

Le contrat d'assurance contemporain et la réification des parties

André Bélanger

Volume 56, Number 2, February 2011

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1002369ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1002369ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

McGill Law Journal / Revue de droit de McGill

ISSN

0024-9041 (print)

1920-6356 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bélanger, A. (2011). Le contrat d'assurance contemporain et la réification des parties. *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, 56(2), 317–348.
<https://doi.org/10.7202/1002369ar>

Article abstract

The insurance relationship between the policyholder and the insurer creates a double social role, that is, the grouping of insured parties and the very definition of the risks to be addressed. And yet, both contract theory and legal/insurance practice lean towards the individualization of parties and a desocialization of the insurance contract. The author seeks to determine whether, as far as the contractual relationship with the insurer goes, the policyholder can be perceived as something other than a risky economic good that must be managed by the insurance company. Conversely, is the insurer more than merely a seller from whom the policyholder must derive the most benefit? While jurists interpret the contractual relationship first and foremost in terms of economic value, it seems necessary to reflect on the possibility of rehumanizing the contract through legal rules that call upon more than vague moral precepts which lack in legitimacy, such as utmost good faith and contractual equity. As such, it is interesting to examine the work of Csaba Varga, which addresses reification in law, as well as the more recent works of philosopher Axel Honneth, to verify whether reification can be relevant to the study of the insurance contract.

LE CONTRAT D'ASSURANCE CONTEMPORAIN ET LA RÉIFICATION DES PARTIES

*André Bélanger**

La relation d'assurance entre le preneur et l'assureur est source d'un double rôle social, soit celui du regroupement des assurés et celui de la définition même des risques à contrer. Or, tant la théorie des contrats que la pratique juridico-assurantielle tendent vers une individualisation des parties et une désocialisation du contrat d'assurance. L'auteur s'interroge à savoir si au sein de la relation contractuelle qui le lie à l'assureur, le preneur peut être perçu autrement qu'à titre de bien économique risqué à gérer par l'entreprise assurance. Inversement, l'assureur est-il, au plan contractuel, davantage qu'un commerçant duquel le preneur doit soutirer le maximum de bénéfices ? Alors que la relation contractuelle est d'abord et avant tout interprétée à titre de valeur économique par les juristes, il semble nécessaire de réfléchir à la possibilité de réhumaniser le contrat par le biais de règles juridiques qui ne font pas uniquement appel à des préceptes moraux flous en mal de légitimation tels ceux de la plus haute bonne foi et l'équité contractuelle. Il est donc intéressant de s'attarder à certains des travaux de Csaba Varga portant sur la question de la réification en droit, de même qu'à ceux plus récents du philosophe Axel Honneth, afin de vérifier si la question de la réification peut être pertinente à l'étude du contrat d'assurance.

The insurance relationship between the policyholder and the insurer creates a double social role, that is, the grouping of insured parties and the very definition of the risks to be addressed. And yet, both contract theory and legal/insurance practice lean towards the individualization of parties and a desocialization of the insurance contract. The author seeks to determine whether, as far as the contractual relationship with the insurer goes, the policyholder can be perceived as something other than a risky economic good that must be managed by the insurance company. Conversely, is the insurer more than merely a seller from whom the policyholder must derive the most benefit? While jurists interpret the contractual relationship first and foremost in terms of economic value, it seems necessary to reflect on the possibility of rehumanizing the contract through legal rules that call upon more than vague moral precepts which lack in legitimacy, such as utmost good faith and contractual equity. As such, it is interesting to examine the work of Csaba Varga, which addresses reification in law, as well as the more recent works of philosopher Axel Honneth, to verify whether reification can be relevant to the study of the insurance contract.

* Professeur, Faculté de droit, Université Laval. Cet article constitue le résultat partiel d'un projet de recherche financé par le Fonds québécois de recherche sur la société et la culture (FQRSC).

Introduction	319
I. Le rôle sociétal en transformation du contrat d'assurance	321
<i>A. Le rôle sociétal de l'assurance</i>	322
<i>B. La notion de risque et le contrat d'assurance</i>	326
II. La réification du lien contractuel en droit des assurances	330
<i>A. La prolifération des risques et la marchandisation des assurés</i>	332
<i>B. La notion de réification et le contrat d'assurance</i>	336
<i>C. Un phénomène inévitable ou à éviter ?</i>	342
Conclusion	346

La contemporanéité s'inscrit, en fait, dans le présent en le signalant avant tout comme archaïque, et seul celui qui perçoit dans les choses les plus modernes et les plus récentes les indices ou la signature de l'archaïsme peut être un contemporain.

Giorgio Agamben, *Qu'est-ce que le contemporain*¹

Dès que les sujets commencent à régler les relations qu'ils entretiennent avec leurs congénères sur le mode de l'échange de marchandises équivalentes, ils sont contraints d'inscrire leur rapport à l'environnement dans une relation réifiée ; ils ne peuvent plus percevoir les éléments d'une situation donnée qu'en évaluant l'importance de ces éléments à l'aune de leurs intérêts égoïstes.

Axel Honneth, *La réification : Petit traité de théorie critique*²

Introduction

L'analyse du contrat d'assurance est source de paradoxes. D'un côté, la gestion des risques et la mise en commun des intérêts de tous les preneurs s'inscrivent dans un procédé de nature sociale, si ce n'est d'envergure — osons le mot — sociétale. De l'autre côté, tant la prolifération des risques de toutes sortes que la segmentation toujours plus précise des niches d'assurés à couvrir et l'économie actionnariale dans laquelle s'intègre avec vigueur le *commerce* de l'assurance³ font en sorte que le contrat est désocialisé et les parties dépersonnalisées. Le preneur et l'assureur sont généralement opposés l'un à l'autre et doivent se protéger de la fraude probable et des tactiques de marketing et de rédaction stratégique des polices. Dans un tel univers de litiges potentiels, le juriste en vient souvent à perdre de vue le rôle global du contrat d'assurance et de son fonctionnement pour interpréter le contrat d'assurance comme un strict échange commercial. Nul doute que la couverture expansive déployée par les assureurs et le (faux ?) besoin que

¹ Paris, Payot & Rivages, 2008 à la p 33.

² Paris, Gallimard, 2007 à la p 22 [Honneth, *Traité*].

³ Selon une auteure, l'assurance privée serait aujourd'hui uniquement vouée aux intérêts du capitalisme marchand. Voir Florence Millet, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, Paris, LGDJ, 2001 à la p 234.

nous ressentons de nous surassurer⁴ contribuent à la perception d'une simple offre de service supplémentaire dans une société de consommation qui fait la part belle aux contrats prérédigés. Dans ce contexte, tant la faible reconnaissance de l'aspect fondamentalement interpersonnel et humain à la base de l'assurance que la distance critique face à la mise en marché — et sa régulation par le biais de règles juridiques — nous ramènent à une notion à connotation marxiste, soit la réification.

