence (voir arrêt du 19. 5. 1948 du TC de Lucerne (RBA X N° 88 cons. c) et arrêts y indiqués, p. 360) semble dire le contraire, mais elle a en vue des contrats conclus *avant* que l'assureur ait été, par décision seule du BFA, placé sous surveillance.

[116] Dans leurs arrêts de droit privé, nos tribunaux se réfèrent à la «notion» de l'assurance, qui sert de critère au BFA pour placer sous contrôle un assureur, le TF (RO 58 I 259; 76 I 362) ayant entériné la pratique du BFA.

[117] Message, p. 18.

lui avoir donné: une multitude d'assurés est, actuellement, soumise à des conditions d'assurance que l'assureur arrête à sa seule guise, conditions conformes, certes, aux exigences du droit commun, mais pas nécessairement à celles, particulières, que le législateur pose par la LCA.

bb) Deux poids, deux mesures sont utilisés: aux assureurs «concessionnés»[118], toutes les rigueurs de la LS et de la LCA sont strictement imposées; de stupéfiantes libertés sont laissées à ceux dont le BFA se désintéresse[119]; d'autres encore[120] bénéficient de larges facilités que leur consent une autorité de contrôle, différente du BFA.

cc) La conviction aberrante s'est largement répandue dans notre pays que le «genre» d'assureur décide de la qualification de «privée» ou de «sociale» d'une assurance. C'est ainsi, par exemple, que les assurances-maladie collectives d'indemnité journalière conclues par des employeurs[121], du seul fait qu'elles sont aussi exploitées par les caisses-maladie que l'OFAS contrôle, sont subventionnées par la Confédération. Il en résulte de flagrantes inégalités de traitement des divers assureurs: l'Etat – dont ce n'est ni le rôle ni le droit – favorise indûment les uns avec les deniers de la collectivité, et prétérite les autres, et ce, sur le terrain de la libre concurrence économique. Des principes fondamentaux de la constitution

---

[118] Terme impropre, quoique usuel: l'assureur n'obtient pas une «concession», mais une *autorisation* (P. Boss: System der Staatsaufsicht über Versicherungsunternehmungen, 1955, p. 32; p. 92 et sv.; Paratte–Vigneron, op. cit., note 1 de la page 53; article de H. Meyer dans RSA 1955/56 p. 402 à 404).

[119] La surveillance des fondations (art. 84 CCS) à laquelle la plupart d'entre eux sont soumis n'est ni un contrôle véritable ni un contrôle adéquat.

[120] Telles les caisses-maladie que l'OFAS surveille, même pour les assurances «privées» qu'elles exploitent.

[121] Que la LAMA n'a pas prévues et qu'aucune décision du législateur n'a classées dans les assurances «sociales» (v. R. de Buren: Examen critique du projet de loi modifiant le titre I de la LAMA dans «Bulletin de documentation économique» N° 4/61 [août 1961]).

fédérale sont ainsi transgressés; des droits élémentaires des citoyens, violés; un climat de «lutte», instauré entre institutions qu'une saine émulation devrait animer pour le plus grand profit du bien commun, mais qui s'excitent dans un affrontement que durcit l'appétit de subventions des uns, l'irritation des autres: les assurés en sont désorientés, et déchaînées les ardeurs partisanes des idéologues de tous bords politiques.

4. Conclusions

Trop empiriquement taillée à la cote de réalités contingentes d'une époque révolue, notre LCA se révèle, aujourd'hui, étriquée: elle ne remplit plus son rôle de loi spéciale sur l'assurance privée. Il nous paraît indispensable que, sous une forme plus rigoureusement systématique et normative, comme dans une terminologie plus précise, une rédaction nouvelle de son texte fasse ressortir, sans ambiguïté, le vrai sens et la véritable portée de sa réglementation.

a) Serait indispensable, la suppression de la servitude que signifie sa totale dépendance de la LS. Les LCA étrangères plus modernes[122] énumèrent exhaustivement les catégories d'assurances soustraites à son empire; la LCA allemande[123] y précise qu'elle s'applique à toute assurance privée, fût-elle pratiquée par un organisme de droit public. Nous proposerions, pour notre part, un texte qui prescrive l'application de la LCA à toute assurance terrestre privée qui ne serait pas soumise à une loi particulière: ainsi le législateur serait obligé de décider franchement et expressément – comme il se doit – quand une assurance est «privée» et quand elle est «sociale».

b) Il serait souhaitable que:

aa) La LCA s'intitule «loi sur les opérations de l'assurance terrestre et privée».

---

[122] Comparer, par exemple avec art. 1 de la LCA fr. et de la LCA suédoise; avec les art. 1 et 2 de l'avant-projet VAN DIEVOET.

[123] § 192 al. 2 LCA all.

bb) Contienne une définition de l'opération d'assurance, définition qui serait simplement *descriptive*[124] de ses traits essentiels. Ceux-ci, à notre avis, se réduisent irréductiblement à ce fait décisif: l'assureur détermine par avance, sur la base de la statistique et le calcul des probabilités, le prix de la couverture d'un risque[125].

Ainsi, pensons-nous, seraient rendues impossibles les «interprétations déviationnistes», contraires à l'intention législative fondamentale que la LCA traduit.

---

[124] La seule qui ne soulève pas des controverses sur l'«essence», le «but», le caractère «indemnitaire» ou non, etc., de l'assurance.

[125] La question controversée de la nature de la prestation de l'assureur, en cas de sinistre – nécessairement prestation d'une somme d'argent (ou son équivalent en nature) ou également prestation de «services» (comme l'assurance de la protection juridique) – ne serait ainsi pas préjugée.

CHAPITRE II

EXAMEN CRITIQUE DU TEXTE DE LA LCA

«Promouvoir l'assurance», c'est – dans toute la mesure possible – satisfaire les vœux de qui recourt à ce moyen spécifique, pour atteindre un but économique légitime. Or, le futur assuré veut[1]:

a) que le CA qu'il passe soit un CA idoine à son propos;

b) que ce CA soit à l'abri d'une invalidation et d'une résiliation avant terme, et lui garantisse, à l'échéance, l'obtention, rapide et sans contestations, de la prestation incombant à l'assureur.

Les prescriptions de la LCA doivent donc être telles, que l'assureur, en s'y conformant exactement, soit à même de présenter des conditions d'assurance donnant, à ce double égard, toute quiétude à l'assuré.

Le texte de la loi actuelle répond-il à cette exigence et dans quelle mesure, compte tenu de la réalité existant actuellement dans le secteur de l'assurance? C'est ce que nous nous proposons d'examiner dans ce second chapitre, sous le chef de deux rubriques: le choix du CA idoine et l'intangibilité du CA.

La place limitée dont nous disposons ne nous permet ni d'aborder toutes les questions importantes que ces deux rubriques devraient comprendre ni de traiter, avec toute l'ampleur qu'une étude fouillée demande, celles que nous avons choisi d'évoquer. Nous nous bornerons donc à esquisser dans chaque partie de ce second chapitre, quelques-uns des problèmes de base qui, à notre avis, exigent, en vue d'une réglementation de lege ferenda, une particulière attention:

---

[1] ROHRBECK, op. cit. p. 152.

nous nous exprimerons, à leur sujet, dans la mesure juste nécessaire pour simplement amorcer la discussion et signaler la voie dans laquelle il conviendrait, selon nous, de chercher les solutions conformes au sens et au but premiers d'une LCA adéquate.

Section I: Le choix d'un CA idoine

D'entre toutes les considérations qui déterminent le choix du futur assuré, trois surtout nous paraissent décisives: le genre d'assurance, la couverture du risque, la destination du bénéfice du CA.

A. Le genre d'assurance

Selon le genre dans lequel se classe le CA qu'il conclut, l'assuré se soumet à des règles spéciales qui limitent, dans une mesure plus ou moins grande, sa liberté de fixer, à sa convenance, le résultat économique qu'il entend obtenir par la voie de l'assurance[2]. D'où l'importance pratique considérable de la distinction que, selon une terminologie traditionnelle[3], notre LCA fait entre les assurances contre les dommages et les assurances de personnes. Dans l'économie de la loi, les

---

[2] Voir art. 97 LCA. Il soumet, en même temps, l'assureur à des prescriptions spéciales de droit public (par exemple art. 5 LS; art. 1 al. 2 et art. 2 al. 2 de la LFC).

[3] Mais non générale: si la LCA fr. (titres II et III) et la LCA all. (§ 1 al. 1) la connaissent aussi, la LCA suédoise règle sous des titres différents (II à IV) les assurances de dommages, l'assurance sur la vie et l'assurance-accident et maladie, tandis que le CCI (voir A. Donati, op. cit. II N° 269 p. 54) oppose les assurances de dommages, dans lesquelles sont rangées aussi les assurances-accident et maladie, à l'assurance sur la vie. Koenig (op. cit. § 22 p. 183 et sv.) divise les assurances, selon l'objet sous risque, en assurances de choses et assurances de patrimoine, qui sont des assurances de dommages, et assurances de personnes, qui sont des assurances de sommes. M. Gürtler, op. cit. tente une division des assurances, selon la destination économique de la prestation de l'assureur, lors d'un sinistre: nous ne voyons ni l'utilité pratique ni la signification juridique que pourrait avoir une telle classification.

premières ont, obligatoirement en principe, un caractère indemnitaire: lors d'un sinistre, c'est le «dommage» effectif, subi par l'objet sous risque – chose ou patrimoine – qui donne la mesure de la prestation incombant à l'assureur; les secondes sont de pures assurances de sommes: en cas de sinistre, l'assureur est tenu de verser le montant prévu, fixé par avance, sans égard au préjudice réel qu'éprouve l'assuré[4].

1. Cette distinction tranchée des genres d'assurances, dans la loi actuelle, est fâcheuse à tous égards.

a) Elle cloisonne le domaine de l'assurance, à l'encontre de l'évolution que celle-ci suit. Aujourd'hui de nombreuses espèces de CA ne rentrent plus intégralement dans l'un ou l'autre genre[5] que la loi impose de reconnaître[6].

---

[4] Aussi reproche-t-on à cette terminologie d'être défectueuse (BRUCK, op. cit. p.62; PRÖLSS, op. cit. ad § 1 p.34; HÉMARD, op. cit. II N° 443 p.38): c'est l'assurance de sommes qui devrait faire le pendant de l'assurance de dommages (LALOUX, op. cit. N° 44 p.40).

[5] A. DONATI, op. cit. II N° 386 et sv. p.240 et sv.; en part. N° 390 p.247.

[6] Indéniablement, notre LCA, alors même qu'elle ne le dit pas expressément, comme le font certaines LCA étrangères (§ 1 al.1 LCA all.; art.28 et 54 LCA fr.), conçoit l'assurance de dommages comme une assurance indemnitaire, ce qu'elle n'admet absolument pas de l'assurance de personnes. En l'absence de dispositions explicites contraires (telles que l'ont par exemple la LCA suédoise: § 25 al. 2 2e phrase ou l'avant-projet VAN DIEVOET: art.95 in fine et art.96 al.3), le TF a, de lege lata, raison de donner à la distinction légale des genres d'assurances la valeur d'une norme, absolument impérative, en maintenant fermement, dans une jurisprudence constante (RBA VIII N° 318; IX N° 159; X Nos 74 et 82; XI Nos 69 et 90) le principe que toute assurance de personnes est une pure assurance de sommes, toujours et «dans toutes ses parties» (ATF du 11.2.1947 RO 73 II p.39); même pour des prestations mesurées à des dépenses effectives de l'assuré, l'art.96 LCA (exclusion d'un recours de l'assureur contre un tiers responsable du sinistre) est obligatoirement applicable. (Voir critiques de cette jurisprudence par: H. GAUGLER «Zur juristischen Qualifizierung...» dans RSA 1961/62 p.65 et sv., p.108 et sv. et littérature

aa) Plus d'une variété d'assurances de dommages revêt, à un degré plus ou moins accentué les traits d'une assurance de sommes: par exemple l'assurance «valeur à neuf», celle de profit futur ou de valeur agréée; celle de risque locatif, d'interruption d'activité d'une entreprise industrielle par suite de dégâts subis par les machines – objets sous risque du CA – qui y sont utilisées; l'assurance-vacances «pluie/soleil» ou l'assurance-vie de choses[7] (Sachlebensversicherung). Dans toutes ces assurances, la prestation de l'assureur, lors d'un sinistre, est en relation assez lâche – et parfois même sans rapport objectif aucun[8] – avec le «dommage effectif» constaté[9].

bb) Des assurances de personnes se concluent sous la forme d'assurances de dommages, totalement – telle l'assurance-maladie de frais médicaux – ou partiellement – par exemple l'assurance-accidents avec, en plus de prestations fixes en cas de décès et d'invalidité, le remboursement de frais de guérison; l'assurance-maladie d'indemnité journalière incluant le payement des débours d'interventions chirurgicales; l'assurance sur la vie couvrant aussi le coût d'une opération de nécessité vitale ou les dépenses pour l'enterrement de l'assuré décédé[10].

cc) Des assurances «combinées» se pratiquent couramment, qui englobent une pluralité d'objets sous risque de

---

citée p.117/118; HELFESRIEDER, thèse citée; MOSER, note dans RSA 1945/46 p.9; PÉTERMANN dans JT 1945 I p.113; littérature citée dans ATF du 13.9.1944 (RBA IX N° 159 p.389). La jurisprudence belge se montre, à cet égard, plus souple, quoique la LCA belge implique les mêmes impératifs que la nôtre (voir LALOUX, op. cit. N° 44 p.39; Bulletin N° 31 du 5.8.1961).

[7] A. DONATI, op. cit. II N° 317 p.149 et littérature citée à la note 124.

[8] Par exemple dans certaines assurances de profit futur, dans l'assurance-vacances «pluie/soleil».

[9] Voir par exemple SUTER: «Die Neuwertversicherung in den neuen Feuerversicherungsbedingungen» dans RSA 1958/59 p.38 et sv.

[10] ROHRBECK, op. cit. p.42.

nature diverse: l'assurance de R.C. et accidents; celle de «corps humain» (Körperversicherung); celle dite «omnium» (all risk insurance); l'assurance globale (Einheitsversicherung)[11].

b) Elle freine inutilement l'effort de l'assureur dans sa recherche de combinaisons d'assurances qui répondent toujours mieux aux désirs des assurés et aux nécessités pratiques des affaires.

aa) La généralisation des assurances combinées – que de louables soucis d'économie et de travail rationnel inciteraient l'assureur à multiplier – est ralentie; l'extension des assurances de sommes dans tous les secteurs économiques – qui satisferait un véritable besoin[12] – ne peut progresser librement.

bb) Doctrine et jurisprudence se voient forcées de recourir à des artifices, étrangers au réel, pour fonder des solutions à des problèmes juridiques nouveaux[13]: des CA sont classés dans un genre auquel ils n'appartiennent normalement pas[14] et d'autres, ou traités, sans raison contraignante, comme des monolithes indissécables[15] ou, malgré leur unité organique certaine, construits comme un jumelage d'assurances distinctes[16].

---

[11] A. Donati, op. cit. II N° 317 p.148 et l'abondante littérature citée aux notes 120 à 123.

[12] K. Ehrenberg «Verträge ohne oder mit zweifelhaftem Interesse» dans ZVW 1931 p.401.

[13] Voir par exemple les considérations du TF sur l'assurance combinée accidents-R.C. (ATF du 28.4.1937 cons.c): RBA VIII N° 318 p.600/601.

[14] Telle l'assurance-maladie collective qu'un employeur conclut pour son personnel, se libérant ainsi de ses obligations selon l'art. 335 du CO ou les conditions d'un contrat de travail collectif: ce devrait être une assurance R.C. ou sui generis peut-être; elle *doit* aujourd'hui être qualifiée d'assurance de personnes et même d'assurance au profit de tiers!

[15] Telle l'assurance-accidents comprenant le remboursement de frais médicaux (ATF du 11.2.1947 RO 73 II p.39).

[16] Par exemple l'assurance avec clause de la «valeur à neuf»

c) Parce qu'elle a figé l'assurance au stade d'évolution où le législateur l'a jadis saisie, notre LCA est devenue, dans le secteur des assurances de dommages, un véritable carcan de l'assurance moderne: que l'on songe, par exemple, avec quelle difficulté et à quelles conditions restrictives – pour ne pas se mettre en contradiction flagrante avec des textes légaux explicites[17] – le BFA a consenti, enfin, à autoriser l'assurance «valeur à neuf»[18]. La dichotomie boîteuse et inadéquate de la loi doit donc être corrigée, en apportant aux prescriptions spéciales qu'elle fonde les atténuations nuancées que les besoins de la vie moderne demandent.

2. Mais, à notre avis, c'est le principe même d'une distinction des assurances en genres séparés, soumis, chacun, à des prescriptions impératives spéciales, qu'il faut mettre en cause. La question se situe au cœur de débats doctrinaux, jamais apaisés, sur la nature essentielle de l'assurance, son unité fondamentale, son caractère indemnitaire ou non, général ou seulement partiel, son véritable objet, etc...[19]. En retenant, pour l'ancrer dans sa loi, la division des assurances en genres distincts, le législateur a fait sienne, implicitement, une conception déterminée et discutée de l'assurance. Faut-il

---

(KOENIG: «Zur Frage der Rechtsnatur der Neuwertversicherung» dans RSA 1958/59 p. 97 et sv.).

[17] Avec l'art. 63 LCA en part.

[18] Voir L. BENZ: «Betrachtungen über die Beschränkung der Neuwertversicherung» dans Neue Zürcher Zeitung N° 915 du 13.3. 1961.

[19] Nous y voyons donc un problème d'essentielle importance et non une simple question de terminologie, sans signifiance juridique (A. EHRENZWEIG: «Das Versicherungsvertragsrecht der Oststaaten» dans ZVW 1931 p. 375), ce à quoi elle se réduit, en effet, quand, sans modifier le caractère de la réglementation légale actuelle des assurances de dommages, on se contente de changer l'appellation de l'un ou l'autre «genre» d'assurances (l'avant-projet VAN DIEVOET nomme «assurances de sommes», les assurances de personnes; BRUCK (op. cit. p. 65) veut que l'on dise «Interessenversicherungen» au lieu de «assurances de dommages»). C'est de bien autre chose qu'il s'agit.

donc qu'il se commette dans des controverses d'école? Non, son propos, dans une LCA, ne l'y contraint pas. Il suffit – et cela seul est nécessaire – qu'il exprime le réel, mais le réel saisi dans ses constantes – donc dans sa permanence de nature – et non dans ses contingences à une certaine époque – c'est-à-dire dans son apparence passagère et fluctuante.

a) Quel que soit l'objet sous risque, le but de toute opération d'assurance est de procurer à l'assuré, lorsque le sinistre survient, une prestation déterminée de l'assureur, et c'est *toujours* le seul fait que l'événement d'assurance s'est réalisé, qui oblige l'assureur à fournir la prestation promise. Mais dans certaines assurances, cette prestation est fixée, par avance, ne varietur et due, indépendamment d'un préjudice effectif de l'assuré; dans les autres, elle est limitée à l'étendue du «dommage» réel que l'objet sous risque subit et due dans cette mesure, uniquement[20].

aa) L'évolution de l'assurance montre que cette différence n'a rien de nécessaire, en soi, et qu'elle n'est nullement liée à la nature de l'objet sous risque: dès qu'il dispose des bases techniques suffisantes, l'assureur est à même de construire toute assurance, que l'objet sous risque soit une chose, un patrimoine ou une personne, comme une pure assurance de dommages ou comme une pure assurance de sommes[21].

bb) Or, celle-ci répond le mieux aux vrais besoins de l'assuré. Car ce que, généralement, l'assuré veut, ce n'est pas la simple compensation d'un «damnum emergens», mais une prestation qui lui maintienne l'usage, l'utilité ou la valeur qu'à son estimation personnelle, il avait de l'objet sous

---

[20] En sorte que la distinction des assurances en deux genres différents revient, en réalité, à opposer une assurance de sommes à une autre assurance de sommes, comme le remarque A. Donati (op. cit. II N° 269 Note 15 à p. 53/54).

[21] Voir G. Schmidt: «Versuch einer Abgrenzung des Risikobegriffes in der Versicherungstechnik» dans Festgabe für Rohrbeck, p. 415 et sv.

risque que le sinistre atteint[22]. L'assurance de sommes est aussi la seule qui fonde des situations nettes dans les rapports d'assurance et permette un règlement rapide, à l'abri de contestations, des sinistres: elle réalise donc au mieux l'intention législative fondamentale de la LCA, car une assurance qui débouche sur un contentieux, n'est pas celle que, dans l'intérêt public, le législateur entend promouvoir.

b) Concluons: la division des assurances en genres opposés dans la loi ne se justifie pas: elle traduit une réalité, aujourd'hui, dépassée. Le législateur doit plutôt prévoir que toute assurance, quel qu'en soit l'objet sous risque – chose, patrimoine ou personne – peut librement être conclue sous la forme d'une assurance de dommages ou d'une assurance de sommes[23]. Il rétablirait ainsi, sur ce point, la «liberté des conventions», non par exigence d'une idéologie de la «liberté», mais comme moyen adéquat de réaliser efficacement son intention législative. En revanche, il réglementerait, autant que de besoin, les branches et les catégories d'assurances, qui, actuellement, soulèvent bien plus de questions à régler d'importance pratique que les «genres» d'assurances.

3. Cette conclusion implique la proposition d'un total remaniement de la partie spéciale de la LCA. Nous ne pouvons

---

[22] Car le *vrai* «dommage» pour un sinistré, c'est, non d'avoir perdu par le sinistre une valeur économique, mais de devoir *remplacer* l'objet détruit (reconstruire la maison brûlée, racheter des meubles détériorés, compenser la perte de revenu par incapacité de travailler, etc...)

[23] Ou même d'*une assurance de services* qui, peut-être, pourrait bien devenir un jour une forme prisée d'assurance. Car on peut se dire sceptique quant aux possibilités de formules d'assurances vraiment neuves, si l'on en reste aux modes traditionnels d'assurance (voir par exemple H.L. Müller-Lutz: «Betrachtungen über die zukünftigen Entwicklungsmöglichkeiten der Sachversicherung» dans Festgabe für Rohrbeck, p. 253 et sv.). Mais la prestation de l'assureur, en cas de sinistre, peut-elle consister en un «facere»? Question controversée, au sujet de laquelle nous n'avons pas à nous prononcer ici. Mais, de lege ferenda, le législateur doit laisser la voie ouverte à toute forme d'assurance.

entrer dans les détails de cette proposition: bornons-nous à quelques suggestions générales.

a) La partie spéciale de la LCA future devrait, à notre sens, traiter des diverses branches et catégories d'assurances, d'importance pratique majeure. A cet égard la loi actuelle comporte de graves lacunes: des branches aussi importantes que les assurances de R.C., d'accidents, de maladie, de crédit, par exemple ou ne sont même pas mentionnées ou ne le sont que dans des dispositions sporadiques, insuffisantes à régler avec certitude la foule de questions délicates de droit pratique qu'elles soulèvent; il en est de même pour de nombreuses catégories d'assurances qui ont pris aujourd'hui une énorme extension et qu'il faut, pour la sécurité de droit, asseoir sur des assises juridiques solides, telles les assurances avec participation aux bénéfices, les assurances collectives vie, accidents, maladie, conclues, pour leur propre compte, par des employeurs, des institutions de prévoyance autonomes, des associations accordant à leurs membres des prestations d'assurances combinées ou jumelées dans un unique CA, celles dites «flottantes», que le trafic économique moderne réclame de plus en plus, etc. Pour chaque branche, pour chaque catégorie, le législateur aurait – autant que de besoin – à fixer les règles qui leur seraient spécifiques, à énoncer les exceptions aux normes générales que des situations ou des rapports de droit qui leur seraient propres, justifient, à donner aux questions spéciales qui s'y posent, les solutions qu'une étude de droit comparé désignerait comme celles qui partout rallient l'adhésion générale[24].

b) Dans la partie générale de la loi, les genres (de la loi actuelle) d'assurances seraient mentionnés dans une disposition qui autoriserait la libre conclusion de n'importe quelle assurance soit sous la forme d'une assurance de dommages

[24] La place nous manque pour dresser le catalogue des lacunes et des insuffisances de la loi actuelle et traiter sérieusement les questions de droit qu'il est nécessaire de demander au législateur de trancher: le sens du présent rapport est d'ailleurs tout autre.

soit sous celle d'une assurance de sommes, sans égard à la nature de l'objet sous risque. Cette disposition aurait aussi à manifester clairement la préférence du législateur pour l'assurance de sommes, afin d'inciter l'assureur à la pratiquer partout où il le peut faire. Dans ce dessein, le législateur prescrirait que, sauf stipulation expresse contraire dans la police même, et cas de fraude réservé, toute assurance sera censée avoir été conclue comme pure assurance de sommes et celle, explicitement dénommée «assurance contre les dommages», qui s'y prête par nature, comme assurance «au premier risque», dont il y aurait lieu de préciser les modalités[25].