Dans un texte antérieur⁵, nous nous sommes intéressés au lien possible entre la notion de réification et celle de contrat. Dans le présent texte, c'est d'une manière plus précise au contrat d'assurance que nous voulons nous attarder, ou plutôt à l'idée que se fait le juriste du preneur/assuré à titre de *risque à évaluer*. Autrement dit, au sein de la relation contractuelle qui le lie à l'assureur, le preneur/assuré est-il perçu, et peut-il être perçu, autrement qu'à titre de bien économique risqué ? Inversement, l'assureur est-il davantage, au plan contractuel toujours, qu'un commerçant dont il faut savoir soutirer le maximum de bénéfices ? Il nous paraît pertinent de tenter de répondre à ces questions pour mieux cerner le processus obligationnel qui lie les parties. Alors que la relation contractuelle est d'abord et avant tout considérée à titre de *valeur économique* par les juristes, il semble nécessaire de réfléchir à la possibilité de réhumaniser le contrat par le biais de règles juridiques qui ne font pas uniquement appel à des préceptes moraux flous en mal de légitimation⁶. Il est donc intéressant de se pencher sur certains des travaux en philosophie du droit de Csaba Varga portant sur la question de la réification, ainsi que sur ceux plus récents du philosophe Axel Honneth, afin de vérifier si la question de la réification peut être pertinente à l'étude du contrat d'assurance. Ceci a pour but de stimuler une critique de

⁴ « Au droit de l'assurance, on cherche à opposer une sorte de droit à l'assurance qui serait rendu nécessaire par la place qu'a pris l'assurance dans la vie quotidienne. L'accès à l'assurance serait une condition pour mener une vie sociale "normale". Et cela justifierait qu'on l'inscrive dans un cadre qui la socialise » (François Ewald, « Génétique et assurance » [1999] RGDA (3^e) 539 à la p 532).

⁵ André Bélanger, « From the Reification to the Re-Humanization of the Contractual Bond? » dans Bjarne Melkevik, dir, *Law and Philosophy in the XXIth Century, Festschrift for Csaba Varga*, Budapest, Akadémiai Kiadó [à paraître].

⁶ Nous prenons en exemple une définition d'un des plus grands théoriciens du contrat civiliste qui fait la synthèse suivante de la réalité juridique contractuelle contemporaine : « De la finalité de justice contractuelle se déduit la recherche de l'égalité des prestations par le respect d'une procédure contractuelle effectivement correcte et équitable » [nos italiques] (Jacques Ghestin, « Le contrat en tant qu'échange économique » (2000) 92 Revue d'économie industrielle 81 à la p 100). À notre avis, c'est la référence à ces notions vagues de rectitude et d'équité qui est source de difficultés puisqu'elle sape toute emprise argumentative et empêche toute avancée théorique véritable en matière de théorie du contrat.

la conception hégémonique actuelle en matière de contrat d'assurance qui s'appuie sur une stricte perspective utilitariste, si ce n'est actuarielle⁷.

Notre intention est de proposer quelques pistes de réflexions doctrinales qui permettront d'éclairer les relations contractuelles et d'envisager une théorie d'ensemble basée sur les rapports sociaux de communication et de recherche d'entente commune. Dans cette optique, le contrat d'assurance à titre d'objet d'échange et d'enrichissement pourrait devenir un outil de communication sociale et juridique tout autant sinon davantage qu'un bien économique. En ce sens, la relation d'assurance entre le preneur et l'assureur appelle à la considération d'un double rôle social, soit celui général de l'assurance et du regroupement qu'il implique à sa base, tout comme celui de la définition et de la prise en compte des risques (I). Or, tant la théorie des contrats que la pratique juridico-assurantielle tendent vers une individualisation et une réification des parties et de la relation obligationnelle dans son ensemble (II).

I. Le rôle sociétal en transformation du contrat d'assurance

L'assurance et la création de contrats qu'elle stimule est plus qu'une offre de services. Développée avec la modernité, elle se situe au centre de la vie sociale. Il est reconnu que les systèmes d'assurance « visent [...] à socialiser [l]es dangers »⁸. Le rôle social de l'assurance transparaît tant par son objet qu'est la protection que par sa nature d'échange et de communication importante d'informations⁹. L'assurance est si bien

⁷ Voir Didier Dacunha-Castelle, *Chemins de l'aléatoire : Le hasard et le risque dans la société moderne*, Paris, Flammarion, 1996 à la p 12 :

Dès que l'on touche au champ social, plus encore qu'à l'usuel, on doit se convaincre à la fois de l'« étrange » pouvoir des mathématiques et marquer les limites de leur pertinence comme instrument privilégié d'analyse. Les mathématiques, en particulier celles de l'aléatoire, ne doivent pas être l'alibi peu convaincant invoqué par ceux qui refusent les débats idéologiques au nom d'un réalisme fondé sur des calculs dont on occulte les prémices.

⁸ Patrick Peretti-Watel, *Sociologie du risque*, Paris, Armand Colin, 2003 à la p 10 [Peretti-Watel, *Sociologie*].

⁹ En ce sens, voir François Ewald, *L'état providence*, Paris, Grasset, 1986 aux pp 283-84 [Ewald, *Providence*] :

La technologie du risque constitue l'échangeur, l'élément commun qui permet à la fois la communication entre les diverses sciences sociales et le point de passage entre la théorie et ses pratiques. [...] Et l'on voit mal comment des sociétés du risque comme les nôtres n'utiliseraient pas l'ensemble des informations sur les individus que l'on est désormais capable de stocker et de mettre en communication.

implantée en occident¹⁰, qu'elle sert de métaphore anachronique à la protection qu'apportaient les seigneurs à l'époque féodale¹¹. De là à soutenir que les compagnies d'assurances contemporaines constituent les nouveaux seigneurs, il y a un petit pas que nous souhaiterions ne pas franchir ici de peur de sombrer dans la polémique. Restons, pour l'instant à tout le moins, dans le domaine du consensus et permettons-nous de souligner le rôle sociétal de l'assurance et, par conséquent, les liens inévitables que cette dernière doit entretenir avec le droit (A). Nous pourrions ainsi aborder également la relation entre le développement du contrat d'assurance par rapport à la perception de la notion de risque qu'il se doit d'encadrer (B).