Il dira encore:

aa) Que dans toute assurance de «dommages», la valeur «agréée» (ou taxée) sera obligatoirement[26] la mesure qui déterminera l'étendue de la prestation de l'assureur, lors d'un sinistre: si la chose sous risque est totalement détruite, l'assureur payera le montant intégral de cette valeur; si elle ne l'est que partiellement, l'assureur versera un pourcentage de ce montant, égal au «degré» de la destruction causée par le sinistre. Toute destruction «partielle», telle qu'une réparation de la chose, propre à lui redonner la même utilité d'usage ou de valeur qu'avant le sinistre, en devient impossible ou d'un coût supérieur au pourcentage de la valeur taxée que devrait payer l'assureur, serait assimilée à une destruction totale. En bref, c'est une «assurance-invalidité» généralisée, quel que soit l'objet sous risque, que nous préconisons.

bb) Que les règles actuelles sur la surassurance et la double assurance, devenues semi-impératives seulement, ne vau-

---

[25] Le but est de réduire à l'indispensable l'application de la règle proportionnelle en cas de sous-assurance – vraie plaie de l'assurance: nous en dirons un mot plus tard.

[26] L'art. 49 al. 2 de l'avant-projet VAN DIEVOET consacre ce principe, mais avec la réserve – quoique dans une nuance plus restrictive – de l'art. 65 al. 1 in fine de notre LCA, réserve que – cas de fraude réservé – nous suggérerions de supprimer: de nombreux déboires seraient ainsi épargnés à l'assuré.

dront que pour les seules assurances pour lesquelles l'assureur les aurait expressément prévues.

cc) Qu'en aucune assurance, l'assureur n'aura un recours contre un tiers, à moins que celui-ci n'ait causé le sinistre intentionnellement par un acte criminel ou délictueux, au sens du code pénal[27].

4. L'on objectera:

a) Les prescriptions que nous proposons de rendre ou caduques ou semi-impératives seulement (et même supplétives éventuellement) sont d'ordre public: on ne saurait les dégrader au rang de simples dispositions d'un règlement à l'adresse de l'assureur, sans porter atteinte à des notions solidement fondées, partout admises, ancrées dans les consciences et les mœurs.

Nous répondrons:

aa) L'assurance d'aujourd'hui – et encore moins celle de demain – ne peut demeurer identique à l'assurance d'hier. Si le courant d'une évolution irréversible rend obsolètes des règles comminatoires de la loi, il faut admettre que leur

---

[27] Sauf exceptions, expressément autorisées par la loi, l'art. 72 LCA devrait être, à notre avis, abrogé, de lege ferenda: nos raisons apparaîtront plus clairement par la suite. Remarquons ici que, en droit strict, le recours de l'assureur contre un tiers civilement responsable du sinistre, vis-à-vis de l'assuré, ne se peut fonder (voir A. Donati, op. cit. II N^{os} 254 et 255 p. 22 à 27 et chap. XVII p. 189 et sv., en part. N^{os} 386 et sv. p. 240 et sv.). Dans certains cas (lorsque l'assuré répond civilement du dommage que subit, du fait du sinistre, un tiers lui-même assuré), la prestation que l'assuré reçoit de son assureur, en cas de sinistre, peut, par l'effet de ce droit de recours, lui être reprise par un autre assureur: d'où tendance de l'assureur moderne à renoncer à ce droit (voir: K. Bischoff: «Regreßverzicht der Feuer-Versicherer...» dans VwA 1959 p. 257 et sv.) Observons enfin que le tiers responsable, actionné par un assureur, se trouve dans une situation plus difficile que s'il avait affaire avec le lésé: ce n'est pas là un «effet» souhaitable de l'assurance.

caractère d'ordre public n'a rien que de contingent: il traduit des vues d'autrefois[28].

bb) Rien ne justifie une opposition catégorique des genres d'assurances[29], ni la règle qu'une assurance de personnes doit, nécessairement et «dans toutes ses parties»[30], être une pure assurance de sommes. Quand le TF discerne «eine fundamentale Verschiedenheit der rechtlichen Natur und des juristischen Zweckes der beiden Versicherungsarten»[31], il affirme seulement, sous un mode absolu, que tel est le droit positif actuel, mais il ne prouve pas qu'il en doit être ainsi. L'assurance, que l'on en considère la technique ou que l'on en retienne le but, est fondamentalement une, quel que soit l'objet sous risque.

b) Dans une assurance de dommages, le sinistre lèse un «intérêt économique», dans une mesure objectivement constatable; dans une assurance de personnes, un tel intérêt n'est pas requis, il peut ne pas exister[32]: c'est l'intégrité corporelle d'une personne qui est atteinte, «c'est-à-dire un bien en soi inestimable»[33].

Nous ferons valoir:

aa) Que l'on confond la valeur de «personnalité humaine» d'une personne – valeur extra commercium – et sa valeur de «facteur économique» – valeur assurable, aussi «objectivement» évaluable que n'importe quelle autre valeur de la même sorte. Nous avouons ne pas comprendre pourquoi,

---

[28] Un assureur danois déclarait récemment devant le Comité européen des assurances: «... die alte Regel – Preis am Schadentag – hat ebenso wie ich selber die Patina des Alters, aber auch – ebenso wie ich – keine Anziehungskraft für die jüngere Generation» (cité dans RSA 1960/61 p. 114).

[29] A. Donati, op. cit. II N° 270 p. 55.

[30] ATF du 11.2.1947 (RBA X N° 82 p. 328).

[31] ATF du 28.4.1937 (RBA VIII N° 318 p. 598).

[32] E.a. Laloux, op. cit. N° 72 p. 70; Picard et Besson, op. cit. II N° 6 p. 12.

[33] Idem supra note 30.

«en soi», le buste d'une vedette de cinéma serait «un bien inestimable», tandis que ne le serait pas, par exemple, un reliquaire du XIII^e siècle.

bb) Dans tout «genre» d'assurance, il y a un «intérêt économique» assuré et c'est *toujours* cet «intérêt» que le sinistre lèse: l'art. 48 de notre LCA exprime, en vérité, une règle *générale*, valable dans le domaine entier de l'assurance[34], ce que de lege ferenda le législateur devrait dire sans ambiguïté de langage[35], pour désigner le véritable objet de l'opération d'assurance. Mais il poserait aussi la présomption absolue – qui ne serait pas une fiction – que cet «intérêt économique» existe dans toute assurance qu'un assureur accepte de conclure[36].

c) L'assurance de dommages ne doit en aucun cas «enrichir» l'assuré; le permettre serait contraire aux mœurs.

Nous ne comprenons pas.

aa) On pose là un axiome sans fondement[37]: aucune

---

[34] G. Lobscheid, op. cit. p. 23/24; A. Donati, op. cit. II N° 352 p. 205 et N° 359 p. 212/213, en part. Note 87 à la page 212: il y démontre que l'on ne saurait faire l'économie de la notion d'intérêt assuré (contra: Koenig, op. cit. § 21 p. 173/174); voir aussi O. Hagen: «Einige Grundbegriffe des Privatversicherungsrechts» dans KVR p. 17/18; Bruck dans VwA 1956 p. 14.

[35] Ce qui exige de sa part l'emploi, sans défaillance, d'un langage juridique rigoureux. Dans la loi actuelle, il s'exprime avec tant d'ambiguïté (par exemple à l'art. 54) qu'avec Koenig (dans ZbJV Vol. 68 p. 168/169) on peut dire qu'en fait il considère comme «objet du CA» plus l'objet sous risque que l'intérêt économique assuré et avec le même auteur (Gegenstand...) construire toute la LCA d'après cet objet.

[36] Il entérinerait ainsi un état de fait existant: personne, dans la pratique, ne se préoccupe de l'existence de cet intérêt assuré (Koenig, Gegenstand, p. 101).

[37] Koenig, Gegenstand, p. 93. La réalité dément la vérité de cet axiome: certaines assurances peuvent enrichir – au vrai sens du terme – l'assuré: par exemple celle qui l'indemnise pour le temps d'interruption d'activité de son entreprise, lorsque ce temps coïn-

LCA[38] ne formule une telle prescription. Si on croit la déduire logiquement de la réglementation légale, c'est qu'on ne veut pas voir que l'intérêt économique assuré s'identifie pratiquement à la valeur marchande, au moment du sinistre, de la chose sous risque, parce que le législateur ne permet d'assurer que ce qu'il appelle «l'intérêt objectif»[39], alors même que l'assuré voudrait couvrir son intérêt subjectif à l'objet sous risque[40], intérêt que seul il est à même de chiffrer. Mais si le législateur en a décidé ainsi, c'est uniquement parce que l'assureur de son temps refusait de couvrir l'intérêt purement sujectif[41]. Depuis, grâce à une technique plus évoluée, l'assureur est prêt, pour de multiples risques, à le faire: pourquoi donc le lui interdire?

bb) N'est contraire aux mœurs, à notre opinion, que l'assurance qui pour l'assureur *aussi*[42] serait un pari. Or, ce n'est jamais[43] le cas, si l'assureur opère selon la technique spécifique d'assurance[44]. Quant au danger d'offrir à l'assuré l'oc-

---

cide avec une période de stagnation des affaires; ou l'assurance-vacances «pluie/soleil»: qui peut partir une seconde fois en vacances?

[38] A. Ehrenzweig, art. cit. dans ZVW 1931 p.382. Cependant le projet grec de 1948 contient expressément la défense d'enrichissement (art.29) (A. Argyriadis: «Zur Reform des griechischen Binnen- und Seeversicherungsrechts» dans VwA 1957 p.135).

[39] Message, p.65. Le qualificatif est inexact: c'est toujours un intérêt *subjectif* qui est assuré, mais cet intérêt peut être ou purement individuel ou «typique» (A. Ehrenzweig: art. cit. dans ZVW 1931 p.376), donc revêtir un caractère «général».

[40] Knaack, op. cit. p.45.

[41] Par crainte des sinistres volontaires et vu l'interdiction des assurances-paris (Knaack, op. cit. p.46; Laloux, op. cit. N° 307 p.285 et littérature citée).

[42] Car pour l'assuré, toute assurance est, pour lui, un pari.

[43] Pour l'assureur terrestre, tout au moins. Dans l'assurance maritime, la diversité des risques et l'importance du risque moral sont telles que chaque affaire est jugée pour soi (rating upon the merits of each case), ce qui en fait, sous un certain aspect, un pari.

[44] C'est-à-dire s'il est à même de déterminer par le calcul actuariel le degré de la probabilité et de la fréquence de réalisation du risque.

casion d'abus, à l'assureur de s'en préoccuper; il est le plus à même de prendre des précautions[45]: franchise d'un certain montant[46], délai d'attente ou de carence, estimation, par ses soins, lors de la conclusion de l'assurance, de l'objet sous risque, limitation à un maximum de la somme assurable, restrictions à la faculté de l'assuré de souscrire une double assurance, etc... Le législateur devrait même réserver, dans la loi, la possibilité de décréter, dans l'intérêt général[47], l'obligation de l'assureur de prévoir dans certaines branches[48] des cautèles de ce genre.

B. La couverture du risque

1. L'assureur détermine librement le genre de risque qu'il offre d'assurer et l'étendue de la couverture d'assurance. L'art. 33 de la LCA l'avertit seulement qu'il répond de tous les événements qui présentent le caractère du risque assuré, «à moins que le contrat n'exclue certains événements d'une manière précise, non équivoque».

a) Cette disposition toute générale, sans caractère impératif, a fourni à la jurisprudence son critère usuel d'appréciation des conditions de l'assureur, la ainsi dite «règle du doute»: c'est là son seul mérite.

aa) Au début de ce siècle, le législateur constatait que «dans la pratique courante, celui qui désire contracter une assurance renonce d'emblée à étudier de près la proposition (c'est-à-dire les conditions générales de l'assureur); il se contente des indications et des renseignements d'un intermé-

---

[45] Voir par exemple MANES: «Amerikanische Versicherung» dans ZVW 1928 p. 18.

[46] Ce qu'autorisent à l'assureur, expressément, par exemple la LCA fr. (art. 28 al. 2), l'avant-projet VAN DIEVOET (art. 39 al. 2).

[47] Pour empêcher la concurrence entre assureurs de dégénérer en une surenchère, néfaste, en fin de compte, aux assurés ou par souci de favoriser la prévention des sinistres.

[48] Qui nécessiteraient un «assainissement». Voir par exemple W. RÖSNER: «Gesundungsmaßnahmen in der allgemeinen Haftpflichtversicherung» dans VwA 1958 p. 191 et sv.

diaire, de l'agent, pour lesquels l'assureur a coutume de décliner d'avance toute responsabilité»[49].

Osera-t-on affirmer qu'il en soit autrement aujourd'hui? L'expérience journalière prouve que rares sont les assurés qui *avant* de conclure leur CA en ont lu attentivement et compris les conditions. La plupart des gens se contentent des explications que l'agent de l'assureur leur donne. A la survenance d'un sinistre seulement, quand ils se heurtent à un refus de la prestation qu'ils attendent, ils parcourent les conditions de leur assurance, et se découvrent alors des convictions personnelles sur le sens et la portée de la définition du risque assuré ou d'une exclusion, convictions qu'ils chargent un avocat de justifier. Cela suffit, bien souvent, au juge, pour admettre que l'assureur ne s'est pas exprimé avec toute la clarté exigée.

bb) Pour la grande majorité des assurés, la désignation nominale de l'assurance est décisive; l'appellation: assurance-incendie, accidents, vol, maladie, etc. fonde leur conviction d'avoir conclu le CA idoine à leur propos. Mais y a-t-il deux assurés en qui le même vocable suscite la même représentation des choses? Il faut en douter, avec d'autant plus de raison que chaque assureur – ou presque – donne d'un risque ou d'une exclusion identiquement nommés, une définition ou une acception personnelle. On peut, toujours, y opposer valablement une autre: celle de l'assuré. Quelle sera la vraie? Celle que l'assureur conçoit – si l'assuré s'incline; celle qu'un juge imagine – si l'assuré se rebiffe. Dans l'un comme dans l'autre cas, c'est une opinion subjective qui prévaut; il y a occasion d'arbitraire, donc insécurité de droit. Il y a aussi situation intolérable: selon que l'assuré recourt ou non à un juge et selon le juge appelé à trancher le différend, le même événement pourra présenter aujourd'hui «le caractère du risque» assuré, et demain non.

La question de l'étendue du risque, pourtant d'«impor-

[49] Message, p. 10.

tance fondamentale»[50], le législateur ne l'a donc pas résolue: il s'en est déchargé sur «la jurisprudence et la pratique, dont, précisément, en matière d'assurance, on ne peut garantir ni la consistance ni la raison d'être»[50 bis].

L'art. 33, dans sa teneur actuelle, engendre inévitablement arbitraire, conflits et décisions jurisprudentielles contradictoires; il obtient le résultat même que l'intention législative première, que la LCA exprime, exige d'éviter[51]: il doit être amendé.

b) Comment? Nous pensons, qu'ici, le législateur ne saurait laisser à l'assureur une entière liberté d'action.

aa) Il doit se décider à définir lui-même les risques contre lesquels on prend communément assurance et donc préciser, pour les branches stabilisées et de grande extension, l'objet des opérations d'assurance que celles-ci comportent. La discrétion dont a fait preuve à cet égard notre législateur n'est plus de mise: aujourd'hui les assurances contre les risques les plus redoutés se sont généralisées; les noms qu'elles portent devraient pouvoir fonder, au sujet des risques qu'elles couvrent, une conviction semblable chez tous. Pour qu'il en soit ainsi, il est indispensable qu'une seule définition soit «authentique»[52].

Les lois sociales précisent les risques courants des assurances de personnes (accident, maladie, invalidité, incapacité de travail, etc.). N'est-il pas choquant et juste cause d'irritation, pour l'assuré, que le même risque soit ici tel et là tel autre? Est-il admissible que l'assuré reçoive, sous une appellation à laquelle il s'est fié, non la garantie qu'il recherche et

---

[50] et [50 bis] Message, p. 44; p. 45.

[51] A. Ehrenzweig, ME, p. 88.

[52] L'exemple des controverses en assurance de R.C. sur la nature de cette assurance, sur ce en quoi y consiste exactement l'événement d'assurance, sur les diverses prestations obligatoires de l'assureur, en cas de sinistre, n'est-il pas probant? Que l'on songe aussi avec quelle facilité le sentiment populaire confond l'assurance de R.C. avec une assurance-accidents au profit d'autrui (voir e.a. E. Prölss: «Haftpflichtversicherung» dans KVR p. 110/111).

pense avoir obtenue, mais celle que l'assureur, auquel un agent, un contrat de travail, l'adhésion à une association l'a conduit, entend lui concéder? Quand l'assuré découvre que l'acception dans laquelle il a pris le terme, désignant son assurance, n'est pas identique à celle que l'assureur lui a donnée, il est trop tard: le sinistre est survenu; ou bien il ne peut plus s'assurer ailleurs pour la couverture de risque qu'il aurait désirée. Comment l'assuré jouirait-il de la sécurité que lui doit valoir son CA, si, sous le même vocable, chaque assureur accorde une couverture différente? La loi force la réalité quand elle se satisfait de la seule prescription de l'art. 3 al. 1 (remise obligatoire des conditions d'assurance, au futur assuré).

Cependant, la loi ne saurait définir tous les risques, singulièrement ceux pour lesquels des expériences suffisamment concluantes font défaut: les branches qui les couvrent sont encore en une évolution pleine d'incertitudes. Pour la détermination de la nature de tels risques, le législateur pourrait prévoir un critère de référence que, pour notre part, nous verrions dans une définition qu'en donnerait, par exemple, l'association professionnelle ou un pool d'assureurs.

bb) Si l'art. 33 traduit manifestement le désir du législateur de voir l'assureur accorder la couverture d'assurance la plus étendue, il ne lui enjoint pas de le faire[53]. Le but premier de la loi l'exigerait cependant. Ce dessein n'est, qu'en partie, réalisé par l'exigence, posée à l'assureur, à la fin de cet article, car cette exigence – que, très justement, notre jurisprudence interprète en faveur de l'assuré, autant que faire se peut – ne profite qu'aux seuls assurés qui recourent à un juge. Il faut, à l'adresse de l'assureur, une prescription plus ferme,

---

[53] Avec la doctrine (KOENIG, op. cit. p. 143/144; LUTZ, thèse citée; O. HAGEN: «Einige Grundbegriffe des Privatversicherungsrechts» dans KVR p. 31 e.a.), notre TF comprend l'art. 33 comme «die Ausschlußmöglichkeit,welche das Gesetz grundsätzlich unangetastet lassen will...» (ATF du 16.12.1932: RBA VII N° 121 p. 183).

dont nous trouvons un bon exemple dans la LCA fr.[54]: ne seraient valables que des exclusions «*formelles et limitées*» et de seuls *faits* concrets et précis[55]. Mais, pour avoir son plein effet, cette prescription en nécessite diverses autres, qui la complètent: d'abord, la limitation de la faculté de l'assureur de stipuler à sa guise des «conditions»[56] de la couverture du risque ou des clauses de déchéance, car par le biais de l'un ou de l'autre moyen, l'assureur peut obtenir le même résultat que par une exclusion de risque; ensuite des directions précises:

1° Sur la couverture du risque *individuel*: la réglementation envisagée perd beaucoup de son efficacité, s'il est permis à l'assureur de procéder, librement, à des exclusions particulières. Il n'est conforme ni au sens ni au but de l'assurance, considérée dans sa fonction d'intérêt public, d'autoriser une sélection des risques, exagérément poussée. Mais jusqu'à quelles exigences le législateur peut-il aller, à l'égard de l'assureur, sur le terrain du droit privé et de l'assurance facultative? Le souci de l'assureur de pallier les dangers de l'antisélection n'a rien que de légitime; ce lui est même un devoir de s'en préoccuper. Un «compromis» raisonnable ne devrait pas être impossible à trouver. Rares sont les risques inassurables, absolument; moyennant une surprime adéquate et par la voie de la réassurance et de la coassurance, les risques, les plus aggravés, deviennent supportables. Pourquoi donc le législateur, par une prescription légale, ne demanderait-il pas aux assureurs de chercher les voies et de fixer les modalités convenables d'une assurance couvrant de tels risques? Ainsi il serait à même de n'autoriser des exclusions portant sur le risque individuel que dans d'étroites limites: par

---

[54] Art. 12 al. 1.

[55] Dans l'ATF précité (supra N° 53) le TF admet que des «catégories entières» de faits puissent valablement être exclues, pourvu qu'il n'y ait pas d'équivoque et que l'exigence de précision soit respectée (voir KOENIG, op. cit. p. 145/146).

[56] Au sens de l'art. 151 al. 1 C. O.

exemple durée limitée de l'exclusion, augmentation progressive, au cours du CA, des prestations promises pour le cas de sinistre, etc... En principe, l'assureur ne devrait avoir que le choix entre le refus d'assurer et l'acceptation avec ou sans surprime.

On nous soupçonnera, peut-être, de minimiser le danger de l'antisélection. Nous n'ignorons pas que l'accumulation de risques anormaux, une étendue inconsidérée de la couverture d'assurance, peuvent avoir des effets désastreux, au dam de l'ensemble des assurés. Mais toute la tendance de l'assurance moderne va dans le sens d'une compensation des risques dans le cadre des opérations d'une branche et même de plusieurs branches parentes; dans les assurances collectives la compensation se fait entre les divers contrats et non au sein de chaque contrat, exclusivement: il doit en être de même entre les diverses «classes» de risques; les affaires d'assurance sont des affaires de masse: des risques anormaux, en nombre restreint, n'ont pratiquement pas de répercussion sensible sur un portefeuille étoffé[57]; enfin, c'est l'assureur qui recrute ses clients: à lui de les choisir ou de les satisfaire.

2° Sur la façon, obligatoire pour l'assureur, de «forcer» l'attention de l'assuré sur l'étendue de la couverture de risque, accordée. La loi actuelle ne dit rien à ce sujet, et encourt reproche de ce fait. Elle force la réalité quand elle se satisfait des présomptions que fondent ses art. 3 al. 1 et 34 al. 2[58]. La LCA française tient mieux compte du réel, qui prescrit la teneur obligatoire de la police en «caractères apparents»[59] et en «caractères *très* apparents», les clauses de

---

[57] C'est pourquoi la prolifération des institutions d'assurances, basées sur une aire restreinte de risques, n'est nullement dans l'intérêt général.

[58] Nous devons renoncer à aborder le «problème» de la situation juridique des intermédiaires d'assurance et de la responsabilité de l'assureur de leur fait. De lege ferenda la question devrait être étudiée de près: la tendance est générale – même chez les juges – d'y voir de véritables «représentants» de l'assureur.

[59] et [59a] Art. 8 al. 1 1e phrase et art. 9 al. 2.

nullités et de déchéances[59a]. Il conviendrait de lege ferenda de s'en inspirer. Sans aller, peut-être, jusqu'à exiger qu'elles figurent nécessairement dans la police même (lorsqu'il ne s'agit pas d'exclusions particulières), le législateur devrait ordonner à l'assureur de mettre typographiquement en relief toute restriction ou obligation spéciale à la charge de l'assuré. A notre avis, les conditions de l'assureur devraient présenter trois parties nettement distinctes: celle qui contient les délimitations du risque – en caractères qui attirent l'attention; celle qui formule des obligations déterminées de l'assuré – en caractères différents, également propres à frapper l'intéressé; celle enfin qui ne fait que reproduire des textes de la loi – l'impression usuelle pour un «extrait de loi» suffit[60].

Cependant la question – d'importance pratique majeure[61] – n'est pas ainsi entièrement résolue. L'assuré ne se détermine pas encore «en connaissance de cause», parce qu'il sait quel est le risque que son assureur accepte de couvrir: on ne peut l'affirmer que s'il a pu comparer entre elles les conditions des divers assureurs. Nous ne pensons pas qu'une uniformisation des conditions d'assurance soit, pour cela, nécessaire; elle n'est nullement souhaitable, dans l'intérêt même de l'assuré. Le fait que chaque assureur a ses «propres» conditions, rend l'assurance opaque à l'assuré. Il conviendrait que le législateur remédie à cette situation en prévoyant la rédaction – par les associations professionnelles d'assureurs par exemple[62] – de modèles-types (deux à trois au plus[63]) de

---

[60] Un groupe de travail de «l'Insurance Institute» de Liverpool a suggéré d'adjoindre aux conditions générales un intercalaire qui résumerait et en caractères épais, ce que l'assuré ne doit vraiment pas ignorer.

[61] Si l'assureur est parfois mal vu du public, c'est, entre autres raisons, à cause de la «présentation formelle» de l'assurance. (P. Herinckx: «L'assureur et le public» dans N° d'octobre 1961 de la revue belge «Industrie», cité dans Bulletin N° 44 du 4. 11. 1961 p. 665.)