A. *Le rôle sociétal de l'assurance*

L'assurance, qui prenait à l'origine la forme d'un contrat isolé et d'un genre unique, s'est transformée en une entreprise qui ne qualifie pas uniquement diverses formes de contrats, mais qui fait désormais l'objet d'un droit particulier¹². À partir de ce constat juridique, un lien doit être fait avec la considération globale de l'assurance à titre de protection des imprévus : elle concerne la catastrophe, la menace et l'accident. L'assurance est aujourd'hui surprésente. Nous vivons dans une société assurantielle, selon l'expression célèbre de François Ewald, société dans laquelle le risque occupe une place, qui à tort ou à raison, joue un rôle sociétal. Quelles qu'en soient les raisons sociologiques et économiques — ce qui ne peut évidemment faire l'objet du présent texte — la société occidentale tend à se diviser de plus en plus entre riscophiles et riscophobes, comme si soudainement, dans l'histoire de l'humanité, nous

¹⁰ Citons ici trois œuvres qui sont à l'origine de la théorisation du phénomène : Ewald, *Providence*, supra note 9, ouvrage dans lequel l'auteur développe l'idée de la « société assurantielle » ; Ulrich Beck, *La société du risque : Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion, 2001, qui a popularisé la notion de « société du risque » ; Anthony Giddens, *Les conséquences de la modernité*, Paris, L'Harmattan, 1994, qui forge la notion de « culture du risque ».

¹¹ Claude Jessua, *Le capitalisme*, 3e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2006 à la p 13 :

Les cultivateurs, les serfs, étaient désormais attachés à la personne et à la terre d'un seigneur à qui ils devaient corvées et autres prestations en nature. Celui-ci, en retour, leur devait aide et protection. Le système fonctionnait comme une assurance en nature. On pourrait pousser plus loin l'analogie en remarquant que le seigneur lui-même pouvait être dans la situation de devoir rendre hommage à plus puissant que lui, à savoir à un suzerain dont il était le vassal, ce qui constituait en somme un système de réassurance.

¹² Voir Jacques Héron, « Préface » dans Véronique Nicolas, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, Paris, LGDJ, 1996 à la p 4.

nous étions rendus compte que la vie est mortelle¹³. Partant de cette entrée en matière aux accents dramatiques, venons-en à ce qui permet de contrer, aujourd'hui, ces risques, accidents et malheurs multiples, soit l'assurance. Elle se définit par le fait de se regrouper afin de se prévenir collectivement (l'ensemble des assurés), en payant individuellement une certaine somme d'argent (la prime) contre la survenance d'une catastrophe quelconque (le risque). Tant en raison de l'ampleur de l'investissement du commun des mortels pour s'assurer au cours de sa vie — nous parlons aujourd'hui du *consommateur* d'assurance, bien que le contrat d'assurance ne soit pas régi par la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁴ — que des importants profits dégagés par les actionnaires et du rôle économique fondamental de l'assurance, il importe de tenter de saisir la philosophie générale qui sous-tend les règles juridiques.

L'assurance se rapproche de l'utopie, non pas entendue dans un sens péjoratif, mais bien comme une volonté de trouver mieux pour l'homme en société et de justifier sa condition¹⁵. Sans aller jusqu'à soutenir, avec Ewald, que le risque « est le mode moderne du rapport à autrui »¹⁶, il faut

¹³ Ewald, *Providence*, *supra* note 9 aux pp 15-16 :

L'accident, cet événement au fond minuscule et toujours un peu insignifiant, qui semblerait ne devoir concerner chacun que dans son intimité individuelle et familiale, est devenu, selon un processus complexe qui pourrait bien servir à caractériser l'histoire de nos sociétés, un phénomène social, générateur de devoirs et d'obligations propres. [...] La menace de l'accident non seulement plane sans cesse, sans jamais laisser de répit, exigeant une attention et une prudence constantes, mais elle s'inscrit dans une chaîne continue de risques et de dangers qui semble caractériser la modernité : « Vivre devient mortel ».

¹⁴ LRQ, c P-40.1.

¹⁵ François Ewald, « Les valeurs de l'assurance » dans François Ewald et Jean-Hervé Lorenzi, dir, *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1998, 399 aux pp 422-24 :

Les valeurs de l'assurance font de la société assurantielle quelque chose comme une utopie, au sens de Thomas Moore et Campanella. [...]

L'assurance doit se développer dans le cadre d'un combat qui n'est pas seulement économique [...], mais aussi axiologique. [...]

Elle s'est trouvée marginalisée lorsque la morale collective est passée du côté de la solidarité du solidarisme. Elle ne retrouvera une pleine légitimité que lorsque l'utopie qui la porte redeviendra une utopie sociale.

Tel que le précise Ewald, il faut comprendre le terme utopie au sens premier, développé par Moore (1516) et Campanella (1532), soit celui d'une critique du régime existant et la proposition d'une solution autre, qui « n'existe pas », ou qui n'existe « nulle part », en « aucun lieu ». Ce n'est que plus récemment, soit à la fin du dix-neuvième siècle, sous l'influence du courant marxiste, que le terme a acquis une connotation « irréaliste », parce que ne répondant pas à des critères scientifiques.

¹⁶ Ewald, *Providence*, *supra* note 9 à la p 20.

reconnaître qu'une telle « conception souligne l'interdépendance des individus entre eux »¹⁷. Ces constats n'ont plus rien à voir avec la responsabilité. Ce sont des éléments de la réalité sociale qui incitent à réfléchir sur des choix de société dont certains, inévitablement, concernent l'assurance¹⁸. Choix profonds, d'autant plus que l'assurance suit le développement des grandes tendances sociales. Sans compter que le contrat d'assurance se présente au carrefour de plusieurs grandes branches du droit qui elles-mêmes ont pour but de réglementer d'importants changements sociaux : droit civil et économique d'une part (le contrôle des échanges et du commerce, soit la vente d'assurance), droit de la responsabilité (soit le contrôle des comportements entre individus¹⁹) et du droit social (le vaste débat portant sur l'assurance maladie ou encore le non-débat relatif à l'assurance-médicaments). Rappelons également ici les deux origines de l'assurance : alpine et tournée vers l'entraide, *versus* anglo-saxonne et liée au développement du capitalisme actionnarial²⁰. Nous touchons ainsi le cœur du débat, soit la valorisation d'une forme de lien social d'un côté avec l'accent mis sur la *mutualisation* des risques à titre de service et, de l'autre, la négation d'un tel lien social par l'exploitation économique du concept malléable de risque²¹.

¹⁷ Peretti-Watel, *Sociologie*, *supra* note 8 à la p 51.

¹⁸ Michel Albert, « Le rôle économique et social de l'assurance » dans François Ewald et Jean-Hervé Lorenzi, dir, *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1998, 3 à la p 21.

¹⁹ Tout n'est évidemment qu'une question de perspective et, comme le rappelle fort à propos Patrick Peretti-Watel (*La société du risque*, Paris, La Découverte, 2001 à la p 9 [Peretti-Watel, *Société*]) : « Cette capacité à convertir un dommage en un montant monétaire est caractéristique d'une société marchande où l'argent est devenu un "équivalent universel", qui sert à objectiver toute valeur ».

²⁰ Voir Michel Albert, *Capitalisme contre capitalisme*, Paris, Seuil, 1998 à la p 101 [Albert, *Capitalisme*]. Voir aussi WR Vance, « The Early History of Insurance Law » (1908) 8 Colum L Rev 1 ; WS Holdsworth, « The Early History of the Contract of Insurance » (1917) 17 Colum L Rev 85.

²¹ Voir Albert, *Capitalisme*, *supra* note 20 à la 53 :

Ces deux origines renvoient, aujourd'hui, à un véritable choix de société : dans le système « alpin », l'assurance constitue une forme d'organisation de la solidarité ; dans le modèle « maritime », elle tend au contraire à diluer la solidarité par la précarité des contrats et surtout, on le verra, par l'hypersegmentation des tarifs. D'un côté l'assurance est une affirmation, de l'autre une négation du lien social.

C'est pourquoi les deux origines de l'assurance se projettent aujourd'hui avec une clarté nouvelle sur les deux modèles du capitalisme contemporain. D'une part le capitalisme anglo-saxon, fondé sur la prédominance de l'actionnaire, le profit financier à court terme, et, plus généralement, la réussite financière individuelle ; d'autre part le capitalisme rhénan, où la préoccupation du long

Le contrat d'assurance s'inscrit donc directement dans le devenir social. En adéquation quasi parfaite avec l'économie, il n'en demeure pas moins un puissant vecteur de cohésion sociale²². Une théorie culturelle des risques et de leur perception n'a d'ailleurs pas pu être développée sans raison²³. Le risque, sa perception et par conséquent sa *gestion* assurantielle sont toujours culturels, rattachés à des valeurs et, par conséquent, de nature sociale²⁴. De manière surprenante, tous ces éléments sont rarement considérés dans l'analyse juridique du contrat d'assurance. C'est d'abord et avant tout la position *vulnérable* de l'assuré qui adhère au contrat complexe *offert* par l'assureur qui est prise en compte. Par conséquent, le droit du contrat d'assurance, comme le droit de la consommation, s'est développé autour de l'idée du contrat à titre de bien potentiellement dommageable pour le preneur. Le contrat, ici la police, est vidé de son contenu interpersonnel et est analysé comme une marchandise plus ou moins avantageuse. Il en va d'ailleurs de même pour le preneur, qui n'est qu'un risque mesuré et évalué, ainsi que pour l'assureur qui, aux yeux des quidams, prend la forme de vastes entités économiques abstraites. Ici, évidemment, pointe le danger, voire le constat inévitable, d'une réification du lien contractuel, si ce n'est des parties à ce dernier. Chacun envisage son vis-à-vis comme une *plus value* potentielle à exploiter, non comme une partie prenante d'un lien social complexe. Pour le preneur, il s'agira de bénéficier de la meilleure protection au meilleur coût possible, ce qui peut impliquer des réticences au moment de la déclaration du risque. Quant à l'assureur et ses actionnaires, il sera d'abord question des parts de marché supplémentaires à acquérir. Avant de réfléchir davantage à ce constat possible de réification du contrat d'assurance, il faut nous attarder quelque peu à la notion de risque elle-même. Nous verrons que si son évolution n'explique sans doute pas à elle

terme et la prééminence de l'entreprise conçue comme une communauté associant le capital au travail sont des objectifs prioritaires.

Conformément à leur origine respective, deux logiques profondément différentes d'assurance s'opposent aujourd'hui.

²² Voir Peretti-Watel, *Sociologie*, *supra* note 8 à la p 53.

²³ Voir par exemple Mary Douglas et Aaron Wildasky, *Risk and Culture : An Essay on the Selection of Technological and Environmental Dangers*, Berkeley, University of California Press, 1982.

²⁴ Peretti-Watel (*Sociologie*, *supra* note 8 à la p 6) écrit en ce sens :

Le risque est d'abord culturel parce que la perception que nous en avons est culturellement définie. Les analyses des économistes et des psychologues ont le tort de postuler « l'innocence culturelle » des individus, puisqu'ils ignorent leur appartenance à un groupe social donné ; ils ne sont pas isolés, indéterminés, mais immergés, engagés dans une communauté, et donc attachés à des valeurs. C'est cette communauté et ces valeurs qui fournissent à l'individu les filtres qui structurent sa perception des risques.

seule la réification dont l'assuré fait l'objet, elle est certainement représentative de la dépersonnalisation du lien obligationnel. En ce sens, la question des risques à exploiter, à contrôler, à répartir, à circonscrire et à créer acquiert une importance majeure pour la compréhension juridique des outils de régulation du contrat d'assurance.

B. La notion de risque et le contrat d'assurance

La notion de risque est représentative d'un changement social profond, changement qui a inévitablement influé sur l'analyse interprétative du contrat d'assurance. Nous nous attarderons aussi sur le glissement opéré par la notion de risque et à la transformation de sa compréhension par les assureurs²⁵ et dans la société²⁶. La nature conceptuelle du risque lui permet de s'inscrire facilement dans la démarche juridique²⁷. Or, la notion de risque, sans doute en partie en raison de cette nature conceptuelle marquée, n'est pas sans entraîner une certaine confusion chez les juristes²⁸. Ainsi, plusieurs distinctions doivent être faites. D'abord, le risque n'est pas le sinistre à proprement parler²⁹. De même, « risque » ne signifie pas l'événement qui cause potentiellement le préjudice³⁰. Pour mieux apprécier cette perception juridique et contractuelle du risque, nous devons d'abord l'inscrire dans une définition plus globale, soit socio-philosophique. Après avoir considéré l'apparition relativement récente de la notion, à titre de phénomène strictement occidental, nous nous attarderons à sa transformation qui a mené à ce que Ulrich Beck surnomme la « société du risque » et qui favorise, ou

²⁵ Tel que le souligne Peretti-Watel (*Société*, *supra* note 19 aux pp 12-14) : « La prolifération du risque est donc d'abord verbale. Elle résulte avant tout des efforts d'une profession : les assureurs ne se contentent pas de constater passivement des risques, ils cherchent à étendre constamment leur champ d'activité en "créant" des risques, c'est-à-dire en définissant comme tel des dangers et en proposant de les assurer ».

²⁶ Millet, *supra* note 3 à la p 9.

²⁷ *Ibid* à la p 327.