[62] Rohrbeck, op. cit. p. 152/153.

[63] R. Schmidt: «Zur rechtlichen Lage der Versicherungswirtschaft nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen»,

conditions générales, auxquels le futur assuré pourrait se référer. Nous y verrions, pour notre part, un bon moyen d'établir un droit coutumier d'origine professionnelle complétant la loi, accessible aux assurés et les renseignant objectivement sur l'assurance, qui s'adapterait aisément à toute situation nouvelle, puisqu'il pourrait être modifié dès que la nécessité s'en ferait sentir.

2. Par une prescription impérative, absolument, notre LCA déclare à son art. 9 que «le CA est nul, si, au moment où il a été conclu, le risque avait déjà disparu ou si le sinistre était déjà survenu». Pour notre législateur donc, le risque putatif[64] n'est pas assurable dans l'assurance terrestre[65], principe que formule aussi la LCA française[66], alors que la LCA allemande[67] a adopté la solution contraire.

a) Cette interdiction brimerait l'assurance et en paralyserait sensiblement certaines branches, si l'assureur s'y conformait strictement. Ainsi:

aa) dans l'assurance-maladie, lorsqu'objectivement l'assuré est déjà malade, mais qu'il l'ignore ou n'en a qu'une vague impression, il ne devrait pas pouvoir se mettre au bénéfice de l'assurance conclue. Mais alors, combien de cas ne faudrait-il pas refuser d'indemniser!

1960, Heft 3 p. 25 der «Versicherungsstudien der Veröffentlichungen der Kölner VwV».

[64] Nous utilisons ce terme, courant dans la doctrine de langue française, de préférence à celui de «risque subjectif» que l'on emploie aussi parfois, mais par lequel on designe aussi le «risque moral», ce pourquoi le premier terme convient mieux (voir HÉMARD, op. cit. I note 3 à p. 79).

[65] Sauf l'exception limitée de l'art. 10 LCA.

[66] Art. 39 al. 1.

[67] § 2 al. 1 sous la rubrique «Rückwärtsversicherung», car il s'agit de «l'assurance en arrière» à l'art. 9 de notre LCA et non, comme on l'admet généralement, – même ROELLI – (voir GANTENBEIN, op. cit. p. 38 à 40) d'un cas spécial de contrat «impossible», au sens de l'art. 20 C. O.

bb) dans les assurances collectives de personnes, où il est fréquent de fixer la prise d'effet du contrat à une date antérieure à celle de sa conclusion, les sinistres partiels survenus avant celle-ci, ne devraient pas donner droit à la prestation de l'assureur. Mais est-ce ce qu'attend de ce dernier, l'employeur, par exemple, qui s'est assuré?

cc) serait inadmissible, en droit, la pratique qui, dans l'assurance «malversations», accorde, contre surprime, la couverture du risque également aux sinistres survenus avant la conclusion de l'assurance, mais découverts après[68]. Et pourtant le besoin d'une telle couverture rétroactive est évident.

dd) la garantie de l'assureur ne saurait débuter le jour de l'acceptation de la proposition, mais au plus tôt le jour où l'avis de cette acceptation est parvenu à l'assuré[69]: pourquoi, alors que par une note de couverture expressément donnée, la responsabilité de l'assureur aurait commencé à courir avant la conclusion de l'assurance demandée.

b) L'art. 9 de la loi actuelle ne répond plus – si jamais il y a répondu[70] – aux nécessités des affaires, aux besoins des assurés: il est contraire donc à l'intention législative fondamentale de la LCA. On ne voit pas qu'il doive être «d'ordre public»[71]: ce n'est pas du droit civil que relèvent les abus qu'il est censé réprimer. Ni qu'il doive être de caractère impératif: la valeur de règle dispositive lui convient mieux. Par ailleurs, le risque putatif revêt, en soi, le trait aléatoire, spécifique du risque d'assurance: quoi qu'on en dise[72], le réel de la situa-

---

[68] W. Bühler: «Kautions- und Veruntreuungsversicherung» dans RSA 1955/56 p. 385 et sv., p. 391 et sv.

[69] Gantenbein, op. cit. note 18 à p. 44.

[70] A. Ehrenzweig, op. cit. p. 139 écrit (en 1935!): «Für die gesetzliche Gestattung dieser Rückwärtsversicherung spricht ein dringendes Bedürfnis».

[71] Ce que dit Roelli I Note 3 ad art. 10 p. 147.

[72] Roelli I Note 1 ad art. 9 p. 138; Laloux, op. cit. N° 19 p. 19.

tion, typique de l'assurance, qu'il fonde, ne saurait être assimilé à celle qu'engendre un contrat de droit commun, auquel feraient défaut objet et cause.

Nous concluons donc à l'amendement de cet art. 9 inutilement sévère: il serait indiqué, selon nous, que le législateur dise plutôt que:

> «La prise d'effet du CA peut être fixée à une date antérieure au jour de la conclusion de l'assurance. Dans ce cas, l'assuré doit la prime à compter de cette date et l'assureur répond des sinistres survenus dans le laps de temps écoulé entre cette date et le jour de la conclusion du contrat, à la condition qu'il en ait été expressément convenu ainsi.»

* * *

Parce que nous ne disposons que d'un nombre limité de pages, nous n'abordons pas les questions[73] que nous aurions groupées sous le sous-titre «la destination du bénéfice du

---

[73] Par exemple: distinction ou non entre assurances pour compte d'autrui (et pour qui il appartiendra) et assurances au profit d'autrui; nécessité ou pas d'un aménagement dans un sens social – conforme à l'intention fondamentale du législateur comme aux tendances de l'évolution actuelle des idées (voir K. Oftinger, op. cit. II p. 794) – de certaines variétés au moins, d'assurances de R.C. (voir L. Mossa: «L'assicurazione per la responsabilità come assicurazione a favore del terzo» dans Festgabe für Rohrbeck, p. 235 et sv.), d'assurances collectives de personnes (voir R. Obayashi: «Das Wesen der Gruppenversicherung als Sozialversicherung» dans Festgabe für Rohrbeck, p. 289 et sv.); action directe, généralisée ou limitée à certaines assurances de R.C. seulement, de tiers lésés, contre l'assureur; situation juridique du bénéficiaire d'un fonds de prévoyance autonome, assuré pour son propre compte, auprès d'un assureur professionnel et de celle des personnes à qui ce bénéficiaire destine, par avance, les prestations de ce fonds; libre passage lors d'un changement d'employeur du bénéficiaire d'une assurance collective passée avec un assureur privé dans une autre, conclue auprès d'un assureur différent; droit de libre passage dans l'assurance-maladie privée; etc...

CA». Il se serait agi d'ailleurs plus de proposer des compléments à la loi que d'examiner critiquement des prescriptions existantes: on ne saurait en dire l'essentiel en quelques lignes. Signalons que de lege ferenda on doit, en particulier, se demander si, dans quelle mesure et comment, la protection de la famille par l'assurance-vie pourrait être améliorée, quoique cette partie de la loi actuelle – la plus originale[74] – et parfois critiquée[75], soit indéniablement très valable, aujourd'hui encore. Mais ne convient-il pas de prévoir des règles spéciales pour une forme d'assurance-vie, constituée en fortune «réservée», à l'abri total d'un droit de saisie par des créanciers et hors de l'empire du droit des successions? Nous nous bornons à poser la question.

Section II: Intangibilité du CA

Un CA, une fois valablement conclu, ne devrait plus pouvoir être remis en cause, par l'assureur: voilà ce que l'assuré – et avec lui et pour lui, le législateur aussi – veulent. Mais par le CA, l'assuré ne s'engage pas seulement à fournir ponctuellement sa prestation – prime ou cotisation; il s'oblige – et c'est une caractéristique de l'affaire d'assurance – à un comportement déterminé: s'il y contrevient, il perd, en règle générale, le bénéfice de son CA. Selon donc ce que la loi prescrit, défend ou autorise à l'assureur, dans ce domaine, le CA – donc la «sécurité» qu'il doit donner à l'assuré – reposera sur des fondements sûrs ou branlants. Quelle est, à cet égard, jugée aux exigences de la réalité moderne, la «qualité» de la réglementation de la loi actuelle? C'est la seule question* que

---

[74] Voir Hans Koenig: «Die Familienfürsorge im schweizerischen VVG», dans Festgabe für H. F. Moser, Berlin, 1931 p. 361 et sv.

[75] Vollenweider, thèse citée; O. v. Gierke, op. cit.; H. Müller, op. cit.

* Sur l'obligation principale de l'assuré – le paiement de la prime – la réglementation de notre loi s'est révélée, à l'usage, heureuse: toutes les LCA étrangères s'en sont inspirées. Les art. 18

l'espace limité dont nous disposons, nous permette d'examiner de près. En fin de section, nous dirons, cependant, quelques mots sur les dispositions des art. 42 et 54 de la loi, et consignerons dans une note de très brèves considérations sur le règlement des sinistres.

à 24 mettent raisonnablement le CA à l'abri d'une fin prématurée contre la volonté de l'assuré. On peut, cependant, souhaiter que de lege ferenda notre législateur tienne compte des usages généraux que des LCA plus modernes (en part. la LCA fr.) expriment: l'uniformisation désirable du droit des assurances, sur le plan international, en serait facilitée. Il s'agirait de modifier certains détails (par exemple sur la durée des délais) et de préciser quelques points, en soi, mineurs, singulièrement que:

a) l'art. 21 al. 1 s'applique aussi dans le cas de non-paiement de la première prime: solution retenue par la jurisprudence (ATF du 7.11.1940: RBA IX N° 47, confirmant des arrêts cantonaux: RBA V N° 116; VI N° 131), controversée en doctrine (pour: Roelli, op. cit. I Note 2 ad art. 21 p. 297; Ostertag, op. cit. p. 32; Jaeger: «Einlösungsklausel und Mahnpflicht im Versicherungsrecht» dans SJZ vol. 29 p. 117; contra: Koenig, op. cit. p. 109), mais qui nous paraît être préférable à celle qui reconnaît à l'assureur le droit de poursuivre la première prime durant tout le délai de prescription de 2 ans: il est dans l'intérêt tant de l'assuré que de l'assureur que le sort d'un CA soit réglé au plus vite.

b) l'assuré mis en demeure ne peut exciper d'une «violation du CA sans faute» et se prévaloir soit de l'al. 1, soit de l'al. 3 de l'art. 45. Le TF, dans un arrêt (ATF du 26.1.1912: RBA III N° 28) que nos tribunaux confirmeraient très probablement, comme le laissent penser certains considérants de leurs décisions (par exemple RBA VII N° 330 cons. c) p. 622 et N° 332 cons. c) p. 633; voir toutefois ATF du 17.12.1942 cons. d) qui autoriserait un doute: RBA IX N° 194 p. 483) a décidé le contraire. La doctrine dispute de la question (dans le sens du TF: Roelli, op. cit. I Note 6 ad art. 45 p. 539; Koenig op. cit. p. 116 et 121; Ostertag op. cit. Note 6 ad art. 45 p. 151; Viret: «Le retard dans le paiement de la prime par le preneur d'assurance» dans RSA 1960/61 p. 100; contra: Hofstetter, op. cit. p. 36/37; H. Meyer: «Nichtbezahlung der Prämie und unverschuldete Vertragsverletzung» dans RSA 1960/61 p. 399 et sv.). La décision du TF est dans la logique de l'intention législative fondamentale que nous reconnaissons à la loi. Néanmoins nous préconisons la solution contraire; le remède au mal à

éviter – la perte du CA – serait, à notre avis, plus nocif que bénéfique; il rendrait le recours au juge plus fréquent: dès qu'il faut décider de l'existence d'une faute, en mesurer le degré, se prononcer sur la valeur d'une excuse, etc..., l'intervention du juge devient inévitable. Or, une loi qui se propose de «promouvoir l'assurance» n'atteint pas ce but, si elle ne supprime pas pour l'assuré, aussi radicalement qu'elle le peut faire, toute raison de devoir s'adresser à un tribunal.

c) certains tiers, particulièrement intéressés au maintien du CA – créanciers gagistes, bénéficiaires irrévocables, e.a. – ont le droit de payer valablement une prime en souffrance, même contre la volonté de l'assuré défaillant, l'assureur étant tenu de les aviser de toute mise en demeure envoyée: solution, analogue, mais plus étendue, à celle de la LCA all. (§ 35a), qui confirmerait en partie – en ce qui concerne l'avis de l'assureur – une pratique existante et rendrait inutile la référence au droit commun (art. 68 C.O.) que fait actuellement, pour la préconiser, la doctrine (Roelli, op. cit. I Note 3 ad art. 18 p. 262; Koenig, op. cit. p. 18; Ostertag, op. cit. Note 2 ad art. 18 p. 105). La précision demandée – que jadis le projet Roelli avait contenue – irait, à notre opinion, dans le sens du but premier d'une LCA.

d) juridiquement, la «période d'assurance» (que la LCA all. – § 9 – connaît aussi, mais qu'ignore la LCA fr.), simple mesure de compte de la technique d'assurance, n'a aucune importance: serait alors supprimée l'indivisibilité de la prime, qui n'a été un «principe intangible» que dans l'imagination de quelques-uns (voir O. Prange: «Die Unteilbarkeit der Prämie in USA» dans ZVW 1937 p. 335 et sv.; Laloux, op. cit. N° 133 p. 109 et sv.), et qui, à l'exemple de la pratique des assureurs américains, devrait être reléguée dans le catalogue des usances du passé. De lege ferenda le principe doit être posé que l'assureur n'a le droit qu'au montant de la prime correspondant à la durée de la couverture effective du risque, sauf exceptions nomément indiquées par la loi.

e) l'assuré, dont le CA a été annulé pour non-paiement d'une prime, a le droit d'en exiger la remise en vigueur, dans un délai déterminé, à des conditions libérales que la loi préciserait, à l'instar par exemple de l'avant-projet van Dievoet (art. 107 al. 3).

A. L'obligation de l'assuré à un certain comportement

1. Dès le moment où il entre en contact avec l'assureur et jusqu'au terme du CA (au-delà même, si le risque s'est réali-

sé), l'assuré est astreint à peine de déchéance de ses droits, à dire certaines déclarations, à faire certains actes ou à s'abstenir de certains autres, à agir dans les limites de certains délais: c'est l'ensemble de ces «devoirs»[76] que nous désignons par «comportement»[77].

a) Le législateur accepte que l'assuré ait des conduites précises à tenir; mais lui-même ne lui prescrit rien, ce qui est conforme au caractère de «règlement» qui convient à une LCA. Le fait qu'il mentionne, expressément, un certain nombre de devoirs de l'assuré – et même la plupart d'entre eux –, signifie seulement qu'elle donne caution de légitimité à ces exigences de l'assureur[78]. Remettre donc en cause tel ou tel devoir de l'assuré ou la sanction qui est, légalement, attachée à sa contravention, ce n'est s'attaquer ni aux bases de la loi, ni aux conceptions fondamentales du législateur, mais simplement revoir les conditions de l'assureur.

Non seulement la loi reconnaît à l'assureur le droit de soumettre l'assuré à l'obligation d'un certain comportement, mais il lui laisse aussi toute faculté de prescrire à sa convenance, les actes (commissions ou omissions) qui en traduisent les modalités concrètes. L'assureur jouit à cet égard de la

---

[76] Que notre LCA nomme «obligations» (idem dans la LCA fr.), «obblighi» (idem dans le CCI), «Obliegenheiten» (comme la LCA all.), sur la nature juridique desquels – ce dont nous ne parlerons pas, notre propos ne l'exigeant pas – la doctrine est divisée (voir KOENIG, op. cit. § 113 p. 110 et sv.; R. SCHMIDT, op. cit. p. 110; E. BRUCK, op. cit. p. 243, 279; A. EHRENZWEIG, op. cit. p. 274 et sv.; A. BESSON, op. cit. p. 3 et sv.; A. DONATI, op. cit. II N°s 458 et sv. p. 381 et sv., en part. N° 462 p. 390; ROELLI, op. cit. I p. 530/531; WEYERMANN, th. cit. p. 27; GANTENBEIN, th. cit. p. 29 et sv.

[77] ROELLI, op. cit. I Note 5b ad art. 45 p. 531.

[78] C'est des conditions des assureurs de son temps que le législateur les a tirées: d'où leur caractère *toujours* semi-impératif (sauf art. 51 – surassurance – et art. 53 – double assurance), alors même que la loi ne le relève pas pour certaines; mais l'énumération de l'art. 98 n'est pas exhaustive (ROELLI/JAEGER, op. cit. III Note 6 ad art. 98 p. 477).

même latitude qu'il a, à teneur de la loi, de fixer, à sa guise, l'étendue de la couverture d'assurance qu'il entend offrir: c'est ce à quoi il faut conclure, en l'absence d'un texte formel contraire de la loi. De lege ferenda une liberté aussi totale ne saurait être admise, car, comme nous l'avons déjà dit, couverture de risque et clauses de déchéance sont en relation étroite, l'étendue réelle de la première dépendant directement des exigences concrètes des secondes. Aussi les LCA modernes limitent-elles expressément la liberté de l'assureur, soit en prohibant certaines clauses de déchéance [79], soit en enjoignant au juge de les ignorer, en tout ou en partie, pour s'en tenir à la «bonne pratique» de l'assurance [80].

b) En procédant de manière empirique, notre législateur a dressé l'inventaire des clauses de déchéance usuelles dans les conditions de l'assureur de son temps et s'est contenté, soit de les confirmer sans réserve, soit d'apporter une atténuation qu'il prescrit, casuistiquement, pour chacune d'elles. Aussi trouvons-nous dans notre LCA un éventail de solutions diverses dont on ne voit pas quelle pensée directrice les a inspirées. On lui a fait reproche avec raison de ce manque de méthode [81]. Car il a livré ainsi ses prescriptions à l'interprétation libre de qui les explicite ou les applique: la sécurité de droit n'y gagne certes pas. Il manque donc à notre LCA – et c'est un défaut grave – la rigueur systématique et la hauteur de vues d'un vrai règlement d'ensemble qu'unifient des principes généraux précis, sur tout ce qui a trait au comportement de l'assuré [82].

---

[79] Par exemple LCA fr.: art. 24 al. 1 et 2; avant-projet VAN DIEVOET: art. 7 et 28.

[80] Telle la LCA suédoise, dont le § 34 s'intitule: «Nichtigkeit von Versicherungsbedingungen, die zu offenbarer Unbilligkeit führen.» Exemple à ne pas imiter: le législateur ne saurait se décharger sur le juge du soin de réaliser in concreto son intention législative.

[81] H. MAYR, op. cit. p. 28/29; A. EHRENZWEIG, ME p. 67.

[82] Ainsi qu'avec son art. 15 la LCA fr. en donne l'exemple.

c) L'assuré qui parcourt la loi actuelle y retrouve la litanie des bévues qu'il lit – quand il les lit – dans les conditions générales de son CA, et qui, s'il les commet, le mettent à la merci de l'assureur: il n'y découvre pas de texte propre à lui donner la conviction que, sauf cas exceptionnels et exactement délimités, son CA est intangible. Au contraire:

aa) il apprend qu'à de rarissimes exceptions près[83], chaque contravention à l'un de ses devoirs, entraîne cette conséquence: «l'assureur n'est pas lié par le contrat» ou il peut s'en départir unilatéralement, tout en gardant les primes encaissées jusque là[84]. «Tout ou rien», tel est le langage de la loi.

bb) Certes, l'assuré retient que le législateur a modéré une rigueur aussi extrême: dans nombre de cas, seule la contravention fautive entraîne la déchéance[85]; dans certains autres, le manque de causalité entre l'acte proscrit (commission ou omission) et la survenance du sinistre (ou l'étendue de la prestation incombant à l'assureur) profite au contrevenant[86]; enfin, d'une façon générale, l'absence d'une faute[87] ou la preuve d'une excuse valable[87a], empêche l'assureur de se prévaloir de la contravention commise. Mais, pratiquement, que valent ces «atténuations»? Elles appellent plus l'intervention du juge qu'elles n'étayent les assises du CA. D'autre part, est-il possible, normalement, d'admettre une contravention à un devoir sans retenir une faute quelconque à la charge de qui la commet? L'assuré a raison de ne le point croire et de considérer la loi comme une arme, qu'à tout instant, l'assureur peut brandir contre lui: si celui-ci, en effet, appliquait strictement le texte légal et trouvait un juge pour l'appuyer, il serait obligé de n'exécuter que fort peu de CA. La LCA n'est pas la garante certaine de la solidité du CA;

---

[83] Art. 38 al. 2, 61 al. 2 et 75 al. 2 LCA.

[84] Voir art. 25 et 26 LCA.

[85] Art. 14 al. 1 à 3; 26; 38 al. 2 et 3; 40; 45 al. 1; 51; 53 al. 2; 68 al. 2 LCA.

[86] Art. 8 chif. 1; 29 al. 2; 32 chif. 1 LCA.

[87] et [87a] Art. 45 al. 1 et art. 45 al. 3; 61 al. 3 LCA.

c'est l'assureur et le juge qui assument cette charge: le premier, parce qu'il récuse, en fait, les conditions d'assurance d'un temps révolu dont la loi est le miroir; le second, parce qu'il n'entend pas le discours des assureurs d'antan que la loi perpétue. Ce fait dépouille la LCA actuelle de sa valeur de loi destinée à promouvoir l'assurance.

2. On s'accorde généralement aujourd'hui[88] à penser que la rigidité de notre loi, en matière de déchéance, n'est plus supportable: un assouplissement du texte légal, une réglementation plus nuancée, qui tiennent mieux compte et de la gravité de la contravention commise par l'assuré et de l'importance des effets, préjudiciables pour l'assureur, que cette contravention a eus, apparaissent aussi nécessaires qu'opportuns[89].

Mais les avis diffèrent sur la manière la plus indiquée de réaliser ce propos.

a) D'aucuns[90] pensent que, réserve faite des quelques prescriptions, impératives absolument, que l'ordre public demande, les dispositions semi-impératives – elles ont trait aux «devoirs» de l'assuré – n'ont plus de raison d'être: l'assureur moderne a renoncé depuis longtemps à sa rigueur d'autrefois; il accorde aux assurés des avantages bien supérieurs à ceux – minimums – que la loi entend leur garantir; quant aux sanctions sans nuances que la loi prévoit pour certaines contraventions de l'assuré, l'assureur ne se prévaut généralement plus autant que jadis de son droit à les appliquer. Que le législateur restaure donc l'entière «liberté des

---

[88] Voir thèses citées de Lutz, Hagmann, Hedinger e.a. et littérature qui y est citée.

[89] Au début du siècle déjà, le danois N.H. Bache (Über die Anzeigepflicht des Versicherten beim Abschluß der Versicherung, Wien 1903) et l'allemand O. Prange (Kritische Betrachtungen zu dem Entwurf eines Ges. über den VV., Leipzig, 1904) l'avaient, en vain, demandé. Leurs critiques s'adressaient à la LCA all., mais elles valent plus encore pour la nôtre: celle-ci ne connaît pas certaines cautèles (§ 16 al. 2, § 17 al. 2, § 21, § 41) de celle-là.

[90] Par exemple Lutz, th. cit. p. 61 à 63.

conventions», mais qu'il maintienne la menace de la sanction rigoureuse qu'est la déchéance, afin de tenir en respect les assurés enclins à abuser l'assureur. Ce dernier ne profitera pas de sa liberté restaurée: il sera contraint par les impératifs de la concurrence économique à témoigner toute sollicitude à ses clients.

Outre qu'elle contredit l'intention fondamentale du législateur, cette thèse est inacceptable, qui veut faire de la LCA une loi-épouvantail: une loi de cette sorte n'est pas digne de respect. De plus, l'idée sous-jacente est de faire de l'assureur le maître du droit de l'assurance et le seigneur de l'assuré: le législateur qui y consentirait se nierait lui-même. On ne saurait, à notre avis, retenir sérieusement une telle proposition qui, par ailleurs, fait superbement fi du réel.

b) D'autres[91] estiment que la façon empirique de codifier les pratiques des assureurs les plus libéraux est, aujourd'hui comme hier, la bonne. Ils souhaiteraient donc une mise à jour de la loi qui fixerait les usages actuels, interdisant ainsi tout «recul» dans les avantages dont bénéficient les assurés. Cette seconde thèse réduit le législateur à un rôle qui n'est pas plus reluisant que celui que lui assignait la première: celle-ci met le législateur au service de l'assureur, celle-là le nomme gendarme, gardien des droits acquis de l'assuré. C'est une conception inacceptable de la loi. Quant à faire dépendre le sort de l'assuré d'un état de libre concurrence économique[92], nous ne pouvons nous y résoudre: nous ne croyons à la «bonté» d'aucun système économique, mais à la force de solides lois et d'une conscience juridique en constant éveil. Le législateur qui attend de la seule pression de la concurrence un perpétuel mouvement en avant de l'assureur, ne remplit pas sa tâche: il lui incombe d'indiquer la direction où doit porter l'effort de l'assureur.

c) Le plus large courant d'opinion affirme que «das Ideal-

---

[91] Ainsi MAYR, op. cit. p. 57/58.

[92] A. EHRENZWEIG, ME p. 12 et suivantes, en part. p. 16/17.

gesetz wird das Kausalitäts-Prinzip mit dem Schuldgradprinzip verschmelzen»[93]. La règle générale – que l'on préconise d'adopter comme fil directeur de la future revision de la LCA[94] – devrait être celle-ci: l'assuré perd entièrement ses droits dans tous les cas, quels qu'ils soient, où il commet un dol; dans tous les autres, quels qu'ils soient, le degré de la faute commise *et* le degré de causalité entre l'acte reproché à l'assuré et la réalisation du sinistre (ou son aggravation) seraient, chaque fois, judicieusement dosés pour rectifier le montant de la prime (Vertragskorrektur) ou réduire convenablement la prestation d'assurance (Anspruchs- und Leistungsregulierung). Cette thèse, juridiquement impeccable, est séduisante: elle permettrait une réglementation apparemment aussi souple que juste; de grands maîtres de la doctrine la couvrent de leur autorité[95], des LCA modernes en ont, dans une mesure plus ou moins grande, réalisé les exigences[96], des projets de LCA s'en inspirent largement[97].

Cependant, nous devons récuser cette thèse, dans *toute* la

---

[93] A. Ehrenzweig: «Das Versicherungsvertragsrecht der Ostseestaaten» dans ZVW 1931 p. 260.

[94] Voir en part. op. cit. de Mayr.

[95] Avec des nuances diverses et, parfois, certaines réserves, les auteurs cités dans notre bibliographie, sont partisans de l'application nuancée des notions de «causalité» et de «faute».

[96] Les premières à le faire furent les LCA scandinaves (voir dans ME l'étude détaillée qu'A. Ehrenzweig leur consacre, en leur reprochant d'être restées à mi-chemin dans la voie dans laquelle elles se sont engagées). La LCA fr. n'est pas allée aussi loin que par exemple la LCA suédoise, mais elle diversifie les sanctions applicables à l'assuré contrevenant à l'un de ses devoirs, selon le critère de la commission de bonne ou de mauvaise foi (voir art. 15 en relation avec art. 17, les art. 21 et 22), et se soucie de distinguer les cas de suspension, de nullité, de résiliation anticipée et de déchéance – rigueur systématique à donner en exemple (voir A. Besson, op. cit.). La réglementation du CA dans le CCI est parente de celle de la LCA fr.

[97] Par exemple l'avant-projet van Dievoet, le projet grec de 1948, qui puisent largement dans la LCA fr. (voir A. Argyriadis, art. déjà cité dans VwA 1957 p. 129 et sv.).

mesure où elle s'appuie sur la notion de «faute»: celle-ci n'a rien à faire dans le domaine de l'assurance terrestre; elle *doit* en être *radicalement éliminée.* Car articuler la réglementation des devoirs de l'assuré d'après cette notion, c'est:

aa) ouvrir une source intarissable de procès (qui, sinon le juge, déciderait si l'assuré a commis une faute et quel en est le degré ?) et, de plus, instaurer le règne d'un droit fluctuant au gré des appréciations personnelles d'un juge, ce dont s'accommode le moins une institution comme l'assurance;

bb) méconnaître cette réalité très particulière qui s'appelle «l'assuré»: l'homme raisonnable, le sujet de droit diligent, le bonus paterfamilias, le commerçant avisé du droit commun, c'est, bien sûr, aussi l'assuré, mais avec une psychologie et des motivations différentes, qui en font un être singulier, ni aussi prudent, ni aussi vigilant, ni aussi soucieux d'éviter un débours quelconque à un autre; c'est un «réel» dont le législateur *doit* tenir compte. Dire, comme on l'a affirmé [98] – et depuis répété à l'envie [99] – que l'assuré doit se comporter comme s'il ne possédait pas d'assurance, c'est délibérément ignorer les besoins humains que l'assurance doit satisfaire. Si l'assuré se doit constamment préoccuper de son comportement, à quoi donc sert l'assurance, où donc réside sa fonction libératrice de l'homme [100] ?

cc) fermer les yeux aux conditions de vie de l'homme moderne: dans un monde où l'usage généralisé de moyens mécaniques – machines et instruments – rend inévitables, imprudences, erreurs et maladresses, dont les conséquences peuvent être graves pour soi et pour autrui; où le rythme d'une existence bousculée et sollicitée de toutes manières, engendre immanquablement fatigue du corps et de l'esprit, dispersion de l'attention, témérités et négligence de conduite, toutes causes certaines d'actes malencontreux et préjudiciables, quel est l'acte que l'on ne pourrait qualifier de «fautif» ? Nous

[98] E. Bruck, op. cit. p. 40.
[99] H. Gaugler, op. cit. p. 29.
[100] Message, p. 43.

vivons dans un aménagement du monde tel que la moindre bévue peut avoir des effets dommageables très étendus: alors, oublis, inattentions, incorrections, inexactitudes, retards, revêtent, si l'on se réfère aux jauges du droit commun, la forme grave de la faute, à telle enseigne que la faute «lourde» devient le fait le plus courant. Sans une vigilance de tous les instants – pratiquement impossible à réaliser – nul n'est à l'abri d'un tel reproche: on comprend que parfois nos tribunaux[101] s'essayent, dans le domaine de l'assurance, à élaborer un concept restrictif de la faute;

dd) se mettre en contradiction avec la logique interne de l'assurance et avec son évolution la plus certaine et la plus heureuse: celle-ci s'opère dans le sens d'un élargissement du concept de risque assuré; elle tend, chaque jour plus, à couvrir l'acte «fautif», quel que soit le degré de la faute commise: pour l'assureur moderne, la faute «lourde» aussi, est un événement aléatoire, au même titre que l'événement purement casuel. L'adage «culpa lata dolo aequiparatur» est, transposé dans le domaine de l'assurance, faux: la faute lourde laisse subsister le risque; elle est techniquement assurable; elle est événement fréquent dans la vie moderne, autant de raisons pour que l'on n'en tienne pas rigueur à l'assuré. L'assureur-vie ne le fait plus, depuis longtemps; les autres assureurs se montrent encore réticents à le faire, mais avec une conviction qui va s'amenuisant.

d) L'on objectera: nos raisons plaident en faveur d'une couverture d'assurance qui englobe la réalisation du sinistre par un acte involontaire de l'assuré, alors même que le droit commun le qualifierait de gravement fautif. Une couverture aussi étendue est déjà prévue par notre loi[102] à titre facultatif pour l'assureur; rien ne s'opposerait à ce que le législateur, entérinant une pratique existante qui se généralise, en ordonne – sous certaines réserves à préciser – l'octroi obliga-

---

[101] Par exemple RBA VI N° 78, p.115; VIII N°s 67 et 72; X N° 17 p.67; N°s 19, 20.

[102] Art.14 al.2 et 3 LCA.

toire pour toute assurance: les LCA modernes[103] l'ont fait, les futures LCA le décideront certainement[104]. Cependant, il s'agit en l'occurence de la mesure dans laquelle un risque est ou n'est pas assuré, non de cas de déchéance. Ceux-ci concernent le comportement de l'assuré dans ses rapports personnels avec l'assureur; c'est ce comportement qu'il convient de juger et de sanctionner, s'il est condamnable, et il l'est toutes les fois que l'assuré manque à la correction et à la diligence qui sont le fait d'un honnête homme: il est normal, comme il est juste, que la gravité de la sanction se mesure à la gravité de la faute.

Nous répondrons:

aa) La distinction entre l'acte fautif, cause de la réalisation du sinistre[105] et la contravention fautive à un devoir[106] aboutit, en fait, à subordonner la couverture du risque assuré à la condition que l'assuré ne se rende coupable d'aucune faute dans son comportement à l'égard de l'assureur. Une telle condition n'a pas de raison d'être: le déroulement de l'opération d'assurance n'est nullement influencé par la commission ou non, d'une faute de l'assuré; ce n'est que dans la mesure où l'acte reproché à l'assuré a influé réellement «sur le sinistre et sur l'étendue des prestations incombant à l'assureur» qu'il peut être signifiant pour l'assureur. Seul le critère de la causalité peut être retenu; celui de la faute n'a que faire ici.

bb) Il convient de se rendre compte du sens des «devoirs» que l'assureur impose à l'assuré et, par voie de conséquence, de la vraie signification de la déchéance, en tant que sanction

---

[103] Telle la LCA fr.: art. 12 et art. 13.

[104] Voir par exemple l'avant-projet VAN DIEVOET: art. 6 et art. 8.

[105] Qu'il faut, de lege lata, considérer, si la faute lourde n'est pas expressément couverte, comme une «exclusion de risque», c'est-à-dire comme un cas de non-assurance (A. BESSON, op. cit. p. 48).

[106] Qui donne à l'assureur le droit de se prévaloir d'une clause de déchéance.

de la violation d'un de ces devoirs. Constatons que, tant pour la conclusion que pour l'exécution du CA, l'assureur est largement tributaire de l'assuré:

- que celui-ci décrive incomplètement ou inexactement le risque qu'il propose d'assurer;
- qu'il taise une aggravation essentielle du risque assuré, qu'il a provoquée ou qu'il sait être intervenue;
- qu'il n'exécute pas sérieusement des obligations déterminées qu'il a assumées, en vue d'atténuer le risque ou d'en empêcher l'aggravation;
- qu'il s'abstienne d'avertir l'assureur, à temps utile pour ce dernier, de la survenance du sinistre;
- qu'il omette de fournir certains renseignements ou documents ou ne les communique que tardivement;
- qu'il ne s'emploie pas à circonscrire un sinistre, dans toute la mesure raisonnable;
- qu'il modifie, sans l'accord de l'assureur, l'état des choses endommagées lors d'un sinistre;
- qu'il compromette, par son fait, l'exercice efficace du droit qu'a l'assureur de recourir contre les tiers, responsables en raison d'actes illicites, du sinistre indemnisé par lui;

et l'assureur court le danger de devoir prendre en charge une couverture de risque, plus étendue, ou une prestation d'assurance, plus élevée, que celles auxquelles il pensait consentir. A ce danger, tout CA expose l'assureur; c'est là son «risque secondaire»[107], risque en corrélation directe avec le risque assuré, dont il est, pratiquement, sinon logiquement, inséparable, puisque l'étendue de la couverture d'assurance est plus ou moins vaste, selon que l'assureur assume ou n'assume pas volontairement[108] ce risque secondaire. Or ce

[107] A. Ehrenzweig, op. cit. p. 274.

[108] C'est en cela que réside la question: qui *devrait* normalement supporter le «risque secondaire», l'assureur ou l'assuré? A. Ehrenzweig fait des distinctions (ME, p. 76) qui ne nous paraissent pas

risque se réalise, en règle générale, exclusivement par le fait de l'assuré: si donc, celui-ci contrevient intentionnellement à l'un de ses devoirs, il rend ce risque purement potestatif, et par voie de conséquence le risque assuré aussi, dans la mesure – et dans cette seule mesure – où la réalisation du risque secondaire a influé sur la survenance de l'événement d'assurance, causant donc le sinistre intentionnellement. Mais cela ne se peut admettre: la notion même de l'assurance est exclusive d'un risque purement potestatif[109]. La raison pour laquelle l'assureur impose des devoirs à l'assuré et des clauses de déchéance pour le cas où ce dernier y contrevient, ne fait plus de doute: l'assureur se prémunit contre le risque purement potestatif, inassurable absolument.

Cette conception n'a rien d'apriorique, nous tenons à le souligner. Lorsque l'assureur a inventé la clause de déchéance, c'est sur le plan et dans l'optique de son métier d'assureur qu'il se situait. On ne peut supposer qu'il se soit préoccupé de sanctionner des actes moralement condamnables et juridiquement punissables de l'assuré: d'où aurait-il pris ce droit qui ne lui appartient à aucun titre. Ce dont l'assureur se soucie, c'est d'«assurer», c'est-à-dire de donner couverture pour un risque véritablement aléatoire. Car, ne l'oublions pas, c'est dans l'assurance maritime que naissent les clauses de déchéance, à une époque où un transport par voie de mer était encore la plus aventureuse des entreprises. A raison du fait que seul l'assuré disposait, en contrevenant à l'un quelconque de ses devoirs, de la possibilité de tirer, à son gré, le maximum de profit de l'assurance, de soigner ses intérêts sans égard pour l'assureur, en bref, de provoquer, par sa seule volonté, l'issue malheureuse, pour l'assureur, de l'affaire d'assurance, celui-ci risquait, parce que de considérables fortunes étaient en jeu, d'énormes pertes d'argent.

---

fournir de véritables critères *objectifs* de jugement. Il nous semble aussi simple que juste de mettre, en principe, à la charge de l'assureur, *tout* le risque.

[109] Mais non du risque «simplement» potestatif.

La menace comminatoire de la «déchéance» – mesure d'une extrême rigueur, qui, pour l'assuré, pouvait signifier, parfois, la ruine entière –, par son pouvoir d'intimidation et de stimulation à l'égard d'un partenaire rompu aux affaires, traitant sur un pied d'égalité avec l'assureur, le devait contraindre à cette totale franchise, à cette loyauté absolue, à cette scrupuleuse diligence, sans lesquelles le risque assuré aurait perdu son caractère aléatoire: tout manquement évitable de l'assuré à la bonne foi essentielle se qualifie ici, nécessairement, de mauvaise foi caractérisée et plus précisément de *fraude*[110]. Mais, insérées telles quelles dans les conditions des assurances terrestres, c'est dans le contexte d'une réalité de fait, toute différente, qu'elles viennent à être appliquées. Les qualités morales de partenaires recrutés en masse, par des agents «intéressés» à conclure des «affaires», ne peuvent être appréciées par avance: soucieux d'écarter les risques «subjectifs» mauvais[111], les assureurs jugent leurs assurés d'après la «conduite» que révèlent les renseignements qui leur parviennent durant le contrat ou lors du sinistre; parce qu'en principe ils ne couvrent pas encore les risques simplement potestatifs, ils qualifient toute «faute» de l'assuré, selon les concepts du droit commun, de comportement «abusif»: ils s'en estiment victimes, et jugent donc devoir la «punir», sans égard au résultat effectif qui en aurait été la conséquence, ni à la gravité de la sanction que constitue la «déchéance» qu'ils prononcent. La clause de déchéance en vient ainsi à jouer la double fonction préventive et répressive d'une pénalité civile sanctionnant un acte «fautif» de l'assuré – que lui attribuera par la suite la doctrine[112] – et non plus le rôle d'une exclusion, de la couverture d'assurance, d'un

---

[110] Ainsi s'explique le principe du «tout ou rien» qui est à la base de la clause de déchéance, principe qui, dans l'assurance maritime, ni ne heurte la réalité des faits ni n'offusque la conscience juridique.

[111] Constituer un portefeuille de risques rigoureusement sélectionnés est, aux temps de la prime histoire de l'assurance terrestre, la préoccupation majeure des assureurs.

[112] A. Besson, op. cit.

événement inassurable – la fraude de l'assuré. Codifiant des pratiques dont il ne met en cause ni le bien-fondé ni la nécessité, le législateur épouse ces vues de l'assureur et se borne à apporter ici ou là un correctif à la sévérité de la sanction prévue, mais un correctif qui s'appuie sur des critères subjectifs d'appréciation, et, par conséquent, inadéquats sans la constante partialité du juge ou le désistement chronique de l'assureur à se prévaloir de la lettre de la loi, à réaliser l'intention législative fondamentale de celle-ci[113].

3. Or cette intention législative exige que, tout en évitant de créer ou d'alimenter des sources de procès ou de fournir à des assurés à la conscience élastique des occasions d'abus intolérables, le CA reste en vigueur en toutes circonstances. Un tel objectif ne peut être atteint sans que le législateur édifie une réglementation basée sur des critères *objectifs*, qui élimine – hormis les cas où une norme d'éthique ou d'ordre public le demande absolument – tout recours à une appréciation d'une «faute» de l'assuré. Dans ce dessein, il faut résolument abandonner la conception de la «déchéance» comme celle d'une pénalité civile et redonner à cette notion le sens et le but que lui assignaient jadis les assureurs maritimes. Il faut donc considérer comme relevant du même domaine et formant un tout inséparable, les prescriptions sur l'étendue du risque assuré, sur le sinistre causé par faute et sur les devoirs de l'assuré. Partant de ce que n'est inassurable absolument que le risque purement potestatif, que l'assureur doit couvrir tout sinistre provoqué par une faute, même lourde, de l'assuré, nous estimons qu'une réglementation légale, *objective*, adéquate, se laisse fonder sur les quatre principes généraux suivants:

a) La déchéance pour l'assuré, de ses droits découlant du CA, n'est encourue que dans les seuls cas où, directement par un acte quelconque, ou indirectement par une contravention

[113] Il serait aussi vain qu'injuste de le reprocher au législateur, en considérant avec les yeux de l'homme d'aujourd'hui des situations d'antan.

à l'un de ses devoirs, cet acte ou cette contravention ayant été commis *avec intention*, l'assuré a effectivement influé sur la réalisation du risque assuré – sur le sinistre donc – ou sur l'étendue des prestations incombant à l'assureur;

b) La déchéance n'est pas indivisible, dès lors que seul le résultat réellement obtenu par l'assuré compte; elle ne sera donc encourue que dans la seule mesure de ce résultat; tout acte ou toute contravention intentionnels de l'assuré qui n'auraient eu aucun effet réel, n'entraîneraient aucune conséquence pour son auteur;

c) La déchéance, totale ou partielle, est attachée au résultat prohibé qu'obtiennent les seuls actes ou contraventions intentionnels dont l'assuré est *personnellement* l'auteur: celui-ci ne répond pas des sinistres causés, même par dol, par des personnes dont il serait civilement responsable. Si le législateur ordonne à l'assureur de couvrir, sans restrictions, tout risque, simplement potestatif, il ne saurait lui permettre de réduire la valeur pratique de cette prescription, en rendant l'assuré responsable du fait d'un tiers[114].

d) L'acte et la contravention intentionnels sont ceux-là seuls qui, commis personnellement par l'assuré, l'ont été dans l'intention délibérée d'obtenir le résultat interdit. C'est donc le seul résultat réalisé dolosivement qui sera déterminant. Cependant, on ne saurait s'arrêter ici au dol du droit civil, qui s'apprécie sans qu'on ait à rechercher le motif de l'acte illicite ou le but de son auteur[115]. Mais, dans l'assurance, c'est ce motif qui est décisif: c'est l'intention qui anime l'assuré, dont il faut se préoccuper, car n'est un risque purement potestatif que celui dont la réalisation dépend de la seule volonté de l'assuré, quand cette volonté est dirigée exclusivement sur la réalisation du risque, c'est-à-dire quand l'assuré

---

[114] D'où l'art. 13 LCA fr.; l'art. 8 de l'avant-projet VAN DIEVOET, qui complètent logiquement l'un l'art. 12, l'autre l'art. 6 de leur loi respective.

[115] V. TUHR, op. cit. I § 47 p. 340.

provoque le sinistre pour toucher la prestation de l'assureur. Or, l'assuré peut bien vouloir réaliser le risque – causer donc le sinistre – sans nécessairement le vouloir pour obtenir la prestation de l'assureur[116]. Dans ce cas le risque, à notre avis, est simplement potestatif – donc assurable – et non purement potestatif – et donc inassurable absolument. Dès lors, le «dol», déterminant, autant que le résultat obtenu effectivement, pour l'application d'une clause de déchéance, doit s'entendre au sens *pénal* du terme : il s'assimile à l'escroquerie et doit être traité comme tel[117]. D'où cette conclusion : l'assureur ne pourra se prévaloir, en tout ou en partie, d'une clause de déchéance que si l'assuré a commis, avec succès, une *fraude*. Ainsi se trouverait éliminée, dans la mesure la plus notable, la notion de la faute, en tant que critère d'appréciation des droits de l'assuré. Car un délit pénal ne se présume pas, il se prouve. A l'assureur donc de l'établir. Pratiquement, il sera hors d'état d'en rapporter la preuve de la façon rigoureuse exigée en pareille matière : généralement, il ne pourra invoquer que des soupçons fondés sur des indices plus ou moins accusateurs. Aussi se verra-t-il forcé de demander les investigations d'un juge d'instruction : il devra donc déposer plainte pénale contre l'assuré qu'il met en cause. Nous ne voyons que des avantages à une telle exigence :

aa) La «déchéance» qui est, pour l'assuré, une mesure funeste d'une extrême gravité, serait ainsi liée à un acte de gravité équivalente, ce qui est exigence de justice et surtout exigence du sentiment populaire, une raison que le législateur doit retenir particulièrement, s'il entend promouvoir l'assurance ;

bb) Une mesure aussi grave ne serait plus la décision unilatérale du seul assureur, décision que l'assuré peut toujours taxer d'arbitraire ; elle serait la sanction d'un délit pénal, donc

---

[116] Distinction entre «Anspruchsverwirkung» et «Risikoregulierung» que demande A. Ehrenzweig (ME, p. 81).

[117] Voir Dieter Farny : Das Versicherungsverbrechen, Berlin, 1959.

d'un fait dûment et objectivement établi. Une telle objectivité, il est vain de l'espérer sur le terrain du droit civil: quoi que l'on dise, aux yeux d'un juge civil, un différend entre assureur et assuré est un conflit d'intérêts, qu'il aborde, consciemment ou inconsciemment, déjà prévenu contre l'assureur, car – ne l'oublions pas – la déchéance n'est pas seulement une lourde peine pour l'assuré, mais une occasion de profit pour l'assureur; celui-ci n'est plus lié par le CA et de surcroît il conserve le bénéfice des primes qu'il a encaissées: n'est-ce pas assez – et plus qu'il n'en faut – pour qu'avec l'assuré, le juge civil suspecte l'assureur de décréter la déchéance de l'assuré pour soigner ses intérêts? Tandis que le juge pénal ne se livre pas à de telles considérations: il recherche à établir si, oui ou non, il y a eu commission d'un délit punissable;

cc) L'assuré qui s'entend déclaré déchu des droits découlant, pour lui, du CA ne sera plus ni enclin ni forcé d'intenter procès à l'assureur, procès, pour lui, aussi onéreux que fastidieux; c'est une sentence de juge qui lui sera appliquée, qui en rien ne met l'assureur en cause;

dd) Obligé de déposer plainte pénale, l'assureur ne s'avancera qu'avec prudence, mais ce sera une circonspection de bon aloi; aujourd'hui sa retenue exprime sa crainte devant la perspective d'un procès qui, quelle qu'en soit l'issue, entame sa réputation dans le public: aussi les assurés suspects de mauvaise foi sont-ils très différemment traités. La voie obligatoire de la procédure pénale permettra enfin de traiter d'égale façon tous les assurés sans scrupules, qu'ils soient puissants ou misérables, effrontés ou craintifs, et de combattre efficacement leurs abus – les seuls vrais abus –, ce qui est dans l'intérêt public comme dans l'intérêt de l'assurance et des assurés, en général;

ee) Enfin, l'audience de l'assureur en serait considérablement accrue auprès de l'assuré: celui-ci n'aurait plus le sentiment de dépendre du jugement de l'assureur, il saurait

que seule la tentative de fraude, ayant eu un résultat effectif, donnerait à l'assureur le droit de refuser, totalement ou partiellement, sa prestation patrimoniale, droit que dans un tel cas, même le fraudeur admet. Dès lors, le climat actuel de méfiance larvée, sinon toujours ouvertement déclarée, entre assureur et assuré, se devrait dissiper, d'autant plus certainement que l'assureur ne profiterait en rien du refus de payer qu'il opposerait à un assuré, coupable de fraude. Actuellement, outre le droit de demander des dommages-intérêts, selon les règles du droit commun[118], l'assureur qui «n'est pas lié par le contrat» est autorisé[118a] à garder les primes que lui a versées l'assuré. A titre de «dommages-intérêts»[119] ou «parce qu'il a couvert le risque assuré»[120], lit-on, dans la doctrine, et les deux explications peuvent trouver fondement dans notre loi[121]. Mais elles ne satisfont guère: quel est le risque qu'aurait couvert l'assureur, dès lors que le sinistre, même régulièrement survenu – c'est-à-dire dans le cadre de la couverture d'assurance accordée – ne lui coûte rien[122]? Et quel serait son «dommage» s'il ne doit fournir

---

[118] et [118a] Art. 25, 26 et 27 (par convention ici) sous réserve des al. 2 à 4 de l'art. 25 LCA.

[119] Ainsi dit expressément par exemple l'art. 21 al. 2 de la LCA fr.