²⁸ Nicolas, *supra* note 12 à la p 54 : « Dans le langage courant, le risque est sans doute l'un des termes les plus employés dans des sens les plus divers. Par commodité, il est employé pour désigner des situations très différentes les unes des autres. La difficulté vient de ce que cette imprécision linguistique a pénétré le domaine juridique, et plus particulièrement le droit des assurances ».

²⁹ *Ibid* à la p 65.

³⁰ Millet, *supra* note 3 à la p 228 : « Le risque doit être distingué de l'événement. Le risque est, lors de la formation du contrat, projeté. Il est le produit de la conceptualisation des conséquences dommageables possibles d'un événement incertain, contre lesquelles l'assuré entend se prémunir. Le risque est le produit de la transformation de l'événement par le biais du recours à la technique actuarielle ».

conditionne, la gestion des risques à laquelle participe désormais le contrat d'assurance.

Rappelons ici que la notion de risque est soit rattachée à l'ancien italien *risco* qui renvoie à « coupant », « écueil » et « danger couru en mer », soit au latin *rixare* et aux conséquences potentiellement néfastes des querelles, ou encore au grec byzantin *rizikon* (hasard, destin) ou *rhousikon* (forme d'impôt), qui aurait donné naissance au terme arabe *rizq*³¹. En français, *risque* apparaît au milieu du seizième siècle. Le terme allemand *riskieren* vient environ un siècle plus tard, tandis que *risk* en anglais remonte à 1741³². De toute évidence, la racine latine et l'évolution du terme sont en lien avec le développement du commerce maritime méditerranéen et doivent être rattachées, sans doute de manière métaphorique, à l'idée de navigation³³. Il faut donc comprendre que le terme risque n'existait pas avant le seizième siècle. Est-ce à dire que la notion était inconcevable ? Pour répondre à une telle question, il faudrait élargir considérablement le cadre de cette étude et faire une analyse sémantique précise des termes d'ancien français tels que *peril*, *dangier* et *fortune*³⁴. Nous devons nous contenter ici du constat historique selon lequel la sensibilité au *danger*³⁵ était évidemment présente, mais que sa représentation différait de manière importante³⁶.

³¹ Alain Rey, dir, *Dictionnaire culturel en langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2005, *sub verbo* « risque ».

³² Voir Alain Guerreau, « L'Europe médiévale : une civilisation sans la notion de risque » (1997) 31 *Risques* 12.

³³ En sens, voir Dacunha-Castelle, *supra* note 7 aux pp 119-20 : « "Risque" est l'héritier de *risicare*, "doubler un promontoire" en italien du sud. La métaphore marine porte le couple aléa-action : derrière le promontoire, il y a le danger ou le paradis, pour passer le promontoire, il faut naviguer ».

³⁴ Voir Guerreau, *supra* note 32 à la p 12.

³⁵ Patrick Peretti-Watel (« Risque et innovation : un point de vue sociologique » (2003) 18 *Innovations* 59 à la p 61 [Peretti-Watel, « Innovations »]) souligne la distinction à apporter entre *risque* et *danger* :

[Danger] vient du latin *dominarius*, le pouvoir de dominer, qui implique la présence d'une volonté adverse qui contraint l'individu, se rend maître de lui. Au contraire, le risque est un danger sans cause, accidentel. Quelques siècles plus tard, la philosophie libérale reprendra à son compte cette notion, pour forger une nouvelle conception laïcisée du mal : le mal est réduit à l'adversité, c'est un élément « normal » de notre existence, nécessaire à notre constant perfectionnement, sans cause ni malveillance, humaine ou divine.

³⁶ Voir Guerreau, *supra* note 32 à la p 13. Voir aussi Anthony Giddens, « La société du risque : le contexte politique britannique » (1997) 32 *Risques* 42 à la p 42 [Giddens, « Société du risque »].

Il est utile de faire le lien entre la nature des « dangers » et les réponses apportées pour les contrer³⁷. Par exemple, aux fléaux tels l'épidémie et la maladie, le Moyen Âge oppose un taux de natalité élevé et les pèlerinages³⁸. Ajoutons que dans certains cas, la menace de damnation³⁹ était neutralisée par un changement de croyances plutôt que de comportements⁴⁰ ! Dans un tel contexte, la relation au divin paraissait inéluctable. Le seul salut véritable venait de Dieu⁴¹. Conséquemment, la prise en compte du risque défiait l'ordre religieux, ou à tout le moins s'inscrivait dans l'évolution du jugement moral porté sur le hasard⁴², d'autant plus dans un contexte marchand⁴³. Dès lors, nous pouvons commencer à traiter la notion de risque à titre de concept maîtrisé et approprié⁴⁴, non par l'ensemble de la population, mais par certaines franges⁴⁵. Pour simplifier, présentons cette période comme étant celle de

³⁷ Voir Guerreau, *supra* note 32 à la p 14.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Voir Jean Delumeau, *Le péché et la peur : la culpabilisation en Occident (XIIIe-XVIIIe siècles)*, Paris, Fayard, 1983 à la p 426, tel que cité dans Peretti-Watel, *Sociologie*, *supra* note 8 à la p 34. Il rappelle la frayeur véhiculée par les pastorales : « Après que tu auras été en enfer autant de milliers d'années, autant de millions d'années qu'il y eu de moments depuis le commencement du monde, qu'il y a de brins d'herbe sur la terre, qu'il y a de grains de sable au bord des rivages... tu ne feras que commencer [à souffrir] ».

⁴⁰ Voir Emmanuel Le Roy Ladurie, *Montaillou, de 1294 à 1324*, Paris, Gallimard, 1975, tel que cité dans Peretti-Watel, *Sociologie*, *supra* note 8 à la p 32.

⁴¹ Voir Guerreau, *supra* note 32 à la p 15.

⁴² Dacunha-Castelle, *supra* note 7 à la p 241.

⁴³ Voir Guerreau, *supra* note 32 à la p 17.

⁴⁴ Voir par ex Peretti-Watel, *Sociologie*, *supra* note 8 à la p 42 : « Avec la Réforme, le salut n'est [...] plus accessible par des achats massifs de messes. Il dépend de la vie morale du croyant : celui-ci en est rendu responsable ». Voir aussi Perre Lantz, « Décider, c'est risquer » (2002) *Mouvements* 175 à la p 176 : « L'attitude à l'égard de l'avenir (et la conception que nous nous faisons de la temporalité) se transforme lorsque l'entreprise humaine ne se contente pas de repérer les signes de la faveur des dieux, mais prétend qu'il est légitime de saisir l'avenir en s'efforçant de le prévoir et d'en tirer avantage : *Chi non risica non guadagua* (1589) » [nos italiques].