[120] ROELLI, op. cit. I Note 1 ad art. 25 p. 318.

[121] Selon le sens que l'on donne aux art. 25 et 26 LCA.

[122] Pour ROELLI (loc. cit.) c'est une exigence de la technique d'assurance: «die vom Versicherten (oder Versicherer) gewährte Leistung (Gefahrübernahme) kann welches auch immer der Auflösungsgrund sein mag, nicht rückgängig gemacht werden». Mais ce n'est pas une explication satisfaisante: si la déchéance est prononcée après la réalisation du risque, le sinistre étant survenu sans le fait de l'assuré, celui-ci est privé précisément de la prestation à laquelle l'assureur est régulièrement tenu; et si elle est appliquée avant la survenance du sinistre, c'est – de lege lata, du moins pour le cas de réticence – une annulation de contrat qui intervient (art. 62 al. 2 C.O. selon ROELLI, op. cit. I Note 2/d ad art. 6 p. 108/109): la répétition des primes payées s'impose aussi bien que celle des prestations patrimoniales versées par l'assureur avant la découverte du fait entraînant la déchéance, le droit de l'assureur à des dommages-intérêts – mais uniquement en raison de l'intérêt qu'il

aucune prestation[123]? On peut dire, au contraire, qu'aujourd'hui l'assureur a intérêt à faire déchoir l'assuré de ses droits, en particulier lorsqu'il applique cette sanction – et c'est le cas le plus fréquent – après que le sinistre est survenu. A quel titre juridiquement valable la «turpitude» de l'assuré sans conséquence quelconque[124] devrait-elle enrichir l'assureur? Nous n'arrivons pas à le discerner et nous pensons que le fait ne rehausse certainement pas le prestige de celui-ci: étonnons-nous, dès lors, que assuré et juge ne se laissent pas aisément convaincre de la pureté des intentions de l'assureur, quand celui-ci décide de se prévaloir d'un cas de déchéance. La tentative de fraude restera-t-elle donc impunie? Pourquoi faut-il absolument la punir dès lors que personne n'a été lésé[125]? L'ordre public n'exige pas que l'assureur joue les

---

avait à *ne pas* conclure l'assurance, puisque c'est lui qui résilie le contrat – étant réservé. Car, en réalité, l'assureur n'a couvert aucun risque: on peut, sans forcer l'analogie, y voir une situation semblable à celle du cas de la nullité absolue (art. 9). Quant à l'opinion que ce droit se justifie par le fait que l'assureur a couru le risque de ne pas découvrir la cause pour laquelle l'assuré pourrait être déchu de ses droits, nous la trouvons bien spécieuse.

[123] A. Besson, op. cit. p. 39: «Comment concevoir que l'assureur en dehors de l'annulation du contrat puisse prétendre à une indemnité et une indemnité égale à toutes les primes échues?», se demande cet auteur qui ajoute: «... et comme le plus souvent le montant des primes reçues en contre-partie est bien inférieur au montant de l'indemnité stipulée, l'annulation du contrat, loin de lui porter préjudice, lui est au contraire avantageuse».

[124] Généralement: de lege lata le seul acte (commission ou omission) reprochable à l'assuré suffit (sauf dans deux cas: art. 38 al. 2 et art. 61 al. 2) à entraîner la déchéance.

[125] La LCA suédoise, par exemple, ne le pense pas, qui à son § 23 prescrit: «wenn vereinbart worden ist, daß derjenige, der nach Eintritt des Versicherungsfalls einen für dessen Beurteilung erheblichen Umstand in betrügerischer Absicht angezeigt, verschwiegen oder verheimlicht hat, ein Recht verlieren soll, das ihm sonst auf Grund des Versicherungsfalls zustehen würde, so kann dessen ungeachtet unter Beachtung aller Umstände, unter denen das betrügerische Verhalten stattfand, entschieden werden, daß die Versicherungsleistung ganz oder zum Teile auszuzahlen ist.»

policiers. La menace de la poursuite pénale pour le cas auquel nous estimons devoir la limiter, préviendrait amplement, nous semble-t-il, les abus – au moins vis-à-vis de ceux qui deviennent délinquants à «l'occasion»: quant aux autres, aucune menace ne les retiendra. Nous invoquons, enfin, deux raisons encore:

1° Si la déchéance est prononcée après sinistre (étant entendu que le risque s'est réalisé dans le cadre de la couverture d'assurance), l'assuré se voit frustré de son droit à la prestation d'assurance, dont il est régulièrement et légitimement titulaire puisqu'il a payé le prix exigé pour l'acquérir;

2° Bien souvent le bénéfice de l'assurance est destiné à un tiers qui n'en peut mais, si l'assuré s'est mal comporté: sous prétexte que celui-ci ne «mérite» pas, selon la morale, de recevoir cette prestation, on en priverait ce tiers qui en aurait peut-être un urgent besoin: pourquoi en devrait-il être ainsi?

Et si la tentative réussie de fraude (réussie à cause du résultat obtenu et non pas, parce que l'assureur a été réellement lésé) est commise et découverte avant que le sinistre survienne? Le cas, à notre avis, ne peut se produire: nous le montrerons, mieux qu'en discourant, par l'énoncé de prescriptions concrètes que l'application conjuguée des quatre règles générales que nous avons posées, permettrait de formuler[126].

4. Pour ce faire, nous distinguerons, d'entre les faits reprochables à l'assuré:

---

[126] Nous ne croyons pas déborder indûment le cadre de ce rapport, en illustrant pratiquement les virtualités des principes que nous avons posés: notre but n'est pas de formuler des propositions définitives – ce n'est pas là notre tâche: nous ne rédigeons pas un exposé de motifs à l'appui d'un projet de loi nouvelle –, mais de faire l'économie d'un discours en laissant apparaître – par simple contraste – où et comment sont insuffisantes, au regard de l'intention législative fondamentale d'une LCA, les dispositions de notre loi actuelle.

a) Ceux qui influent sur la réalisation du sinistre et sur l'étendue de la prestation incombant à l'assureur;

b) Ceux qui influent sur l'évaluation du risque, donc sur la prime.

I. Ad 4a

Deux articles fondamentaux exprimeraient la réglementation que nous proposerions.

1. L'article premier remplacerait les art. 14 et 15 de la loi actuelle et prescrirait, par exemple, ceci:

1° L'assureur n'est pas lié par le contrat, si une procédure pénale établit que le preneur d'assurance ou l'ayant droit ont causé le sinistre, personnellement ou par personne interposée avec laquelle ils auraient été de connivence, dans le dessein de toucher la prestation patrimoniale de l'assureur.

2° Nonobstant toute clause contraire, l'assureur répond entièrement des sinistres causés:

a) par la faute, même lourde, du preneur d'assurance ou de l'ayant droit ou alors que ceux-ci, même volontairement, contreviennent à une loi ou à un règlement civils ou commettent une infraction au droit pénal.

Cependant, l'assureur est autorisé à exclure, formellement et de manière limitée, certains cas de faute grave et d'infractions. De telles exclusions ne seront valables que si elles sont faites sous la forme d'une énumération, en caractères très apparents et en des termes dénués d'ambiguïté, de faits concrets et précis;

b) par la faute, même dolosive, de personnes dont le preneur d'assurance ou l'ayant droit sont civilement responsables.

3° Dans les assurances contre les dommages, l'assureur qui, à la suite du sinistre survenu, a fourni une prestation, est subrogé, jusqu'à concurrence de son paiement, dans tous

les droits et actions civils de l'ayant droit contre les tiers qui ont causé le sinistre intentionnellement, par un acte tombant sous le coup de lois pénales. Toutefois, s'il s'est expressément réservé ce droit, l'assureur aura un tel recours aussi contre des tiers civilement responsables vis-à-vis de l'ayant droit, si ces tiers ont provoqué le sinistre par dol.

Nonobstant toute clause contraire, l'assureur n'aura aucun recours contre:

a) les parents directs du preneur d'assurance ou de l'ayant droit, par quoi il faut entendre: le conjoint, les enfants, les ascendants, les descendants et les alliés en ligne directe;

b) les personnes sur lesquelles le preneur d'assurance ou l'ayant droit exercent l'autorité domestique (art. 331 CCS);

c) les tiers dont le preneur d'assurance ou l'ayant droit sont civilement responsables, notamment les employés, commis et ouvriers (art. 55 CO) et les auxiliaires (art. 101 CO), sauf actes délictueux de leur part.

Remarques

a) Un tel article mettrait un terme à la situation équivoque qui, aujourd'hui, règne, du fait que l'art. 14 al. 1 de la loi actuelle n'est pas de droit impératif: on ne sait, de façon certaine, quels sont exactement les cas de sinistres intentionnellement causés, que l'assureur peut légitimement – s'il lui convient – prendre en charge, au regard des art. 19 et 20 CO.

b) L'al. 1 fonde l'obligation de l'assureur à une couverture de risque sans restriction. Il doit être atténué pour certains cas précis: suicide, assurances sur la tête des enfants, faits de guerre, d'émeutes, etc... par exemple, ce que font les LCA étrangères[127]. Il s'agit là de cas qui intéressent l'ordre public, voire la politique générale de l'Etat: il est inadmissible que le législateur se taise et laisse, comme actuellement, le BFA et

[127] Par exemple la LCA fr. art. 34 al. 1, art. 58, art. 62 (prescriptions correspondantes dans l'avant-projet VAN DIEVOET).

les assureurs s'entendre pour en décider sur le seul plan de la technique d'assurance et de l'intérêt général des assurés: un organe administratif n'a pas mission ou fonction d'exprimer la volonté de l'Etat, comme l'assureur n'a pas compétence de déterminer, par ce qu'il fait ou ne fait pas, sous la pression de la concurrence économique, le genre d'éthique que l'Etat veut voir régner[128].

c) L'al. 2 est conforme aux tendances et à la pratique de plus en plus généralisées de l'assurance moderne, ce que les LCA modernes confirment. La lit. b) lèverait définitivement la lourde hypothèque qui, aujourd'hui, à raison de l'art. 14 al. 3 LCA, pèse sur l'assurance et contredit le but fondamental du législateur. Ce but veut que l'assuré ne s'entende opposer valablement que son propre fait, exclusivement. Dès lors que l'assureur est astreint à couvrir même la faute lourde de l'assuré, si la personne dont ce dernier est civilement responsable provoque le sinistre, c'est, tout au plus, une «faute» (culpa in eligendo, in instruendo, in custodiendo), au sens du droit commun qu'on pourrait reprocher à l'assuré. L'acte de cette personne, quelle que soit la gravité de la faute commise, est, pour l'assureur, un cas «fortuit» – donc normalement assurable et englobé dans la couverture du risque assuré – au même titre que l'acte d'un tiers quelconque[129].

d) Par voie de conséquence, le droit de recours de l'assureur doit être aménagé autrement que ne le fait l'art. 72 de la loi actuelle.

Nous avons déjà mis en cause le principe même de ce droit que nous estimons hautement souhaitable de supprimer: ce serait accroître l'effet bénéfique général de l'assurance et

---

[128] Ainsi par exemple l'assurance-maladie/chômage couvre, en fait, des interruptions de grossesse, dont la fréquence, sous des dénominations médicales vagues ou l'appellation de «fausses-couches spontanées», est stupéfiante: est-il admissible que le législateur l'ignore, alors qu'il tombe sous le sens que l'assureur n'invoquera pas l'art. 19 al. 2 ou l'art. 20 al. 1 du C. O. ?

[129] Voir O. Hagen: «Einige Grundbegriffe des Privatversicherungsrechts» dans KVR p. 31.

colmater une issue à des procès. Ajoutons ici: même si l'on admet, en droit, le bien-fondé de cette subrogation légale[130], il nous paraît exorbitant que l'assureur puisse rendre responsable l'ayant droit de «tout acte qui compromettrait ce droit» (art. 72 al. 2 LCA). Pourquoi l'assuré ne devrait-il pas pouvoir – si bon lui semble – faire profiter de son CA un tiers, en renonçant à l'actionner en dommages-intérêts[131]? Et même si le tiers a agi avec dol (au sens du droit civil) pourquoi serait-ce l'assureur qui en devrait bénéficier[132]? Il nous semble que l'assuré en aurait plus justement le droit, au moins pour le montant des primes qu'il a payées à l'assureur. En tous les cas, si le législateur ne consent pas à supprimer entièrement ce droit de recours de l'assureur, il en devrait,

---

[130] On la fonde sur le fait que «la dette de l'assureur est de la même nature que la dette du tiers responsable du sinistre», que dans les deux cas il s'agit «d'une dette d'indemnité dont le montant est fonction du préjudice subi par la victime» (LALOUX, op. cit. N° 341 p. 316) et qu'il est d'ordre public que l'assuré ne s'«enrichisse» pas par l'assurance (ROELLI/JAEGER, op. cit. III Note 1 ad art. 72 p. 549; KOENIG, op. cit. p. 233): ce sont là raisons qui découlent d'une certaine conception de l'assurance et de ses «genres», conception que nous récusons.

[131] On le voit d'autant moins que notre LCA (au contraire de celle de pays étrangers: LCA all. § 67 al. 1; LCA fr. art. 36 al. 1; LCA suédoise § 25 al. 1) accorde un recours à l'assureur uniquement contre le tiers responsable du sinistre «en raison d'actes illicites» (art. 72 al. 1): si ce tiers est responsable pour une autre raison – en vertu de la loi ou d'un contrat – il profiterait de l'assurance qu'a conclue l'assuré (par l'application de l'art. 51 al. 2 C. O. qui est de jurisprudence constante: voir par exemple RBA IV N°s 224 et 225; V N°s 300 et 301; X N° 19). A l'arrière-fond de cet art. 72 LCA loge l'idée qu'il faut «punir» celui qui commet un acte illicite, idée traditionnelle, encore ancrée dans les esprits, mais qui n'est plus juste dans les conditions d'existence d'aujourd'hui: aussi toute l'évolution actuelle du droit sur la R. C. tend-elle à éliminer de plus en plus la responsabilité basée sur une «faute» pour établir la seule responsabilité causale (voir K. OFTINGER, op. cit.).

[132] LALOUX, op. cit. N° 340 p. 315 affirme que l'assureur tient compte, dans le calcul de ses primes, de ce droit de recours. Nous nous permettons d'en douter.

pour coller au réel de notre temps, en limiter considérablement l'étendue. Des LCA étrangères l'ont fait[133], insuffisamment à notre gré: d'où nos propositions plus radicales.

2. L'article second condenserait, dans un ensemble unifié, les dispositions et prescriptions, éparses dans la loi actuelle, relatives aux devoirs de l'assuré après la survenance du sinistre. Il pourrait avoir, par exemple, la teneur suivante:

1° L'ayant droit est tenu de se conformer aux conduites que la loi autorise l'assureur à exiger de lui. Ces conduites doivent être expressément énumérées, sans ambiguïté et de manière concrète, en caractères très apparents. Des clauses imposant une obligation en termes généraux sont nulles et non avenues.

2° L'assureur ne peut astreindre l'assuré qu'aux seuls communications, actes ou abstentions, indispensables à déterminer les circonstances et les conséquences exactes d'un sinistre de nature à fonder une prétention d'assurance, à son égard. Il est autorisé, notamment, à exiger que lors d'un tel sinistre, l'ayant droit:

a) lui donne avis du sinistre, dès qu'il en a eu connaissance ou, au plus tard, dans un délai déterminé, et le lui donne par écrit;

b) produise, dans un délai déterminé, les pièces et documents, que la police prescrit de fournir en cas de sinistre;

c) lui communique tout renseignement expressément demandé, sur les faits, à sa connaissance, relatifs aux circonstances dans lesquelles le sinistre est survenu ou aux conséquences que ce sinistre a eues;

d) l'informe de toute assurance contre les dommages, conclue, pour le même risque et le même intérêt auprès d'un autre assureur;

---

[133] LCA all. § 67 al. 2; LCA fr. art. 36 al. 3; avant-projet VAN DIEVOET: art. 58 al. 2.

e) s'emploie de son mieux à circonscrire l'étendue du sinistre et se conforme aux instructions que l'assureur pourrait lui donner à cet effet. L'assureur doit remboursement des frais que l'ayant droit a engagés, même si les mesures prises n'ont pas été opportunes ou n'ont pas eu d'utilité ou n'ont pas donné le résultat espéré.

3° Si, personnellement ou par personne interposée avec laquelle il aurait été de connivence, l'ayant droit contrevient à l'une de ses obligations dans le dessein d'obtenir de l'assureur une prestation plus élevée que celle à laquelle le sinistre survenu lui donnerait droit, l'assureur peut réduire sa prestation au montant auquel celle-ci serait ramenée si l'obligation avait été remplie.

L'assureur répond, sans réserves, et nonobstant toute clause contraire, des conséquences qu'aurait eues une contravention de ce genre, commise, même dolosivement par une personne dont l'ayant droit est civilement responsable, mais qui ne revêtait pas la qualité de représentant autorisé de ce dernier.

4° L'assureur ne peut se prévaloir de son droit à réduire la prestation que si le dessein frauduleux de l'ayant droit a été établi dans une procédure pénale.

Toutefois, si lors d'un sinistre l'ayant droit omet de donner une communication, en la forme et dans le délai prescrits, de produire des pièces et documents ou de fournir des renseignements requis, l'assureur doit le sommer, par écrit, de s'exécuter, en lui rappelant les conséquences de la demeure. Si la sommation reste sans effet, l'assureur pourra alors réduire sa prestation au montant que celle-ci comporterait si l'ayant droit avait satisfait à son obligation dans le délai fixé par la sommation, à moins que celui-ci ne prouve avoir été empêché de le faire par suite d'un cas fortuit ou de force majeure.

Remarques

a) Pour tenir compte des nécessités, diverses dans chaque branche d'assurance, l'assureur doit avoir la latitude d'énon-

cer les conduites qu'il entend exiger de l'assuré, mais le législateur ne doit le lui permettre que dans les limites mêmes dans lesquelles il l'autorise à délimiter le risque assuré, et avec les mêmes exigences de «transparence» à l'attention de l'assuré.

b) Conformément à ce que nous en avons déjà dit, nous rendons facultative l'annonce d'une double assurance éventuelle; nous ne mentionnons ni la surassurance ni l'interdiction d'apporter un changement aux choses endommagées (art. 68 LCA).

aa) Il n'y a possibilité de «fraude» en cas de double assurance ou de surassurance que si l'assureur aurait refusé de conclure le CA, s'il avait su. Dès lors que les prescriptions légales pour ces cas ne sont plus conçues comme d'ordre public, il ne se justifie pas, ici, moins encore que lors de toute autre contravention de l'assuré, de faire perdre à celui-ci le bénéfice de son CA: il a dûment payé le prix de la surassurance ou des assurances cumulatives qu'il a conclues.

bb) L'art. 68 de la loi actuelle est, faute d'énoncer un critère objectif d'appréciation, plus propre à fomenter des litiges qu'à en régler. La lit. e) du chif. 2 de notre article suffit, nous semble-t-il, à saisir aussi ce cas. Si l'assuré ne peut justifier raisonnablement, comme ayant été nécessaire, le changement qu'il aurait apporté aux choses endommagées, il sera normalement suspect d'avoir agi dans une intention frauduleuse.

c) L'al. 2 chif. 3 tranche, dans le sens de l'intention fondamentale du législateur, une question, aujourd'hui controversée en doctrine[134]. La responsabilité de l'assuré pour le fait de

---

[134] Contre l'opinion de ROELLI (op. cit. I Note 1 ad art. 14 p. 202 et note 5d ad art. 45 p. 536), une large partie de la doctrine suisse (KOENIG, op. cit. p. 123; ROELLI/JAEGER, op. cit. IV p. 134; GANTENBEIN, th. cit. p. 31/32; SCHÖNENBERGER, th. cit. p. 41 et sv.) se fonde sur le droit commun pour rendre l'assuré responsable d'une contravention à l'un de ses devoirs, commise par un tiers, dont

son représentant devrait faire de lege ferenda l'objet d'une prescription précise[135]: cette responsabilité ne saurait être exclue, nous semble-t-il, le représentant étant l'alter ego de l'assuré. Mais voit-on un représentant agir frauduleusement de son propre chef?

d) Rien ne justifie d'imposer à l'assureur de souffrir une attitude d'inexcusable indifférence de l'assuré: d'où l'exception que nous prévoyons au chif. 4, al. 2. Il est vrai que nous réintroduisons ainsi un critère d'appréciation subjective; c'est inévitable. Mais nous pensons que les cas envisagés seront rares: il est dans l'intérêt de l'assuré de faire diligence lors d'un sinistre, pour mettre l'assureur en situation de le régler au plus vite; il serait incompréhensible que malgré une sommation, l'assuré n'agisse pas: s'il ne le fait néanmoins pas, on peut valablement présumer de réprouvables intentions de sa part.

II Ad 4b

Il s'agit des prescriptions de la loi actuelle relatives aux «déclarations obligatoires lors de la conclusion du contrat» et à la réticence (art. 4 à 8), à l'aggravation essentielle du risque en cours de contrat (art. 28 et art. 30 à 32) et aux «obligations déterminées en vue d'atténuer le risque ou d'en empêcher l'aggravation» (art. 29).

1. Déclarations obligatoires lors de la conclusion du CA et réticence

a) *Considérations sur la réglementation de lege lata*

---

il est civilement responsable. A. Ehrenzweig (op. cit. p. 283) est aussi de cet avis; R. Schmidt (op. cit. p. 283 et sv.) se rallie (p. 289) à Möller qui, analysant la jurisprudence allemande, conclut qu'en matière d'«Obliegenheiten», l'assuré ne répond que des actes où le tiers, dont il est civilement responsable, a agi comme son représentant.

[135] La LCA ne dispose, à cet égard, expressément que dans deux cas particuliers: à l'art. 5 al. 1 et à l'art. 40.

aa) Notre loi n'autorise à imposer à l'assuré que l'obligation de répondre exactement, par écrit, aux questions écrites, précises et sans équivoque, que l'assureur lui a posées. C'est, malgré la critique qu'on en fait[136], une heureuse[137] limitation d'un devoir que les LCA étrangères conçoivent toutes comme une obligation générale de l'assuré de renseigner l'assureur, de son propre mouvement: elles manifestent ainsi, à notre avis, une étonnante méconnaissance du genre d'être qu'est l'assuré, et fournissent des occasions faciles – pour peu que l'assureur veuille s'en saisir – à de nombreux conflits. Il n'y a pas lieu non plus de restreindre – comme le fait la LCA française, par exemple – la notion de réticence, à la seule omission de déclarer, de l'assuré: notre LCA désigne sous ce terme la déclaration inexacte aussi. Avec raison: dans les deux cas, le résultat – appréciation erronée du risque par l'assureur – est le même.

bb) En revanche, la présomption de l'al. 3 de l'art. 4 n'instaure pas la sécurité de droit qu'elle semblerait devoir favoriser: la contre-preuve qu'elle autorise permet à tout assuré, c'est-à-dire pratiquement à un juge, aussi étranger aux modes de penser de l'assureur qu'ignorant de la tarification des risques, de prétendre en remontrer à l'assureur. Ce qu'est ou n'est pas un «fait important pour l'appréciation du risque», l'assureur seul est à même d'en décider valablement. Si l'on veut que l'assuré prenne au sérieux son devoir de répondre complètement et véridiquement aux questions de l'assureur, il ne faut pas lui permettre de douter de l'importance décisive de ces questions: il conviendrait de rendre cette présomption absolue, mais pour les seules questions, présentées en caractères apparents, et portant sur les faits que l'assureur dé-

---

[136] Voir par exemple Ancey et Sicot, op. cit. p. 60/61.

[137] A preuve qu'en fait, dans les pays étrangers aussi, le questionnaire que notre loi prescrit est d'usage courant (Ancey et Sicot, op. cit. p. 61) et que la jurisprudence de ces pays se base sur ce questionnaire pour juger si et dans quelle mesure l'assuré a correctement renseigné l'assureur, comme il le doit (A. Donati, op. cit. II N° 418 Note 75 à la p. 308).

signe expressément comme étant ceux qu'il lui est indispensable de connaître, en vue de fixer le taux de la prime, car, en réalité, c'est de cela qu'il s'agit quand on parle de «l'appréciation du risque»[138].

cc) A tous égards critiquable est la particularité de notre loi qui demande à l'assuré de déclarer avec exactitude, non seulement les faits qu'il connaît, mais également ceux qui «doivent lui être connus». Le législateur a fait ainsi de la réticence la conclusion d'une appréciation subjective de moments sujectifs: il y a ou il n'y a pas réticence, selon que l'assureur ou le juge estime pouvoir l'affirmer ou le nier, à la suite de considérations personnelles, plus ou moins plausibles. Aussi, pratiquement, les tribunaux opèrent-ils souvent, alors même qu'ils n'en disent rien, avec la notion de la faute: ils décident pour ou contre l'admission d'une réticence, selon qu'ils jugent inexcusable ou excusable le silence ou la réponse inexacte de l'assuré, considéré dans son individualité singulière[139].

Il faut abandonner résolument cette malencontreuse exigence, cause d'insécurité de droit, et à l'instar des LCA étrangères[140] demander que l'assuré ne déclare exactement que les seuls faits connus de lui.

dd) Le droit que la loi confère à l'assureur de résilier le CA en cas de réticence est exorbitant: il signifie la déchéance totale, pour l'assuré, de ses droits en même temps que

---

[138] Si à l'art. 4 al. 1 l'expression «appréciation du risque» était remplacée par celle de «détermination du taux de la prime», l'al. 2 de cet article pourrait être supprimé sans inconvénient, et de plus – ce pourquoi nous préconiserions ce changement de terminologie – la pratique des exclusions particulières de risque serait implicitement désignée comme contraire à la volonté du législateur.

[139] Nos tribunaux sont influencés – sans qu'ils l'avouent – par la LCA all. très parente de la nôtre, qui dans ses § 16 al. 2 et 17 al. 2 prévoit expressément qu'il n'y a réticence que s'il y a «faute» de l'assuré. Ce n'est pas ce que notre législateur a voulu.

[140] Sauf la LCA suédoise qui, mal inspirée, a repris de notre LCA l'exigence que nous y critiquons (§ 5 al. 1, § 7 al. 1).

l'abandon définitif des primes déjà payées. Une sanction d'une telle gravité est sans commune mesure avec la gravité de la contravention commise et des conséquences que celle-ci a eues pour l'assureur. Car une fraude est ici exclue[141], l'assuré ne pouvant savoir par avance quelle influence causale sa réticence aura sur le sinistre et son étendue: il ne peut donc ni vouloir obtenir, par son fait, la prestation de l'assureur ni viser à l'élever à un montant indu.

Mais, dira-t-on, il trompe l'assureur – non sans mauvaise foi, le plus souvent – et obtient ainsi l'assurance à un prix réduit: il fraude donc l'assureur. Nous ne le croyons pas. L'expérience apprend que l'assuré «moyen» commet très rarement une réticence pour éviter la charge d'une surprime; son but est généralement d'obtenir la conclusion du CA qu'il désire: c'est là le mobile de sa «mauvaise foi», de son «dol». Peut-on raisonnablement lui faire grief de vouloir s'assurer, et parce qu'il connaît la mauvaise habitude des assureurs de prononcer des exclusions – précisément celles qui font perdre largement son sens à l'assurance – de «s'arranger» pour échapper à la servitude d'une telle exclusion[142]?

Pour être signifiant en droit, le dol doit être causal[143]. Une réticence, même grave, est-elle cause de la détermination de l'assureur de conclure le CA? On l'admet, parce que la loi formule une présomption commode à cette hypothèse. Mais

---

[141] C'est pourtant ce que la LCA suédoise (§ 4) prévoit.

[142] Que l'on veuille aussi ne pas oublier que c'est l'assureur qui sollicite le futur assuré à souscrire une assurance, que le questionnaire de l'assureur offre une bonne marge de possibilités à des réponses équivoques qui, souvent, n'émeuvent guère l'assureur, qu'enfin, l'assuré doit y répondre dans un «climat» peu propice à la sincérité: comment dirait-il «tout» à un agent qui le presse de signer une proposition et se préoccupe moyennement de lui faire dire «tout», un tout gênant, parfois, à confesser à un étranger; ou à un médecin, plus ou moins expéditif, qui l'interroge dans une optique de médecin et à qui il s'en remet (n'est-ce pas le médecin de l'assureur?) du soin de renseigner l'assureur d'après les constatations qu'il fait au cours de l'examen médical.

[143] v. Tuhr, op. cit. I § 38 p. 266.

dans la plupart des cas de réticence, l'assureur aurait certainement accepté la proposition de l'assuré, même si celui-ci avait répondu très vaguement à ses questions ou en avait laissé certaines sans réponse. Ce n'est pas là contre-affirmation gratuite. Il suffit pour s'en convaincre de constater à quoi se réduisent certains questionnaires–pour les assurances collectives par exemple – et de connaître la façon très libérale de l'assureur moderne de tarifer les risques; mais l'assuré l'ignore. Assurément, il veille – et il doit veiller – à contrer l'anti-sélection. Mais son volume d'affaires est tel, aujourd'hui, que la compensation des risques s'opère sans danger de «catastrophe»; par le moyen de la réassurance aussi, le risque aggravé, même très aggravé, n'est plus, aujourd'hui pour lui, insupportable. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'exactement informé, l'assureur aurait conclu le contrat avec certaines restrictions ou à une prime majorée. Mais alors le «dol» que constitue la réticence, supposée volontaire, de l'assuré n'est plus qu'un dol incident qui, même en droit commun, n'autorise pas une annulation de contrat[144]. Et c'est en matière d'assurance, précisément dans le domaine où il faut l'éviter dans toute la mesure du possible, qu'une telle rigueur devrait être de mise[145]!

---

[144] v. Tuhr, ebenda, p. 267.

[145] Un dol ne mérite aucune indulgence, argumente-t-on; l'ordre public ne le permettrait d'ailleurs pas; il doit être sévèrement réprimé: c'est l'idée que traduisent par exemple la LCA fr. (art. 12 al. 2; art. 21), le CCI (art. 1892 à 1894); que soutient aussi la doctrine (A. Besson, op. cit. p. 33 et sv.; A. Ehrenzweig, ME, p. 44 et sv., Mayr, op. cit. p. 68 et sv. e.a.). Cette conception manque, à notre opinion, de réalisme: l'assuré n'est pas identifiable au bonus paterfamilias du droit commun. Cela était vrai jadis dans l'assurance maritime (ce l'est encore grandement aujourd'hui): la «mauvaise foi» de l'assuré est là un «dolus causam dans» qui doit être puni avec rigueur. Mais dans l'assurance terrestre, la réalité des situations concrètes dont il faut tenir compte, si l'on veut éviter de se mouvoir dans la fiction, est sensiblement différente: ici, le CA est un contrat de masse – l'assureur ne cesse de le répéter lui-même; c'est donc en considération d'une masse d'assurés au sein de laquelle les variations de comportement de chacun d'eux se com-

Les conséquences effectives d'une réticence – quel qu'ait été le degré de la bonne ou de la mauvaise foi de l'assuré – sont un déséquilibre entre la charge du risque assuré et le taux fixé de la prime. L'infirmité est guérissable par une «rectification technique»: c'est la solution que des LCA étrangères[146] ont adoptée, que la doctrine moderne préconise[147].

b) *Réglementation proposée de lege ferenda*

Le principe de la *seule* «rectification technique» devrait être retenu, tempérée par celui de la *seule* «causalité»: nous souhaitons que de lege ferenda notre législateur renonce radicalement à la distinction traditionnelle entre la réticence commise de bonne foi et celle commise de mauvaise foi, pierre d'angle de la LCA française et du CCI sigulièrement: la sécurité de droit l'exige, la technique d'assurance l'autorise, le souci de coller au réel le demande, l'intention fondamentale du législateur le commande. Il convient donc de ne pas se préoccuper des intentions pures ou moins pures de l'assuré[148]

---

pensent, que le législateur doit édifier sa réglementation: celle-ci *doit* tenir compte des motifs et des mobiles qui font agir l'assuré.

[146] LCA suédoise: § 6 al. 2 1e phrase; LCA fr.: art. 22, par exemple. Notre LCA connaît aussi cette «rectification technique», mais pour le seul cas particulier de l'art. 75.

[147] Non sans demander que le principe en soit nuancé selon les critères de la faute (ce que nous rejetons) et de la causalité (ce que nous retenons). D'où les critiques à l'adresse de la LCA fr.: «die reine versicherungstechnische Korrektur des fr. Rechtes ist unerträglich» écrit, par exemple, A. Ehrenzweig, dans l'article déjà cité de la ZVW 1931, p. 261; voir aussi dans ZVW 1931 la critique de O. Hagen (p. 177). Voir A. Ehrenzweig, ME, p. 39 à 59; Patterson, op. cit. p. 326 et sv.; th. cit. de Mayr et Hedinger.

[148] Nous sommes conscients que notre prise de position appelle la contradiction: on nous reprochera d'ouvrir la porte à tous les abus de la mauvaise foi, de favoriser même les agissement des assurés peu scrupuleux. Nous répondrons, en référence aux faits de la réalité pratique, que l'assureur couvre quotidiennement plus d'«abus» qu'il n'en dénonce; que par souci de l'intérêt que des tiers de bonne foi ont à l'existence du CA, les assurés indignes personnellement de toute sollicitude, méritent néanmoins de rester assurés; que le dol est communément couvert, parce que l'assureur

et partir du fait que la réticence est un acte volontaire de ce dernier[149].

Voici ce que le législateur pourrait par exemple prescrire :

1° Lors de la conclusion du contrat, l'assuré doit déclarer par écrit à l'assureur, suivant un questionnaire ou en réponse à toutes autres questions écrites, tous les faits, tels qu'ils lui sont connus, qui sont déterminants pour fixer le taux de la prime. Sont de tels faits, ceux que l'assureur a expressément désignés tels et au sujet desquels il a posé par écrit, en caractères apparents, des questions précises, non équivoques.

2° Si l'assuré contrevient à cette obligation, l'assureur aura le droit d'adapter, avec effet rétroactif à partir du jour de la prise d'effet du contrat, le taux de la prime à la mesure de l'estimation que, selon ses bases et critères de tarification, il aurait faite du risque, s'il avait été complètement et exactement renseigné. Il ne pourra se prévaloir de ce droit que durant le délai, fixé dans la police, précédant la prise d'effet de la clause d'incontestabilité de la police, à moins que le risque réel ne soit inassurable pour lui, à teneur des données fondamentales de son plan d'exploitation, ce qu'il lui incombe de prouver. Dans ce cas, l'assureur pourra faire annu-

---

n'en peut rapporter la preuve qu'exceptionnellement. Mais nous dirons, surtout, que l'assurance étant d'intérêt public, il faut consentir à passer outre à des considérations d'éthique – en soi valables – comme à des craintes, peut-être fondées – encore qu'elles nous semblent exagérées – en vue d'obtenir l'intangibilité totale du CA.

[149] Le présupposé n'a rien d'arbitraire: si dûment interrogé sur des faits que, par hypothèse, il connaissait, l'assuré a omis d'en faire la déclaration ou l'a faite inexactement, on ne voit pas que, normalement, sa réticence puisse ne pas être volontaire. Dès lors l'équité s'accorde avec la technique d'assurance pour lui faire supporter la rectification des données de base du CA, que son acte a faussées.

ler le CA par le tribunal. Il est tenu d'engager la procédure d'annulation du contrat, dans les quatre semaines à compter du jour où il a eu connaissance de la réticence de l'assuré. En prononçant l'annulation du contrat, le tribunal fixe le montant qu'en compensation de ses frais, l'assureur est autorisé à garder sur la somme totale des primes encaissées.

Dans tous les autres cas:

a) Si la réticence vient à sa connaissance avant que se réalise l'événement d'assurance, l'assureur doit, dans un délai de 14 jours, réclamer à l'assuré le supplément de prime dû, en lui indiquant le taux de la nouvelle prime qu'il demande à l'avenir pour continuer le contrat; il lui impartit un délai pour se déterminer. Un silence de l'assuré équivaudra à un acquiescement aux demandes de l'assureur qui, le délai expiré, pourra, s'il le faut, procéder, pour l'encaissement du supplément de prime dû, comme dans le cas d'une prime échue en souffrance, les art. 20 et 21 (de la loi actuelle) s'appliquant par analogie.

Si l'assuré refuse la majoration de prime demandée pour l'avenir, l'assureur peut, dans les quatorze jours, résilier le contrat: sa responsabilité cesse quatorze jours après qu'il a notifié à l'assuré la résiliation. Il a le droit de réclamer paiement du supplément de prime dû jusqu'à la cessation de la couverture d'assurance. Si un sinistre survient entretemps, la lit. b) ci-après est applicable.

b) Si l'assureur apprend la réticence après un sinistre, il a le droit de réduire sa prestation en proportion du taux de la prime payée par rapport au taux de la prime qu'il aurait exigée, à teneur de son tarif en vigueur au moment de la conclusion du contrat, à moins que l'ayant droit ne prouve que la réticence commise a été involontaire. Dans ce cas, l'assureur ne pourra diminuer sa prestation que du montant – augmenté des intérêts – de la majoration de prime dont il a été frustré. Il en sera de même, si le fait sur lequel a porté la réticence n'a pas exercé d'influence sur le sinistre ou sur l'étendue des prestations incombant à l'assureur.

3° L'assureur ne pourra pas se prévaloir d'une réticence de l'assuré :

a) si le fait sur lequel a porté la réticence a cessé d'exister avant le sinistre ;

b) si l'assureur a provoqué la réticence ou si, en en ayant connaissance, il a conclu ou continué le contrat ;

c) si l'assuré, s'étant abstenu de répondre à une question posée, l'assureur a néanmoins conclu le contrat.

4° La réticence commise lors d'une assurance collective et qui n'a trait qu'à quelques-unes des choses ou des personnes sous risque, ne vicie pas le contrat. Les mêmes règles que ci-dessus sont applicables. Toutefois, si la réticence commise est imputable au preneur d'assurance personnellement, l'assureur peut exiger le maintien du contrat pour les choses ou les personnes que la réticence commise ne concerne pas, dans le cas où le preneur ayant refusé la majoration de prime demandée pour les autres choses ou les autres personnes, l'assureur exclut celles-ci de l'assurance, pour l'avenir, ou lorsque l'assureur déclare le risque inassurable pour les choses ou les personnes au sujet desquelles le preneur a personnellement commis une réticence.

5° Lorsqu'en cours de contrat, le risque vient à diminuer soit que l'objet sous risque ait perdu de sa valeur soit que le fait important ou l'aggravation essentielle qui avaient motivé une majoration de la prime aient disparu, l'assuré est en droit d'exiger que la prime soit réduite à la mesure du risque réel, à partir du jour où il a avisé l'assureur de la diminution du risque et lui en a fourni la preuve.

Remarques

a) Si la réticence a été causale pour la conclusion d'un contrat couvrant un risque inassurable pour l'assureur, le CA est, logiquement, nul ab initio. Il faut donc le traiter tel : de part et d'autre les prestations fournies doivent être répétées,

l'assureur ayant droit à la compensation de ses frais. L'exigence d'une procédure d'annulation s'impose: l'assuré – et plus encore l'ayant droit, lorsque la réticence a été découverte après le sinistre – doit être à l'abri de tout arbitraire de la part de l'assureur. Celui-ci n'a rien à craindre pour sa renommée d'une procédure dans laquelle il n'oppose pas «ses» intérêts à ceux de l'assuré, mais fait constater seulement que le risque réel du CA qu'il a conclu sans connaissance de cause, n'était pas assurable d'après les règles techniques de son exploitation; on peut dès lors attendre du juge civil l'objectivité et l'impartialité de décision.

Il serait heureux que le législateur prévoie – dans les branches qui s'y prêtent, par exemple dans l'assurance-vie[150] – l'incontestabilité de la police, après un certain temps de durée du CA. C'est une pratique courante des assureurs d'autres pays[151]. Dans un temps d'élargissement continu des aires économiques, de tels usages se répandent partout: notre législateur ne précéderait donc pas l'évolution de l'assurance. Il n'innoverait, d'ailleurs, rien. Dans notre pays aussi, l'incontestabilité des polices existe, en fait: il est rare qu'un assureur se prévale d'une réticence, même dûment établie, après une certaine durée du contrat – 3 à 5 ans généralement. On se demande pourquoi l'on tait cette pratique[152].

b) La prime qui aurait été versée, si l'assuré n'avait pas commis de réticence, est due dès le début du contrat: il est

---

[150] A l'instar par exemple de l'avant-projet VAN DIEVOET: art. 117.

[151] En France et en Belgique, e.a. l'incontestabilité est consentie fors les cas de réticence dolosive; aux E.U., elle est accordée sans réserve, en général, après une année de durée déjà.

[152] Ce sont les sinistres «prématurés» (ceux qui surviennent peu après la conclusion du CA) que l'assureur redoute – et dont il doit veiller à se prémunir: la charge peut en être très lourde. Ainsi, en 1960, les compagnies suisses d'assurances sur la vie ont honoré 1131 polices dont l'assuré est mort au cours des 3 premières années de la durée du contrat: elles ont touché pour ces polices Fr. 848 000.– en primes et payé en sommes d'assurances dix fois plus, soit Fr. 8 812 000.–.

logique, comme il est juste, de considérer la différence entre la prime qui aurait été exigée et la prime réellement payée, comme un montant de prime en souffrance. D'où la proposition d'appliquer par analogie les règles sur le retard dans le paiement d'une prime échue.

c) Nous ne voyons pas qu'il faille autoriser l'assureur à résilier le contrat, s'il découvre la réticence avant tout sinistre, dès lors que l'on admet d'exclure toute «punition» de l'assuré. En revanche, il est juste que l'assuré qui refuse de poursuivre le CA à la prime plus élevée que lui demande l'assureur, paye à celui-ci le montant de prime dont il l'a frustré : il ne faut pas qu'il y ait des réticences qui ne coûtent rien à celui qui les commet, surtout des réticences volontaires et elles le sont, sauf preuve du contraire, preuve qui incombe à l'assuré, seul à même de la rapporter.

d) La réduction de la prestation d'assurance, selon la règle proportionnelle, communément préconisée et adoptée par des LCA étrangères, est, à notre avis, une mesure par trop schématique, et d'une sévérité excessive dans nombre de cas. Elle ne nous paraît pas, non plus, être d'une logique et d'une justesse hors de doute. Car ce qui doit être corrigé dans le contrat, c'est le prix de l'assurance, et non l'étendue de la couverture d'assurance. Le système de rectification que nous proposons aurait pour conséquence l'octroi d'une couverture de risque sans contre-partie immédiate et payée par avance. Mais c'est bien ce qui arrive dans nombre de cas[153] – sans mentionner celui, où la réticence n'ayant pas été découverte, le risque a été couvert, en partie, gratuitement : il n'est pas indispensable que la prime soit payée par avance; il suffit

[153] Par exemple lorsqu'une prime échue reste en souffrance et que l'assureur n'envoie pas de sommation à l'assuré; lorsque l'assureur accorde des délais pour le paiement de primes en retard, sans supprimer la couverture du risque; lorsque dans des contrats de groupe, une prime provisoire est fixée, le calcul de la prime définitive – plus élevée généralement – ayant lieu après un an et plus parfois; dans les polices dites «flottantes», où les décomptes de primes se font en cours de contrat, etc....

qu'elle le soit. Cependant, il convient de ne pas donner l'impression à l'assuré qu'il peut commettre impunément une réticence. C'est pourquoi nous n'avons retenu ce mode de rectification que pour les cas de la réticence involontaire, quoique, ce faisant, nous ayons réintroduit une occasion de procès. Mais celle-ci sera rare, nous semble-t-il, l'atténuation prévue lors d'un manque de causalité réduisant sensiblement les cas d'application de la règle proportionnelle.

Quid si la réticence, découverte après le sinistre, portait sur un fait qui rendait le risque inassurable, pour l'assureur? Même inassurable selon les prévisions techniques de l'assureur, un risque, une fois réalisé, peut fort bien faire l'objet ex post d'une estimation, car c'est la somme assurée qui donne à la prime sa limite supérieure maximum: il est donc toujours possible de fixer la prestation de l'assureur à un montant correspondant à la prime payée[154]. C'est pourquoi les LCA qui prescrivent la rectification technique, telle la LCA fr., n'envisagent même pas ce cas.

e) Le critère de la causalité est de caractère largement objectif; il est adéquat, dans la perspective de l'intention législative fondamentale de la loi; il est juste: si le fait sur lequel a porté la réticence n'a effectivement pas influé sur le sinistre et ses conséquences, la réticence de l'assuré n'a eu aucun effet préjudiciable pour l'assureur[155].

f) Nous avons repris, en en éliminant les dispositions qui offrent matière à conflits, la teneur de l'art. 8 de la loi actuelle. Celle aussi de l'art. 7, mais qui exige d'être précisée: d'où le texte que nous proposerions. La solution envisagée tient compte du fait que le contractant d'une police collective peut n'avoir intérêt à l'assurance que si la couverture est donnée pour l'ensemble des choses ou des personnes pour lesquelles il conclut le contrat, mais qu'elle devient inéquitable à l'égard

---

[154] A. Ehrenzweig, ME p. 56.

[155] La LCA all. a déjà retenu ce critère, en matière de réticence. Notre loi l'a fait aussi – mais c'est un illogisme, vu son genre de réglementation de la réticence – pour le seul cas du chif. 1 de l'art. 8.

de l'assureur, si la réticence n'ayant trait qu'à quelques-unes de ces choses ou de ces personnes, a été commise par le contractant même de la police: il convient donc que la loi affirme, dans ce cas, le principe «utile per inutile non vitiatur». Mais, par ailleurs, la règle de l'indivisibilité d'une assurance collective doit rester intangible.

g) Enfin, il est aussi logique que juste de prévoir la rectification technique du CA dans le cas également où le risque subit une diminution essentielle. L'art. 23 de la loi actuelle est insuffisant. Nous ne croyons pas qu'il faille consentir à l'assureur le droit de refuser la réduction de la prime, si celle-ci se justifie, et de forcer ainsi l'assuré à résilier le contrat: celui-ci peut n'avoir pas intérêt à perdre le bénéfice de la couverture de risque de son CA, ce dont ne tiennent pas compte – à tort, selon nous – les LCA étrangères qui prévoient ce cas[156].

2. L'aggravation essentielle du risque en cours de contrat

a) *Considérations sur la réglementation de lege lata*

aa) La distinction – traditionnelle[157] – entre l'aggravation essentielle provoquée par l'assuré et celle intervenue sans le fait de ce dernier, est artificielle[158]: dans l'une comme dans l'autre éventualité, le résultat est le même: la prime payée n'équivaut plus à la charge du risque, comme est la même la conséquence qui en découle: l'assureur est libéré ou peut se libérer du contrat.

bb) Pourquoi traiter différemment la réticence et l'aggravation du risque connue de l'assuré, mais non annoncée à l'assureur? Il ne s'agit pourtant pas de deux situations juridiques diverses: dans l'un comme dans l'autre cas, l'assuré

---

[156] Telle la LCA fr. à son art. 20.

[157] A. Ehrenzweig, ME p. 59 à 69.

[158] D'autant plus, qu'au contraire par exemple de la LCA all. (§ 23 al. 1), notre loi ne connaît pas une obligation de l'assuré de ne pas provoquer, en cours de contrat, une aggravation essentielle du risque.

contrevient à son devoir de renseigner l'assureur sur un fait important pour l'estimation du risque et obtient ainsi de payer une prime inférieure à celle qui correspondrait au risque réel assuré. Il ne se justifie donc pas que l'art. 32 chif. 1 s'applique dans l'un des cas seulement.

cc) Mais le seul critère de la causalité, sans autre tempérament, n'est pas apte à régler adéquatement le cas[159]: en soi ce n'est pas le sinistre qui lèse l'assureur, mais le fait que celui-ci ne reçoit pas le «juste prix» de la couverture de risque qu'il assume. On ne voit pas pourquoi l'assuré devrait bénéficier du hasard d'un manque de causalité. C'est d'ailleurs injuste à l'égard de l'assuré qui respecte ses devoirs, puisqu'à teneur de la loi (art. 30 al. 2), l'assureur peut se réserver le droit de résilier le CA, à l'annonce de l'assuré qu'une aggravation essentielle du risque s'est produite[160].

dd) L'al. 2 de l'art. 28 doit renseigner l'assuré sur ce qu'est une aggravation essentielle. Mais un tel texte n'éclaire pas beaucoup l'assuré; une définition générale (qui se formulerait sans difficulté, aujourd'hui, une jurisprudence bien assise l'ayant excellement établie) ne l'éclairerait pas davantage. A l'assuré, il faut, pour se faire comprendre de lui, parler un langage concret, en l'occurence lui détailler exactement les faits qui, s'ils surviennent, provoqueront l'aggravation essentielle du risque assuré. La loi actuelle ne précise pas que c'est dans ce sens que l'assureur doit avoir «déterminé l'étendue de la couverture de risque lors de la conclusion du contrat»: d'où possibilités de différends, donc de procès.

b) *Réglementation proposée de lege ferenda*

La «rectification technique» du CA est certainement ici la solution la plus indiquée, quand on ne perd pas de vue le but fondamental de la loi. Les considérations que nous venons de

---

[159] A. Ehrenzweig, ME p. 58.