⁴⁵ Tel que l'affirme Jean Delumeau, *Rassurer et protéger : Le sentiment de sécurité dans l'Occident d'autrefois*, Paris, Fayard, 1989 à la p 10 [Delumeau, *Rassurer*] :

Un regard même rapide sur les débuts de la modernité européenne fait apparaître la justesse de l'intuition de Lucien Febvre. Car les assurances maritimes et les progrès techniques en matière de navigation se développèrent en Occident en même temps que se répandaient la doctrine de la justification par la foi, la pratique du chapelet et les prières pour les âmes au purgatoire. Ces coïncidences sont-elles fortuites ? « L'homme ne se découpe pas en tranches, écrivait Lucien Febvre, [...] l'histoire ne peut, ne doit être scindée en deux : ici les affaires, là les croyances ».

l'apparition du risque à titre d'instrument de calcul et de prévention⁴⁶. Un exemple célèbre peut permettre de résumer cette transformation de la relation au *danger*, soit le tremblement de terre qui dévasta Lisbonne en 1755 et qui fit plusieurs milliers de morts⁴⁷. Ainsi, pointé peu à peu les bases idéologiques d'une foi moderniste novatrice selon laquelle « grâce aux futurs progrès des sciences et des techniques, une nouvelle catastrophe pourrait, à l'avenir, être évitée »⁴⁸. La perception n'est évidemment plus la même aujourd'hui et un revirement idéologique important s'est opéré depuis⁴⁹. Il y a donc eu transformation du risque, de la relation à ce dernier et de la perception que nous en avons. Cette deuxième étape peut être définie comme notre accession à la société du risque et nous verrons qu'elle est concomitante de la réification des contractants.

⁴⁶ Selon Delumeau, *ibid* à la p 530 :

La naissance et l'essor des assurances maritimes sont à replacer dans la longue histoire des rapports de l'homme d'Occident avec le temps et l'espace — rapport qu'à partir notamment de la Renaissance il modifia de plus en plus à son avantage. Tandis qu'en peinture et en sculpture il découvrait les lois de la perspective, apprenant à jouer avec les points de fuite et à réaliser d'étonnants raccourcis, il parvenait aussi à mieux imposer sa loi aux distances et à moins redouter l'immensité de l'étendue.

⁴⁷ François Ewald (« Interview » (1999) 40 Risques 10 à la p 15 [Ewald, « Interview »]) rappelait ainsi la réaction de certains penseurs de l'époque :

Souvenons-nous des réactions au tremblement de terre de Lisbonne : les « optimistes » — les partisans de la philosophie de Leibniz et Pope — soutenaient que ces 20 000 morts étaient nécessaires pour que ce monde soit le meilleur des mondes possibles et que le mal terrible dont le Portugal était victime était certainement la condition d'un plus grand bien ailleurs ou demain ; d'autres invoquaient les voies impénétrables de la Providence divine, quand Voltaire saisit l'occasion d'une vigoureuse (et victorieuse) dénonciation de Leibniz — le docteur Pangloss de *Candide* — et plaida qu'il fallait accepter l'irréductible existence du mal dans la nature, ce à quoi Jean-Jacques Rousseau répliqua, comme tout moderne écologiste, que si les hommes n'avaient pas construit Lisbonne sur une zone sismique, on n'en serait pas là.

⁴⁸ Luc Ferry, « De la peur comme nouvelle passion démocratique : vers la "société du risque" » (2001) 48 Risques 72 à la p 72.

⁴⁹ François Ewald et Jean-Hervé Lorenzi, formulée comme une question dans Hubert Curien, « Interview » (2000) 44 Risques à la p 7 :

La notion de risque, depuis Pascal jusqu'aux années 1970, a été utilisée comme instrument de mesure, et donc de réduction de l'incertitude. Depuis cette époque, sans doute dans le sillage de l'écologie, on assiste à une toute autre utilisation : le risque comme producteur d'incertitude, la notion s'y prêtant assez bien puisque le risque est toujours virtuel.

II. La réification du lien contractuel en droit des assurances

La matière contractuelle que sont les risques sera le stimuli pour l'assuré, le stimuli de crainte, le stimuli de sagesse, de responsabilité à l'égard d'autrui, de ses proches, voire de lui-même, pour l'inciter, encore et davantage, à se « protéger ». Nous connaissons tous ce paradoxe de l'époque moderne qui se veut à la fois plus sécuritaire et plus dangereuse parce que mieux *maîtrisée*. Or, ce paradoxe en vertu duquel s'opposent « riscophiles » et « riscophobes » fait partie prenante du développement du contrat (A). Il n'est qu'à considérer le nombre de polices de toutes sortes produites annuellement pour s'en convaincre :

Il existe une relation étroite entre l'explosion des risques, hyper individualisation des pratiques et la privatisation des assurances. Si les risques se multiplient à l'infini et si l'individu est seul pour y faire face, c'est à l'individu privé, privatisé, de *s'assurer lui-même*, s'il le peut. La maîtrise des risques n'est plus dès lors une entreprise collective, mais une stratégie individuelle, tandis que l'avenir des assurances privées est, lui, assuré à travers la multiplication des risques. Leur prolifération ouvre un marché quasiment infini au commerce des assurances⁵⁰.

Or, si notre perception du contrat d'assurance doit s'inscrire d'abord et avant tout dans le cadre d'un marché à exploiter, de références monétaires et de preneurs/consommateurs/adhérents à lier sur le plan commercial, la relation assurantielle perd, au plan juridique, une grande part de son sens. Le preneur, à titre de risque à évaluer et de valeur définie, est dépersonnalisé⁵¹. Ce faisant, c'est le contrat à titre de norme privée, d'entente raisonnée et d'agent de liberté économique et démocratique qui est dénaturé. Se développe ainsi un paradoxe important par rapport à l'aspect social de l'assurance puisque la culture du risque incite à l'individualisation et à la négation du lien social qu'est justement le contrat d'assurance⁵². Dans un tel contexte, la réification des parties est de mise et la norme juridique devient un leurre au service de l'économie de marché (B). Si la compréhension du contrat se transforme constamment, son rôle, dans notre modernité à poursuivre, ne cesse inévitablement de s'affirmer. Le contrat n'est pas un *concept* abstrait qui

⁵⁰ Robert Castel, *L'insécurité sociale : Qu'est-ce qu'être protégé ?*, Paris, Seuil, 2003 à la p 64.

⁵¹ En référant aux travaux de Simmel, Peretti-Watel (*Sociologie*, *supra* note 8 à la p 53) écrit : « L'argent libère et enchaîne à la fois les individus, il dépersonnalise les relations sociales ».

⁵² « Maîtrise individuelle, anticipation, adaptation, plutôt que discipline et obéissance : cette conception de la conduite est bien en phase avec la culture du risque » (Patrick Peretti-Watel, « La culture du risque, ses marqueurs sociaux et ses paradoxes : Une exploration empirique » (2005) 56 *Revue économique* 371 à la p 375).

favoriserait l'aporie, permettant de ce fait des palabres valables par eux-mêmes et pour eux-mêmes, mais un fait devant s'inscrire dans une approche *fonctionnelle* qui le perçoit d'abord et avant tout comme un outil⁵³. Cependant, cet outil n'est pas strictement *économique*, mais *d'abord* juridique, ce qui implique la prise en compte *entre autres* des impacts du synallagma dans la société. Il faudrait par conséquent éviter de tout ramener au strict niveau de l'intérêt des parties⁵⁴ puisque ce faisant, le droit des assurances fera fi de plusieurs dimensions sociales d'importance que l'on pourrait, par opposition et dans un désir d'objectivité, qualifier de dimensions *humaines*⁵⁵. En ce sens, il ne faut pas perdre de vue qu'avant de *produire* de l'économie, le rapport contractuel en général, et assurantiel en particulier⁵⁶, crée des *normes* juridiques. Ce rapport normatif fondamental ne peut être occulté. Par conséquent, dans un contexte de modernité juridique, il faut éviter que seule la dimension économique s'impose aux parties⁵⁷ (C).

⁵³ Nous partageons l'opinion de Ghestin (*supra* note 6 à la p 81) qui écrit : « Il faut donc renoncer à faire du contrat un concept pour accepter de le réduire au rôle plus modeste, mais plus exact, de *notion juridique*, dont la seule justification ne peut être que *fonctionnelle* ».

⁵⁴ En ce sens, voir Ghestin, *ibid* aux pp 97-98 et le texte correspondant à la note 114.

⁵⁵ Voir Horatia Muir Watt, « Du contrat "relationnel" : Réponse à François Ost » dans *La relativité du contrat*, t 4, Association Henri Capital des amis de la culture juridique française : Journées nationales, dir, Paris, LGDJ, 2000, 169 à la p 172 : « Il est probable en effet que la plupart des contrats comporte au moins un élément que l'on ressent, intuitivement, comme un potentiel d'humanité – de "relationnalité" – se profilant sous le rapport désincarné d'obligations ».

⁵⁶ L'accent est d'ailleurs souvent mis sur le *capital* que représente l'assuré aux yeux de processus d'assurance. François Ewald (« Quel cadre politico-juridique pour l'assurance ? ») (2005) 63 *Risques* 78 à la p 79) écrit à cet effet :

[C]ela suppose un rapport de l'homme à lui-même un peu singulier. En particulier, il faut que l'homme estime qu'il a lui-même une valeur (naturellement, les hommes estiment qu'ils ont une valeur, souvent peut-être exagérée d'ailleurs), en tout cas une valeur marchande. On n'assure que ce qui a un prix monétaire. Pour penser l'assurance vie, il faut penser que la vie d'un homme est estimable à prix d'argent. Certains diront : ce n'est pas très humaniste ! C'est ce que l'on pensait encore lorsqu'on rédigeait le Code civil. Portalis, dans le chapitre sur les contrats aléatoires, qui d'ailleurs proscriit l'assurance, va dire : « On ne peut pas assurer la vie des hommes parce que la vie n'a pas de prix. » Les assureurs répondront : « Pas du tout ! L'homme a un prix. » Et ils ajoutent : « L'homme est un capital. »

⁵⁷ Ce que ne dément pas Ghestin (*supra* note 6 à la p 85) lorsqu'il écrit :

Le contrat doit être destiné à produire des effets de droit, condition nécessaire pour donner aux volontés leur pleine signification. Il a pour effet, au plan hiérarchique qui est le sien, de *créer des normes juridiques*. Il exige la participation des assujettis à la création même de la règle à laquelle ils seront soumis. Il faut, à cet égard se garder de confondre le pouvoir de créer

A. *La prolifération des risques et la marchandisation des assurés*

Sans céder au *pathos*, il est salubre de rappeler que l'homme se caractérise par sa finitude, et que savoir qu'il est mortel est pour lui le commencement de la sagesse.

Robert Castel, *L'insécurité sociale*⁵⁸

Selon Beck, nous serions entrés dans une deuxième phase de la modernité, après celle de l'apparition du risque qui prit son essor au dix-septième siècle et qui domina le dix-neuvième siècle. Cette seconde modernité se caractérise par une prise de conscience des risques engendrés par son propre développement, par la technique omniprésente⁵⁹ et le souhait de mondialisation. Les risques, jusqu'alors exogènes, deviennent endogènes⁶⁰. Au plan juridique, sans aller jusqu'à soutenir que l'« endogénéisation » des risques que nous vivons actuellement conduit directement à la judiciarisation de la responsabilité, une relation peut tout de même être établie. En effet, du moment où le justiciable occidental se perçoit comme l'auteur des maux qui l'accablent, il cherche la source de ces derniers autour de lui et le processus judiciaire lui facilite la tâche. La spirale inflationniste dommages-indemnisation judiciaire-assurances en vertu de laquelle l'accident et la force majeure n'ont plus leur place s'inscrit d'ailleurs dans ce qu'Ewald nomme la « démocratie du risque »⁶¹. Cette vision juridique cadre parfaitement dans une société du risque telle que définie par Giddens et dans laquelle la vie n'est plus vécue comme un simple destin⁶². Le changement de perception du risque est ainsi illustré par Beck :

[...] par le concept d'« incertitudes produites », on entend que la structure sociale des connaissances produit des risques par le fait même des tentatives qui visent à les maîtriser. Il est alors possible de saisir avec plus de clarté la différence entre, d'une part, les risques qui caractérisent la société industrielle et l'ordre social bourgeois, et, d'autre part, les périls et les exigences de la société du risque. L'entrée dans la société du risque a lieu au moment où les dangers qui résultent aujourd'hui des décisions prises et sont par conséquent produits par la société sapent et/ou font disparaître les

la règle et celui de participer, par la négociation, le dialogue, à son élaboration. Ce n'est pas la négociation qui fait le contrat, mais la création d'une règle par un accord de volontés. Les contrats d'adhésion restent des contrats et les règlements négociés des règles imposées aux assujettis.

⁵⁸ *Supra* note 50 à la p 88.

⁵⁹ Ulrich Beck, « Le concept de société du risque » (1997) 32 *Risques* 81 à la p 84 [Beck, « Concept »].

⁶⁰ Voir Giddens, « Société du risque », *supra* note 36 à la p 43.

⁶¹ Ewald, « Interview », *supra* note 47 à la p 16.

⁶² Voir Giddens, « Société du risque », *supra* note 36 à la p 41.

systèmes de protection établis à partir des calculs de prévoyance de l'État⁶³.