[160] C'est, par ailleurs, inviter – presque – l'assuré à se taire. Et si celui-ci se tait, afin de rester assuré (et non pour tromper l'assureur), peut-on raisonnablement lui jeter la pierre?

formuler nous incitent à suggérer des prescriptions légales de ce genre, par exemple:

1° Si l'assuré provoque en cours de contrat une aggravation essentielle du risque assuré, il en doit aviser par écrit l'assureur. S'il s'en est réservé le droit, l'assureur pourra augmenter la prime au taux correspondant au risque aggravé, selon son tarif en vigueur.

L'assureur ne peut exercer ce droit que s'il a spécifié sans ambiguïté et de façon limitative, en caractères apparents, les faits et circonstances concrets qui auront pour conséquence, à ses yeux, une aggravation essentielle du risque assuré.

Les dispositions sur la réticence sont applicables.

2° Aussi longtemps que l'assuré omet cet avis, il ne reste assuré que pour une somme d'assurance réduite en proportion du taux de la prime payée par rapport à la prime due, à la suite de l'aggravation de risque intervenue. Toutefois, en cas de sinistre, si l'aggravation n'a exercé aucune influence sur le sinistre ou sur l'étendue de la prestation incombant à l'assureur, celui-ci ne pourra diminuer la prestation d'assurance que du montant – augmenté des intérêts – de la majoration de prime dont il a été privé.

3° Les exceptions prévues aux chiffres 2 et 3 de l'art. 32 (de la loi actuelle) restent réservées.

4° L'assureur peut prévoir dans ses conditions d'assurance le cas d'une aggravation essentielle qui, intervenue sans le fait de l'assuré, rendrait le risque inassurable, pour lui, selon les règles techniques de son exploitation. Dans cette éventualité, il aura le droit, lors d'un sinistre, de réduire sa prestation en proportion du taux de la prime payée par rapport au taux de la prime qui aurait été due. Sa responsabilité, toutefois, reste entière, si l'aggravation essentielle n'a pas exercé d'influence sur le sinistre ou sur l'étendue de la prestation qui lui incombe.

Remarques

a) Nous ne prévoyons pas – sauf pour le cas exceptionnel envisagé sous chif. 4 – que l'aggravation essentielle intervenue sans le fait de l'assuré, ait influence sur les conditions du CA. Nous estimons, en effet, que le risque d'une telle aggravation doit, en principe, être supporté par l'assureur. C'est aussi un «risque secondaire» – un risque du métier d'assureur, dirions-nous –; il est, nous semble-t-il, d'autant plus normal, que l'assureur le courre, qu'il s'agit d'un événement purement fortuit – et même doublement, puisqu'il est aussi aléatoire qu'une telle aggravation arrive à la connaissance de l'assuré. Pratiquement, d'ailleurs, ce «risque» l'assureur le couvre: combien sont-ils les cas où il est à même de rapporter la preuve que l'assuré a eu connaissance de cette aggravation et conscience de son caractère d'aggravation essentielle et que sciemment il n'en a point donné avis[161] ? Eliminer le droit de l'assureur de se prévaloir d'une telle aggravation, c'est supprimer une source de conflits possibles.

b) Dans le cas du chif. 4, les LCA étrangères[162] qui prévoient cette éventualité, reconnaissent à l'assureur le droit de «décliner toute garantie», si l'avis d'aggravation que l'assuré est tenu de donner ne lui a pas été adressé. Nous estimons la solution que nous proposons plus près du réel et plus conforme à l'intention première du législateur.

3. Les «obligations déterminées» de l'art. 29 de la loi actuelle

a) *De lege lata*

Notre LCA conçoit ces obligations comme des «devoirs»

---

[161] Remarquons aussi – ce que l'on ne peut ni ne doit ignorer – que la grande majorité des assurés, une fois leur police reçue et serrée dans un tiroir, ne se soucie plus de sa teneur – si même ils s'en sont jamais soucié! – jusqu'au jour où un sinistre survient. N'est-il pas, dès lors, d'une sévérité hors de propos, de rendre l'assuré responsable d'avoir tu une aggravation essentielle du risque, intervenue par hasard et par hasard venue à sa connaissance?

[162] Par exemple l'avant-projet VAN DIEVOET art. 17 al. 9.

faisant l'objet d'une clause de déchéance; elle se contente de neutraliser celle-ci pour le cas où la contravention de l'assuré n'aurait eue aucun effet causal sur le sinistre ou l'étendue de la prestation incombant à l'assureur. Cette conception des choses est un peu courte.

aa) En pratique, l'assureur fait de ces «obligations déterminées», des «conditions», au sens juridique du terme. Ce sont alors de vraies exclusions de risque, selon l'art. 33 LCA, en sorte que la contravention de l'assuré constitue un cas de «non-assurance»[163]. Or, nous avons dit combien l'intention législative fondamentale du législateur exige que les exclusions de risque soient très clairement formulées et ne soient admises que de façon limitée. Souvent aussi, ces «obligations» portent sur le maintien ou l'introduction de mesures précises[164], en fonction desquelles le taux de la prime est fixé: la contravention de l'assuré peut, dès lors, signifier, suivant les cas, ou bien une déclaration inexacte ou bien une aggravation essentielle du risque, provoquée. Il manque donc à cette disposition les frontières d'un champ d'application: exactement délimité sous son apparente simplicité, l'art. 29 de la loi actuelle cache une large marge d'incertitudes.

bb) Il pose encore un problème d'importance plus vaste et de plus vaste portée: celui de la prévention des risques et des sinistres. C'est une question d'intérêt général, car ces «obligations déterminées» concernent, le plus souvent, des «mesures de sécurité», auxquelles le bien public est éminemment concerné. L'assurance doit-elle servir aussi, et comment, à garantir l'efficacité d'une prévention nécessaire des risques et des sinistres ? Cette prévention peut-elle encore être laissée à la libre «législation» de chaque assureur ? Ne conviendrait-il pas que le législateur pose à cet égard des règles générales et confère à l'assureur – ou plutôt à des organismes professionnels

---

[163] A. Besson, op. cit. N° 10, p. 23 et sv.

[164] Par exemple la mise en place d'extincteurs d'incendie, la pose de serrures de sécurité spéciales.

d'assureurs – certaines compétences, assorties d'un droit de coercition? Ce sont là, parmi d'autres, des questions que, dans une perspective de lege ferenda, il faut se poser à propos de cet art. 29: nous les signalons en passant, sans chercher à indiquer ici les voies de diverses solutions possibles[165].

b) *De lege ferenda*

Nous nous bornons aux deux suggestions suivantes:

aa) D'entre ces «obligations déterminées» dont se charge l'assuré, la loi devrait distinguer celles qui ont trait à un comportement de celui-ci et que l'assureur lui impose en vue de pallier les effets du «risque subjectif»[166] et celles qui concernent à proprement dire des «mesures de sécurité» à prendre ou à maintenir. Aux contraventions de l'assuré à des obligations de cette dernière catégorie, seraient applicables les règles relatives à l'aggravation essentielle du risque; celles aux obligations du premier genre n'auraient de conséquences fâcheuses pour l'assuré que dans la mesure du degré de causalité immédiate qu'elles auraient eu dans la réalisation du sinistre ou l'étendue des prestations incombant à l'assureur. Il est vrai que ce serait ouvrir la porte à des différends: assureur et assuré seront certainement d'avis divergents quant au degré de causalité à retenir, le cas échéant. Pour atténuer cet inconvénient majeur, le législateur pourrait, s'inspirant d'une prescription de la LCA française[167], prescrire que l'assureur ne sera en droit de réduire sa prestation que de 50% au maximum.

bb) Sauf pour des obligations précises et limitativement énoncées, du second genre, qui, si elles n'étaient pas respectées, rendraient le risque inassurable pour l'assureur, il serait

---

[165] Voir VAN DIEVOET, op. cit. II p. 253 et sv.

[166] Par exemple le devoir de se faire traiter par un médecin diplômé; de se soumettre à une expertise.

[167] Art. 23 al. 1 qui envisage un cas différent, il est vrai, mais la solution qu'il retient pourrait être généralisée, nous paraît-il.

interdit à ce dernier d'imposer de telles obligations à l'assuré, sous mode de «conditions» – proprement dites[168].

B. La cessation prématurée du CA

1. La résiliation après un dommage partiel (art. 42 LCA)

L'assureur et l'assuré ont le droit de se départir du CA, lors de chaque dommage partiel pour lequel une indemnité est réclamée (art. 42 al. 1). Malgré son origine, que trahit sa terminologie, cette prescription est de caractère général: elle est applicable à tout CA, quel qu'en soit le genre. Cependant, des catégories d'assurances ont pris, de nos jours, une extension considérable, qui s'accommodent mal, ou même pas du tout, de cette menace constante d'extinction prématurée que signifie cet article 42. Quel est le sens d'une assurance-maladie, par exemple, conclue «à vue» – c'est, pratiquement, l'effet de cette disposition légale – ? Voit-on la position inconfortable du preneur d'un CA collectif de personnes, obligé de trouver dans les quatorze jours une nouvelle couverture d'assurance et celle des bénéficiaires, en danger d'être privés de leur assurance, à chaque cas de sinistre? Il est évident que l'art. 42 de la loi actuelle dépouille l'assurance, en grande partie, de sa valeur et de son sens; il contredit l'intention législative fondamentale du législateur: c'est la raison pour laquelle il nous intéresse ici[169].

a) Ce droit de résilier le CA, dès qu'un dommage s'est produit, l'assureur se l'était réservé depuis toujours, pratique que notre législateur codifie, tout en la jugeant parti-

---

[168] v. THUR, op. cit. II § 84 p. 641 et sv.

[169] Nous n'évoquerons donc pas les questions de droit, discutées ou précisées dans la doctrine, que l'application de cet art. 42 soulève: ce serait hors de notre propos. Voir à cet égard, e. a. H. FLÜCKIGER, op. cit.; GANTENBEIN, th. cit. § 16 p. 213 à 233; GEISER: «Zur Frage der Kündigung gemäss Art. 42 VVG», dans SJZ Vol. 40 p. 374 et sv.; PÉTERMANN: «L'art. 42 de la LCA du 2. 4. 1908» dans RSA 1956/57 p. 324 et sv.

culièrement «choquante, d'autant plus que la résiliation du contrat entraîne toujours pour l'assuré des dommages économiques»[170]. On ne voit pas qu'il ait levé ou atténué cette conséquence en accordant le même droit à l'assuré et en rendant sa prescription semi-impérative.

Ce droit peut se justifier – pour l'assureur comme pour l'assuré – par des raisons de convenance, pertinentes, certes. Mais ce droit, est-il nécessaire de l'accorder? Voilà la question importante. Pour lui donner réponse valable, il convient d'établir la vraie raison d'être d'un tel droit, à son origine.

aa) Replaçons-le dans le contexte du réel, dans l'assurance maritime de jadis: nous n'aurons aucune peine à y voir une cautèle parente des clauses de déchéance et qui, très logiquement – et nécessairement – les complète. Dans une assurance et à une époque où la bonne foi absolue de l'assuré est condition sine qua non de la conclusion du contrat, parce que facteur décisif de la délimitation du risque assuré, il est normal – et indispensable – que l'assureur se prémunisse contre le «risque secondaire» (mais ici d'influence décisive sur le risque assuré) de devoir rester lié à un partenaire qui, en cours de contrat – précisément lors d'un sinistre partiel – se révèle de qualité morale douteuse.

Rendons-nous aussi compte de ce que pouvait signifier, à l'époque et dans cette assurance, la cessation prématurée d'une couverture d'assurance, pour un assuré-négociant qui, dans un transport, engageait une fortune, parfois même sa fortune. Ce n'est pas à la légère que l'assureur privait un homme d'affaires d'envergure de son CA; la mesure manifestait un retrait de confiance, mettait en cause le crédit et la renommée de l'assuré – auprès des autres assureurs. C'était donc une sanction – comme la déchéance – d'une extrême gravité et que seul un acte d'une gravité équivalente justifiait: la tentative de fraude.

bb) Dès lors, les raisons mêmes que nous avons invoquées

---

[170] Message, p. 59/60.

pour réduire à l'indispensable la portée des clauses de déchéance transposées dans l'assurance terrestre et les conséquences très atténuées que, dans cette assurance, il convient d'attacher à un comportement peu louable de l'assuré, valent également ici: ce droit de résilier unilatéralement le CA ne se justifie, en faveur de l'assureur, que dans la seule mesure où il sert à écarter l'assuré malhonnête, sinon il est exorbitant, car il met l'assuré, sans raison valable, à la merci de l'assureur[171].

cc) Quant à ce même droit concédé à l'assuré, par souci de tenir la balance égale entre les parties au CA, sa nécessité manque totalement.

Le plus clair résultat que le législateur ait obtenu, ce faisant, a été de donner à l'assuré, démuni d'élégance morale, sinon toujours de bonne foi, un moyen commode – et d'autant plus rassurant pour sa conscience qu'il est légal et même impérativement prescrit – de se jouer de l'assureur: on ne compte pas les cas où des assurés empochent, à peine le contrat conclu parfois, une coquette somme en «indemnité d'assurance» et remercient l'assureur en résiliant leur contrat. Et nous ne parlons pas de la possibilité qu'offre ce droit «légal» à des agents d'assurance habiles – trop! – de détourner les clients d'un assureur vers le concurrent pour lequel ils travaillent[172], pour le seul profit d'une commission.

On ne voit d'ailleurs pas à quelles fins, et pour quel intérêt légitime, l'assuré devrait abandonner un contrat, au mépris de la durée pour lequel il a été conclu – durée que, souvent, il a choisi telle pour bénéficier des rabais spéciaux de prime que l'assureur consent pour des contrats à long terme. Au contraire, l'assuré n'a aucun intérêt à résilier son CA. Promouvoir l'assurance, c'est aussi veiller à ce que l'assuré ne se prive

---

[171] Que l'assureur, aujourd'hui, n'abuse généralement pas de son droit, il n'importe: ce n'est là qu'un état de fait, par nature, contingent; on ne peut donc y prendre appui pour fonder une norme générale de droit.

[172] Voir ce qu'en dit FLÜCKIGER, op. cit. p. 58/59.

pas de son propre chef du bénéfice de son CA. On ne lui inculque pas non plus le «sens» de l'assurance, en lui permettant de se libérer d'un CA à la première occasion venue.

Enfin, l'assureur, pour mettre en œuvre rationnellement l'opération d'assurance, doit pouvoir tabler sur la stabilité des contrats qu'il conclut: c'est une raison supplémentaire – et non des moindres – à l'appui de l'opinion que nous soutenons.

b) Notre droit ne connaît pas la clause générale de résiliation «sic rebus stantibus»[173] et au contraire du droit commun, notre LCA ne prévoit pas la résiliation du CA pour «justes motifs». Aussi a-t-on proposé[174] que de lege ferenda, l'art. 42 étant maintenu, mais à titre dispositif, la loi permette, à chaque partie, de se retirer du contrat pour des motifs graves. C'est une solution qui alimenterait une source de contestations: cette raison déjà suffit pour l'écarter. Pacta sunt servanda: le principe doit être, dans le domaine de l'assurance, plus encore que partout ailleurs, rigoureusement tenu; l'intention fondamentale du législateur exige l'intangibilité la plus complète du CA.

aa) De lege ferenda il conviendrait à notre sens de prescrire que: s'il s'en est expressément réservé le droit[175], l'assureur pourra résilier le CA après un dommage partiel, mais dans le seul cas où l'assuré aurait agi frauduleusement à son égard, dans le sens que nous avons précédemment explicité.

Juridiquement, c'est la seule solution qui exprime la nature de ce droit de résiliation, qu'il faut comprendre comme un genre de clause de déchéance: on ne saurait le considérer isolément[176].

---

[173] Koenig, op. cit. p. 142.

[174] Flückiger, op. cit. § 15 p. 62.

[175] Ainsi avant-projet van Dievoet, art. 31.

[176] Flückiger, op. cit. p. 3 rappelle que la Commission d'experts, chargée d'examiner le projet de LCA élaboré en 1896 par le Prof. Roelli, – dans sa sous-commission juridique –, avait proposé de supprimer le droit de résilier de l'assuré et de n'accorder

Elle est, par ailleurs, conforme à la pratique de l'assurance moderne. Dans l'assurance-maladie, par exemple, les assureurs renoncent expressément à se prévaloir de ce droit, et bien souvent sans réserve aucune[177]. Si l'abandon est possible dans une branche où les occasions d'abus de la part des assurés foisonnent, ce doit l'être aussi dans les autres branches.

bb) Quant au droit de résilier de l'assuré, sa suppression pure et simple s'impose, alors même qu'au cours des soixante ans d'existence de la LCA il a pu se créer dans la conscience populaire la conviction que ce droit est un «progrès» et une exigence de justice. Les LCA modernes ne reconnaissent aucun droit de ce genre à l'assuré[178]; dans la LCA allemande, ce droit – pour les deux parties – n'est prévu qu'à titre dispositif et seulement dans les assurances incendie, grêle et R.C.[179].

2. L'invalidation du CA en cours de contrat

a) Seul le cas d'invalidation, parce qu'en cours de durée le CA devient sans objet, nous intéresse ici[180]. Nous avons dit

---

ce droit à l'assureur que si l'assuré avait, par sa faute, provoqué le sinistre.

[177] Ils sont ainsi allés bien au-delà du vœu que le BFA exprimait dans son 63e rapport annuel (1948) p. 11/12. Se sont donc révélées vaines les craintes que formule PARATTE, th. cit. p. 78 et sv.

[178] Ni à l'assureur. Cependant l'avant-projet VAN DIEVOET prévoit à son art. 31 – et pour le seul assureur – un droit de résiliation après sinistre, si l'assureur s'est réservé ce droit, mais la résiliation ne peut avoir effet «avant l'expiration de l'année d'assurance en cours ni avant l'expiration d'un délai de trois mois calendrier à compter du lendemain du jour du dépôt de la lettre (de résiliation) à la poste».

[179] §§ 96, 113, 158 – §§ 95, 112. Les conditions générales dans l'assurance contre la grêle, en Allemagne, excluent expressément ce droit (voir PRÖLSS, op. cit. ad § 113 p. 344).

[180] Demeurent hors du cercle de nos réflexions ici, les causes d'invalidation du CA selon le droit commun: absence de capacité des parties (de l'assuré, pratiquement), vices du consentement, nullité fondée sur l'art. 20 al. 1 C. O. Nous avons déjà dit que la question de l'illicité ou de l'immoralité de certaines couvertures de risques

que, selon nous, l'intérêt assuré, objet propre de l'opération d'assurance, se présume, dès lors qu'un assureur accepte de prendre en charge un risque auquel est exposé l'«objet» – au sens générique que nous avons spécifié: chose, patrimoine ou personne – sur lequel porte l'intérêt de celui qui s'assure. Pour nous donc, l'intérêt assuré disparaît uniquement lorsque le risque cesse d'exister – l'événement d'assurance ne peut plus se produire – ou lorsque l'objet sous risque est détruit par un événement que ne couvre pas la police[181]. Quel est dans ce cas le sort du CA? Notre LCA ne dit rien. La lacune est grave, car la question est de grande importance pratique; la doctrine[182] est fluctuante, la jurisprudence[183], hésitante: il est indispensable que le législateur lève l'incertitude de droit régnante.

b) Dans quel sens le devrait-il faire en vue de réaliser le mieux son intention législative fondamentale? A notre avis, en traitant le cas comme une assurance d'un risque putatif,

---

devrait être examinée de près, le total mutisme du législateur à cet égard étant inadmissible. Remarquons ici seulement que la réglementation complète de la réticence dans la LCA devrait rendre inutile l'action en nullité pour erreur ou dol: ne conviendrait-il pas donc d'écarter expressément, dans la loi, le recours à ces dispositions du droit commun? Nous le pensons. Le législateur soulignerait ainsi le domaine autonome de l'assurance, que seules des règles propres régissent adéquatement.

[181] La doctrine qui explicite le droit positif, distingue l'éventualité où seul l'intérêt à l'assurance disparaît de celle où le risque ou l'objet sous risque disparaissent. Mais elle s'aperçoit que, dans cette dernière éventualité, l'intérêt assuré est nécessairement détruit; aussi conclut-elle que, dans l'un comme dans l'autre cas, «praktisch müssen die Fälle die gleichen Wirkungen haben, da es sich immer nur um den Wegfall des konkret versicherten Interesses handeln kann» (ROELLI/JAEGER, op. cit. II Note 36 ad art. 48 p. 49). Dans le même sens: LALOUX, op. cit. N° 198 p. 173/174 et N° 205 p. 178.

[182] Voir KOENIG, op. cit. p. 142 et ROELLI/JAEGER, op. cit. II Notes 36 et 37 ad art. 48 p. 49 à 52, et littérature qui y est citée.

[183] Indications chez GANTENBEIN, th. cit. § 6 p. 51 à 59. Voir: HASTER: Wegfall der Gefahr im VV, Zürich, 1950.

car c'est à quoi, en fait, se transforme le CA quand disparaissent ou le risque ou l'objet sous risque, aussi longtemps que les intéressés l'ignorent. C'est pourquoi, nous suggérerions, en complément de l'amendement proposé à l'art. 9 de la loi actuelle, les prescriptions suivantes, par exemple:

1° Si à un moment quelconque de la durée du contrat le risque disparaît ou la chose sous risque est détruite totalement par un événement non couvert par la police, le contrat s'éteint de plein droit dès le jour où l'assureur apprend ce fait. Il est tenu de rembourser à l'assuré la fraction non absorbée de la prime payée, à compter du jour de l'extinction du contrat. Toutefois la portion de prime qu'il doit restituer se calculera dès le jour où la disparition du risque ou de la chose sous risque est venue à la connaissance de l'assuré, si celui-ci en avise l'assureur, par écrit, immédiatement, mais au plus tard dans le délai d'une semaine.

2° Si la disparition du risque ou la destruction de la chose sous risque ne sont que partielles, le contrat subsiste pour l'avenir dans la mesure du risque ou de la valeur de la chose sous risque encore existants et pour une prime réduite adéquatement dès le jour déterminé selon le chiffre 1 ci-dessus.

3° L'assuré doit justifier en indiquant à l'assureur les raisons qu'il a de l'affirmer, que le risque a disparu ou que la chose sous risque a été détruite, totalement ou partiellement. Une contestation éventuelle de l'assureur n'écarte pas l'application des prescriptions ci-dessus; si elle est reconnue valable à la suite d'une procédure judiciaire que l'assureur est tenu d'engager dans le délai d'un mois, à compter du jour où il a reçu la notification écrite de l'assuré, le jugement en sa faveur lui donne le choix ou de résilier le contrat et de réclamer, au titre de dommages-intérêts, un montant double de celui d'une prime annuelle ou d'exiger le maintien en vigueur inchangé, du contrat; dans ce dernier cas, le montant de prime que l'assuré devrait, pour ne l'avoir pas payé, sera considéré comme une

prime échue en souffrance: l'assureur devra procéder conformément aux art. 20 et 21 (de la loi actuelle).

4° Les présentes prescriptions valent également pour les assurances collectives.

Remarques

a) Le cas doit être conçu – et réglé – comme un cas général, si l'on admet que l'objet du CA, quel que soit le «genre» de l'assurance, est toujours l'«intérêt assuré». La réglementation proposée appartient donc à la partie générale de la loi[184].

b) Si le législateur ne reconnaît pas l'assurabilité des risques putatifs, la réglementation que nous envisageons manquerait de rigueur juridique; nous croyons qu'elle pourrait avoir néanmoins valeur de convenance pratique[185].

c) S'il n'y a pas d'assurance sans risque – ce que personne ne conteste – il est de logique contraignante d'admettre que le CA ne saurait survivre à la disparition objective de ce risque: il s'éteint eo ipso[186].

---

[184] Les LCA étrangères qui traitent du cas (par exemple LCA all. § 68; LCA fr.: art. 35) en font, logiquement, vu leur conception des «genres» d'assurance, un cas spécifique de l'assurance contre les dommages. Etrangement, l'avant-projet VAN DIEVOET en prévoit la réglementation dans la partie générale (art. 15), alors qu'il distingue aussi les deux genres traditionnels de l'assurance.

[185] GANTENBEIN, th. cit. p. 53 se place à ce point de vue.

[186] Opinion unanime de la doctrine française (ce qu'exprime l'art. 35 LCA fr.) et de la doctrine belge (d'où l'art. 15 de l'avant-projet VAN DIEVOET). Contre l'avis d'OSTERTAG-HIESTAND, op. cit. Note 1 ad art. 25, la doctrine suisse dominante affirme le contraire; elle dit que la disparition du risque n'entraîne qu'une modification des «circonstances» du CA et que, dès lors, notre droit ne connaissant pas – sauf exceptions expresses – l'empire de la clause «sic rebus standibus», le CA, malgré la disparition du risque, demeure valide: d'où la solution envisagée d'accorder aux intéressés un droit de résilier (KOENIG, op. cit. p. 142; ROELLI, op. cit. I Note 2 ad art. 25 p. 319/320); ou bien elle invoque les «exigences» de la technique d'assurance (ROELLI/JAEGER, op. cit. II Note 37 ad. art. 48

d) Il convient d'éviter le recours à la notion de «disparition totale ou partielle du risque»: ce serait ouvrir la porte à des contestations sans fin.

La disparition du risque intéresse directement l'assuré seul; à lui donc de juger s'il y a disparition du risque ou non et de le faire valoir auprès de l'assureur. Mais il faut qu'il lui fournisse ses raisons, sinon l'assuré jouirait de la faculté déguisée de se départir du contrat, à sa guise ou à peu près. Or cela ne se devrait point permettre: nous avons dit pourquoi précédemment. Si donc l'assureur soupçonne sérieusement l'assuré d'invoquer à tort une disparition de risque pour se libérer du contrat, qu'il s'en remette au juge pour établir le bien-fondé de ses soupçons, s'il a un intérêt majeur au maintien du contrat.

e) Les prescriptions sur d'éventuels dommages-intérêts et une éventuelle exigence à l'assuré d'avoir à payer le montant de prime dont il aurait dû s'acquitter s'il n'avait pas prétendu à tort que le risque avait disparu, cadrent avec celles que nous préconisons pour des situations analogues (aggravation essentielle par exemple).

3. Le changement de propriétaire de la chose sous risque dans le CA: art. 54 LCA

Si l'objet du CA change de propriétaire, les droits et les obligations qui découlent du CA passent à l'acquéreur, de plein droit. L'assureur peut résilier le CA, l'acquéreur refuser le transfert, chacun d'eux dans un délai de 14 jours.

a) L'art. 54 de la loi actuelle soulève de nombreuses controverses doctrinales; son application pratique pose nombre de questions particulières: nous n'évoquerons ici ni les unes ni les autres[187]. Nous rappellerons seulement que doctrine et

---

p. 51/52). Ni l'une ni l'autre des raisons avancées ne nous convainquent.

[187] Nous renvoyons aux ouvrages de doctrine: KOENIG, op. cit. § 24 p. 205 et sv.; A. DONATI, op. cit. II chap. XXII N°s 510 et sv. p. 491 et sv.; LALOUX, op. cit. N° 206 p. 178 et sv.

jurisprudence s'efforcent, par la voie d'une interprétation téléologique, de lui donner une portée plus étendue que ne l'autoriserait la lettre de cette disposition[188]. C'est la meilleure preuve que cet article n'est ni clair ni adapté aux besoins des affaires; c'est dire aussi que la sécurité de droit n'y gagne rien, au contraire. Trois raisons donc pour ne pas se satisfaire de cette prescription de la loi actuelle et pour conclure déjà que son texte ne réalise pas pleinement l'intention législative fondamentale d'une LCA. Or, cette intention veut que, toujours et en toutes circonstances, – autant que faire se peut – un CA conclu soit maintenu en vigueur, en faveur de qui veut être assuré. Nécessairement donc, l'art. 54 devrait avoir la portée d'application la plus vaste. Ce n'est et ce ne peut être le cas pour un texte pareillement formulé.

Si «le résultat économique de la sécurité (que donne l'assurance) ne doit pas disparaître, parce que, à cause d'une inattention excusable, le droit à l'assurance n'a pas été cédé»[189], le législateur ne saurait retenir que le seul cas du «changement de propriétaire». On ne voit pas pourquoi l'assurance ne se transmettrait pas aussi ex lege, par exemple, au tiers à qui un locataire, assuré contre le bris des glaces de son appartement, cède son bail; à celui qui succède en la même qualité, à l'employeur d'un personnel pour lequel celui-ci a conclu une assurance collective, vie, accidents ou maladie; à celui aussi qui acquiert une entreprise dont le chef était assuré en R.C. en tant que responsable de cette entreprise; à l'acquéreur d'un usufruit, dont l'objet est couvert contre tel ou tel risque de destruction par une assurance que le cédant avait conclue; au créancier-gagiste qui remplace, en cette qualité, un premier créancier-gagiste qui avait assuré l'objet du gage; à un exécuteur testamentaire gérant les biens d'une succession pour certains desquels le de cujus avait souscrit une assurance, etc. Dans tous ces cas, comme dans bien d'autres semblables

---

[188] Voir GANTENBEIN, th. cit. § 9 p. 113 et sv.; HAGMANN, th. cit. p. 75 et sv.

[189] et [189a] Message, p. 65.

que l'on trouverait dans *toutes* les branches d'assurances, la transmission du CA serait une solution aussi conforme «aux besoins des affaires et à une saine politique juridique»[189a] que lors d'un «changement de propriétaire» de la chose sous risque.

b) Mais alors il ne faut pas identifier «l'objet du CA» à la chose sous risque; il faut *nécessairement* retenir l'intérêt à l'assurance comme le véritable «objet du CA». Que l'on n'objecte pas, citant le TF[190], que «la question de savoir si et quand l'intérêt économique a passé à un tiers pourrait toujours prêter à contestation». Rien n'empêche le législateur d'écarter ce danger en posant des présomptions légales, en vue d'établir des critères *objectifs* propres à déterminer avec certitude le moment où le CA passe à qui succède à l'assuré: pourquoi ne serait-ce pas le moment où *juridiquement* l'assuré se dessaisit de la «chose» à laquelle le risque est rattaché? C'est bien ce moment qui, pour l'application de l'actuel art. 54, est retenu[191]. Il n'y aurait là rien qui heurte des exigences nécessaires de la logique juridique (encore que le législateur, s'il y est contraint, peut très valablement ne point s'y conformer).

En effet, si l'intérêt à l'assurance est, en soi, un pur rapport économique qui peut exister indépendamment de toute relation juridique entre l'assuré et l'objet sous risque, en fait, dans la plupart des cas, cet intérêt «économique» se fonde sur un tel rapport juridique. Que le législateur décrète la transmission du CA dans tous les cas où dans ce rapport juridique une autre personne se substitue légitimement à l'assuré, quelle que soit la cause de droit, et il aura pratiquement décidé que «le transfert de l'assurance s'opère en vertu de la loi

---

[190] ATF du 28.6.1916 RBA III N° 151.

[191] Pas toujours, cependant: ainsi, au contraire de la doctrine allemande, les auteurs suisses déclarent l'art. 54 applicable même si l'aliénation de «l'objet du CA» s'est opérée sous pacte de réserve de propriété (voir GANTENBEIN, op. cit. p. 120 et littérature qui y est indiquée).

au moment même de la transmission de l'intérêt»[192]. Mais pour donner à cette prescription la portée d'application la plus étendue, il convient de confirmer la notion de «chose à laquelle le risque assuré est rattaché», que l'interprétation analogique de l'art. 54 a permis de dégager en pratique, afin d'appliquer valablement cet article dans l'assurance de la R.C. aussi[193].

En bref, il serait indiqué, selon nous, que le législateur repense la ratio legis[194] de l'art. 54 de la LCA actuelle et en formule le texte en considération du rapport juridique, quel qu'il soit, existant entre l'assuré et l'objet sous risque. Il le dégagerait ainsi de la matrice de l'assurance de choses – stricto sensu – dans lequel le cas envisagé a été pensé et pour lequel il a été réglé, dans la loi actuelle. Il lui conférerait aussi – par là – valeur de règle générale, applicable dans le domaine entier de l'assurance. Les besoins des affaires l'exigent, croyons-nous, et la sécurité de droit nécessaire serait fermement établie, que compromettent toujours les controverses doctrinales et les habiletés de l'interprétation jurisprudentielle.

c) Quant au droit de résilier le CA, on ne saurait, nous paraît-il, le mettre en cause, ni pour l'assureur ni pour le successeur de l'assuré. Pourtant le projet de notre LCA, objet du

---

[192] Message, p. 65.

[193] Voir Koenig, op. cit. § 47 p. 434 et sv.

[194] Qui dans toutes les LCA est la même et que l'on explicite par les trois raisons suivantes: l'intuitus personae est dans l'assurance contre les dommages un élément qui généralement n'est pas décisif pour l'assureur; il est antiéconomique d'obliger l'acquéreur à conclure une nouvelle assurance pour le même intérêt et inopportun de le laisser sans couverture d'assurance jusqu'à conclusion d'un CA; il faut éviter de faire payer à l'assuré qui aliène la chose «assurée» une indemnité à l'assureur, pour perte prématurée du CA (voir e.a. Picard et Besson, op. cit. [1950] N° 226, p. 340; A. Donati, op. cit. II N° 512 p. 494 et sv.).

message du CF, souvent cité dans ce travail, ne prévoyait un tel droit pour aucun des intéressés[195].

Toutes les lois étrangères réservent aux intéressés un droit de résilier le CA. Mais les délais prescrits varient considérablement d'une loi à l'autre[196]. Nous estimons qu'à cet égard les dispositions de notre LCA sont judicieuses: le sort d'un CA doit, dans l'intérêt de tous les intéressés, se régler rapidement.*

---

[195] Mais à son art. 49 excluait le transfert du CA, lorsque la «substitution» entraînait une aggravation essentielle du risque.

[196] De 10 jours (art. 1918 CCI) à 3 mois (art. 19 LCA fr; art. 47 avant-projet VAN DIEVOET), délais divers dans la LCA all.: §§ 69, 151 al. 2, 115, 128.

* *Règlement des sinistres:* Nous ne pouvons que nous borner à attirer l'attention sur le «règlement des sinistres». Sauf dans la branche vie, tout sinistre offre l'occasion d'une divergence: la loi actuelle ne s'en préoccupe pas spécialement. Il est pourtant anormal et contraire au but premier de la LCA, que le règlement d'un sinistre traîne en longueur (et place ainsi l'assuré dans une situation fréquemment pénible, parfois tragique), suscite un procès ou se termine, après marchandage, par un «arrangement» auquel l'assuré consent avec plus d'amertume que de conviction. De lege ferenda il faut, à notre avis:

1° Demander des prescriptions obligeant l'assureur à un règlement *rapide* des sinistres. Diverses mesures de la pratique pourraient être – selon des modalités à arrêter de concert avec les associations professionnelles d'assureurs – préconisées, voire imposées par le législateur: par exemple, versement d'«avances», règlements forfaitaires anticipés, après une expertise rapide des dommages (ce qu'ont convenu de faire, en France, dès le 1er mai 1960 un certain nombre de compagnies, en R.C.);

2° Prévoir dans certaines branches, en particulier en R.C. autos, l'indemnisation provisoire du lésé, d'après le préjudice subi (et non d'après la responsabilité encourue), sur la base de barèmes préétablis (sur une pratique américaine dans ce sens, voir: A. EHRENZWEIG: «Full-aid» Insurance for the Traffic Victim, Los Angeles, 1954, dont il est parlé sous la plume du Prof. K. SIEG, de Hamburg, dans VwA 1955, p. 125);

3° Limiter, dans toute la mesure du possible, l'application de la règle proportionelle en cas de sous-assurance. C'est une des plus

vieilles règles de l'assurance maritime (voir A. DONATI, op. cit. II N° 394 p. 258) qui est, contrairement aux justifications que l'on en donne (par exemple ROELLI/JAEGER op. cit. II p. 513 et sv.) l'expression d'une considération technique (comme à l'art. 75 LCA). Mais elle valait peut-être jadis, à une époque de stabilité monétaire et au temps où les biens d'usage – ceux que l'on assurait – duraient des décennies et n'étaient point, comme de nos jours, des biens de «consommation», souvent renouvelés. La règle est devenue anachronique dans un monde où les variations de prix sont constantes; elle est à l'origine de la réputation fâcheuse de l'assureur; elle est injuste: on ne peut exiger de l'assuré qu'il estime avec exactitude le montant adéquat de son assurance et demande périodiquement un ajustement; elle est occasion à l'esprit de chicane de sévir, au dam de l'assuré. A notre opinion, la rectification «technique» doit pouvoir se faire – comme nous le proposons par ailleurs – par le paiement après coup d'un complément de prime;

4° Préconiser (il faudrait examiner de près, comment) un règlement de sinistres – lors de cas litigieux – par des organismes neutres, sans liens avec l'assureur. Le recours aux offices d'un «adjuster» indépendant – comme en Angleterre – ou à des bureaux de règlements de sinistres (Schadenbüros) – comme dans les pays scandinaves et en Allemagne e.a. – devrait être étudié et légalement réglé – en accord avec les associations professionnelles d'assureurs, qui pourraient être chargées d'organiser ce que ROHRBECK (op. cit. p. 142 à 146) appelle les «Schadenabwicklungsbüros». Ce serait la meilleure façon de libérer le règlement des sinistres de tout arbitraire et d'empêcher que ne s'affrontent, à cette occasion, deux âpretés d'argent. La pratique d'experts et d'inspecteurs de sinistres, neutres, servirait enfin de référence objective aux juges, le cas échéant. (Voir sur toute cette question: O. PIERT: «Probleme in der Schadenregelung von Sachversicherungsunternehmungen und ihre Handhabung in der englischen und deutschen Versicherungswirtschaft» dans VwA 1955 p. 311 et sv.). Signalons, à cet égard, un essai que l'on tente en Belgique pour une «expérience de règlement accéléré de sinistres» dans le domaine de l'assurance R.C. «automobile» et qui consiste essentiellement à confier à un expert désigné et appointé pour le compte des assureurs participants, par une compagnie apéritrice, toutes les missions d'expertise et éventuellement de règlement de certains sinistres déterminés (voir Bulletin N° 17 du 29.4.1961).

Remarques finales

Au terme de notre exposé:

1. Constatons que notre LCA n'atteint pas toujours le but premier qui est le sien, ne saisit qu'imparfaitement la réalité de l'assurance moderne. Parce qu'elle exprime des conceptions et des vues que l'évolution du monde économique a rendues largement désuètes, parce qu'elle est enserrée dans des catégories du droit commun, impropres à régir adéquatement les situations spécifiques qu'engendrent les rapports d'assurance, la réglementation de notre loi a considérablement perdu de sa valeur: le réel qu'elle est censée discipliner la déborde de toutes parts. Il faut la reviser: l'entreprise est nécessaire, donc urgente aussi; une loi qui, dans son application, appelle constamment les corrections que l'assureur ou le juge se sentent obligés d'y apporter, ne remplit plus sa fonction ordonnatrice; il nous paraît, dès lors, inconcevable qu'elle puisse être maintenue.

Relevons aussi que cette revision s'impose comme nécessaire et urgente pour une autre raison encore: depuis que d'un trait, chaque jour plus appuyé, se dessinent les contours d'une vaste aire économique de l'Occident, le caractère international, par nature, de l'assurance va, demain, prendre sa dimension entière. Déjà se discute et se prépare la coordination des législations nationales sur l'assurance; déjà de larges ententes se font sur des questions d'assurances de plus en plus nombreuses qui ne se peuvent régler que sur le plan international: comment dès lors s'imaginer que l'assurance puisse rester enfermée dans l'autarcie d'un droit strictement national? Mais cette institution spécifique doit reposer sur une loi nationale solidement charpentée, qui servirait, non pas de simple trait d'union entre l'assurance nationale et l'assurance internationale, mais de pivot et de charnière à cette dernière. Est-ce trop espérer que d'attendre de notre législateur qu'il présente le projet acceptable – parce qu'il serait basé sur des règles-critères *objectifs* que tous les sys-

tèmes juridiques de l'Occident admettent – d'une telle loi? Et qu'il le présente sans tarder avant que notre pays ne se voie forcé un jour d'«adhérer» à une législation sur l'assurance à l'élaboration de laquelle il n'aurait pris aucune part ou presque?

2. Concluons que c'est à une revision, au sens pleinier du terme, qu'il faut se résoudre. Non pas à ce que nous avons pris l'habitude, dans un respect fétichiste des situations de fait, d'appeler en notre pays une «revision de loi» et dont la modification du titre I de la LAMA fournit le déplorable exemple, mais à une véritable remise en chantier de la LCA. Car – nous espérons en avoir suffisamment montré, sinon démontré, la nécessité – il faut *repenser* la loi. Ce n'est plus une codification de conditions d'assureurs dont l'assurance a besoin, mais une loi réaliste, qui pose des règles taillées à la mesure des situations vraies, règles qui se puissent appliquer avec rigueur sans faire violence ni aux faits ni aux sentiments des intéressés, de l'assureur et de l'assuré. C'est dire, sans l'expliciter, que la LCA future sera adéquate à son objet si:

a) s'articulant sur la partie valable de la loi existante – et c'est la partie que l'on pourrait constituer avec les principes et les prescriptions générales que l'on tirerait, principalement, de la réglementation de l'assurance sur la vie – elle énonce des normes plus que des prescriptions de détail: ce serait donc «un code très peu codifié qui se contente des points fondamentaux et qui laisse une place considérable au développement des usages particuliers»[1];

b) elle prescrit autant que de besoin, mais prescrit plus qu'elle ne dispose, car il s'agit, aujourd'hui comme hier, *de promouvoir l'assurance*, institution originale de prévoyance, d'untérêt public[2].

---

[1] Lettre du 14.12.1896 du Prof. R. Saleilles à E. Huber, le rédacteur de notre code civil, citée dans SJZ 1957 p.373 note 28.

[2] Voir P. Steinlin: «Das Streben nach Sicherheit und die persönliche Freiheit» dans RSA 1961/62 p.168.

PRINCIPAUX OUVRAGES CONSULTÉS

N.B. Les articles de revues comme les monographies occasionnellement mentionnées sont, avec le nom de l'auteur, cités en cours d'exposé.

Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft, Berlin 1954, dans «Veröffentlichungen der Arbeitsgemeinschaft der Versicherungswissenschaftler an deutschen Hochschulen».

C. Ancey et L. Sicot: La loi sur le contrat d'assurance, Paris, 1930.

E. Bruck: Das Privatversicherungsrecht, Berlin, 1930.

E. van Dievoet: L'assurance en Belgique: le fait économique et social, le droit en vigueur, les réformes proposées, 2 vol. Anvers. 1940. (Ouvrage épuisé en librairie. Nous avons pu néanmoins l'avoir en mains, en vue de notre travail, grâce à l'extrême obligeance de M. J. Wautier, directeur de l'U.P.E.A. à Bruxelles, qui nous l'a mis à disposition: nous l'en remercions ici très chaleureusement.)

A. Donati: Trattato delle assicurazioni private, Milan, 3 vol., 1952/1955.

H. Dorn: Die Zukunft des Versicherungsgedankens, Heft 34 der «Veröffentlichungen des deutschen Vereins für Versicherungswissenschaft».

W. van Eeckhout: Le droit des assurances terrestres, 2e éd., Bruxelles, 1933.

A. Ehrenzweig: 1. Moderne Entwicklungsbestrebungen im Recht des Versicherungsvertrages, 1925, cité «ME»: Heft 6 der «Übersee-Studien zum Handels-, Schiffahrts- und Versicherungsrecht». – 2. Versicherungsvertragsrecht, Wien und Leipzig, 1935.

D. Farny: Das Versicherungsverbrechen, Bd. I (n.F.) der «Veröffentlichungen des Seminars für Versicherungslehre der Universität Köln», Berlin, 1959.

Festgabe für E.R. Prölss: Rechtsfragen der Individualversicherung, Karlsruhe, 1957, cité «Festgabe für Prölss».

Festgabe für Walter Rohrbeck: Beiträge zur Versicherungswissenschaft, Berlin, 1955, cité «Festgabe für Rohrbeck».

H. Flückiger: Das Rücktrittsrecht im Teilschadenfall nach schweizerischem Recht (Art. 42 VVG), Bern, 1961, Heft 343 (n.F.) der «Abhandlungen zum schweizerischen Recht».

B. Gantenbein: Die außerordentliche Beendigung des Versicherungsvertrages nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2.4.1908, thèse, Zürich, 1939.

Hans Victor Gaugler: Die Grundidee der Versicherung und ihre Bedeutung für die Rechtsfindung in Versicherungsstreitigkeiten, Basel, 1942.

M. Gürtler: Betriebswirtschaftliche Probleme des Versicherungswesens, Wiesbaden, 1959.

A. Hagmann: Die Handänderung in der Schadensversicherung, insb. im Haftpflichtversicherungsvertrag, thèse, Berne, 1949.

P. Hainard: Der rechtliche zulässige Inhalt des Versicherungsvertrages, Aarau, 1958, Heft Nr. 205 (n.F.) der «Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft».

E. Haymann: La surveillance des sociétés d'assurances en Suisse et la juridiction administrative du TF, Genève, 1932.

Hedinger: Versicherungstechnische Prinzipien im Schweizerischen Versicherungsvertragsgesetz, thèse, Aarau, 1955.

P. Helfesrieder: Die Personenversicherung in ihrer Abgrenzung zur Schadenversicherung nach schweizerischem Privatversicherungsrecht, Bâle, 1953, Heft 36 der «Basler Studien zur Rechtswissenschaft».

J. Hémard: Théorie et pratique des assurances terrestres, Paris, 1924/25.

Kernfragen der Versicherungs-Rechtsprechung: ein Rechtswahrerbuch, Berlin 1938, cité «KVR».

J. Knaack: Die Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Wirtschaftsprinzips in der Individualversicherung für die Befriedigung von Sicherungsbedürfnissen, Berlin, 1935.

W. Koenig: 1. Gegenstand der Versicherung: eine systematische Begründung des Versicherungsrechtes ohne den Interessebegriff, Berne, 1931 (cité: Gegenstand) Heft 63 (n.F.) der «Abhandlungen zum schweizerischen Recht». – 2. Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2. Aufl., Berne, 1960.

H. Krenger: Die Gefahrstatsachen im Schweizerischen Privatversicherungsrecht, Berne, 1957: Heft 323 (n.F.) der «Abhandlungen zum schweizerischen Recht».

P. Laloux: Traité des assurances terrestres en droit belge, Liège/Bruxelles, 1944.

H.G. Lobscheid: Versicherung in wirtschaftstheoretischer Betrachtung, Berlin, 1959: Heft 2 der «Versicherungsstudien der Veröffentlichungen der Kölner Versicherungswissenschaftlichen Vereinigung».

ROBERT LUTZ: Zur Umschreibung der versicherten Gefahr durch Gesetz und Vereinbarung, thèse, Zürich, 1932.

W. MÄHR: Einführung in die Versicherungswirtschaft, Berlin, 1951.

H. MAYR: Die Behandlung versicherungsrechtlicher Fehlertatbestände, Berne, 1948, Heft 253 (n.F.) der «Abhandlungen zum schweizerischen Recht».

H. MÜLLER: Familienversorgung, Kreditbeschaffung und Zwecksparen durch die Lebensversicherung, 1935.

H.E. NUSSBAUMER: Wesen und Grenzen der Versicherung, Zürich, 1946.

OSTERTAG/HIESTAND: Das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2. Aufl. 1928.

G. PARATTE-VIGNERON: L'assurance privée maladie en droit suisse, thèse, Berne, 1954.

L.G. DU PASQUIER: Introduction à la science actuarielle, Neuchâtel.

E.W. PATTERSON: Essentials of Insurance Law, N.Y. 1935.

PICARD et BESSON: Traité général des assurances terrestres en droit français, Paris, 1938/43.

E.R. PRÖLSS: Versicherungsvertragsgesetz, 11. Aufl., Berlin, 1958.

H. ROELLI/JAEGER: Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2.4.1908, Berne, 1914/1933, cité selon les tomes: ou Roelli ou Roelli/Jaeger.

WALTER ROHRBECK: Wesen, Gehalt und Reform der deutschen Privatversicherung, Berlin und München, 1949.

R. SCHMIDT: Die Obliegenheiten, Heft 9 (n.F.) der «Veröffentlichungen des Seminars für Versicherungswissenschaft der Universität Hamburg und des Versicherungswissenschaftlichen Vereins in Hamburg», Karlsruhe, 1953.

R. SECRÉTAN: L'art. 156 du C.O. et la condition potestative, tirage à part de Aequitas et Bona Fides, Festgabe für A. Simonius, Basel, 1955.

F. SOHR: L'Etat et les assurances, Bruxelles, 1945.

O. STEIN: Le droit international des assurances, 1929.

P. STEINLIN-FRITZSCHE: Das Versicherungswesen der Schweiz: eine Gesamtschau, Bd. I, Zürich/St. Gallen, 1961.

A. VON THUR: Partie générale du Code fédéral des Obligations, trad. M. de Torrenté et E. Thilo, 2e éd. Lausanne, 1933.

VON WALDHEIM: Das Versicherungswesen in seiner Entwicklung, Berlin, 1928.

F. WALEFFE jr.: Technique et législation des assurances, Bruxelles, 1946.

W. Weyermann: Die versicherungsrechtliche Obliegenheit nach Versicherungsvertrags-Gesetz, Berne, 1929.

Wollner: Das Massenprinzip in Theorie, Normgebung und Geschäftsübung der Versicherung, Heft 2 der «Schriftenreihe der österreichischen Gesellschaft für Versicherungsfachwissen».