Changement quant à la mentalité de régulation (démocratisation), mais aussi changement quant à la nature des risques : on passe des risques sociaux (majeurs) aux risques « de l'existence »⁶⁴. Au plan légal, cette transformation s'exprime aussi par le passage de la faute au risque⁶⁵. Progressivement, ce passage de la faute au risque va contribuer et participer à la transformation de notre relation assurantielle⁶⁶. C'est donc la perception des malheurs qui se transforme et non leur nature. Il faut comprendre que « [c]oncevoir un dommage comme un accident pose problème : c'est un dégât sans [...] faute, il exige réparation mais n'est pas imputable. C'est ici qu'intervient l'assurance : elle permet justement de rembourser la victime, sans qu'il soit nécessaire de trouver un coupable »⁶⁷. Toutefois, même dans un contexte de seconde modernité, de société du risque, il y aurait résurgence de la responsabilité avec le développement, entre autres, du principe de précaution. La responsabilité reprend alors sa fonction prophylactique⁶⁸. Peut-être pouvons-nous déceler dans tout cela la résultante du rôle social toujours marqué de l'assurance, voire l'établissement d'une nouvelle justice distributive, non plus des richesses, mais des risques qui ne peuvent que nous accabler tous⁶⁹. Le risque acquiert ainsi une nouvelle dimension sociale essentielle⁷⁰. Ceci

⁶³ Beck, « Concept », *supra* note 59 à la p 85.

⁶⁴ Voir Ewald, « Interview », *supra* note 47 à la p 13 :

Cette « endogénéisation » des risques se vérifie aussi en matière d'assurance de dommages : en témoigne le fait que le risque, longtemps pensé comme une cause d'exonération de responsabilité, est devenu au contraire principe général de responsabilisation. C'est que nous avons conscience que nous — je veux dire dans notre activité humaine — sommes à l'origine des risques que nous nous faisons courir.

⁶⁵ Voir Alain Etchegoyen, « La notion de responsabilité » (1997) 32 Risques 10 à la p 11.

⁶⁶ Voir Ewald, *Providence*, *supra* note 9 à la p 523.

⁶⁷ Peretti-Watel, *Société*, *supra* note 19 à la p 8.

⁶⁸ Millet, *supra* note 3 à la p 273.

⁶⁹ Marie-Anne Frison-Roche, « La dialectique entre responsabilité et assurance » (2000) 43 Risques 79 à la p 84.

⁷⁰ Ewald (*Providence*, *supra* note 9 à la p 385) va très (trop ?) loin en ce sens lorsqu'il soutient :

On est entré dans l'âge d'une *sophistique du risque* : connaissant par avance le risque que l'on est, que telle ou telle activité peut faire courir à soi-même et aux autres, on se demande à partir de quel taux, de quel seuil le risque est, comme on dit, « acceptable ». [...] Double conséquence, la réalisation du sinistre ne renvoie plus tant à la « faute » d'un individu — on parlera d'ailleurs plutôt d'« erreur » — qu'à la responsabilité collective liée à la prise de décision ; avec une telle extension de la préoccupation de sécurité, toute

permettrait d'établir des liens de nature toujours plus complexe entre notre société de consommation, le rôle des médias et l'obsession sécuritaire, voire assurantielle⁷¹. Il est sans doute impossible de trancher ici à savoir si l'assurance et la valeur du risque que nous attribuons à la vie en société constituent la cause ou l'effet de notre rapport ambigu à l'imprévu⁷². Une chose semble toutefois certaine : l'assurance est partie prenante de ce « complexe de passivité ». Autrement dit, « le monde est de plus en plus risqué, car notre capacité à mettre en évidence de nouvelles corrélations statistiques augmente chaque jour »⁷³. Sans compter que notre compréhension du monde « marquée par le néo-libéralisme est confrontée à une contradiction : exalter le risque pour dynamiser l'économie ou le supprimer pour protéger les citoyens »⁷⁴. L'assurance et son succès économique⁷⁵ constituent le reflet de notre société sécuritaire⁷⁶.

décision, sur quelque objet qu'elle porte, tend à devenir publique et politique, et la sphère de la vie privée, même si elle ne disparaît pas, doit intégrer, comme un de ses constituants essentiels, sa dimension collective.

⁷¹ Voir Jean Baudrillard, *La société de consommation : Ses mythes, ses structures*, Paris, SGPP, 1970 à la p 34 :

Il faut la violence et l'inhumanité du monde extérieur pour que non seulement la sécurité s'éprouve plus profondément comme telle (cela dans l'économie de la jouissance), mais aussi pour qu'elle se sente à chaque instant *justifiée* de se choisir comme telle (cela dans l'économie morale du salut). [...] La litanie sur la mort automobile n'est d'ailleurs concurrencée que par la litanie des précisions météorologiques : c'est dans les deux cas un couple mythique — l'obsession du soleil et la litanie de la mort sont inséparables.

⁷² Claude Gilbert, « La fabrique des risques » (2003) 114 *Cahiers internationaux de sociologie* 55 à la 72.

⁷³ Peretti-Watel, *Société*, *supra* note 19 à la p 16.

⁷⁴ Dacunha-Castelle, *supra* note 7 à la p 9.

⁷⁵ Voir Louis Chauvel et Christophe Ramaux, « Le risque à défaut d'émancipation (au risque de dire tout... et n'importe quoi) » (2002) 21-22 *Mouvements* 166 à la p 168 : « Mieux, Beck reconnaît lui-même que le marché du risque peut s'avérer fructueux pour certains : il y a ceux qui y sont "exposés" et ceux qui en "profitent". Le risque [...] est devenu un business ».

⁷⁶ Castel (*supra* note 50 à la p 7) précise que :

[...] les sociétés modernes sont construites sur le terreau de l'insécurité parce que ce sont des sociétés d'individus qui ne trouvent, ni en eux-mêmes ni dans leur entourage immédiat, la capacité d'assurer leur protection. S'il est vrai que ces sociétés se sont attachées à la promotion de l'individu, elles promeuvent aussi sa vulnérabilité en même temps qu'elles le valorisent. Il en résulte que la recherche des protections est consubstantielle au développement de ce type de sociétés. Mais cette quête ressemble par certains côtés aux efforts déployés pour remplir un tonneau des Danaïdes qui laisse toujours filtrer le danger. Le sentiment d'insécurité n'est pas exactement proportionnel aux dangers réels qui menacent une population. Il

Autrement dit, l'assurance est la norme⁷⁷, reflet de « cette culture du risque » pour laquelle « le type idéal de l'*homo oeconomicus* [...] est tenu de se conformer »⁷⁸. Et quel est le rôle du contrat dans la « société du risque » ? Pour tenter de répondre, il faudrait prendre en compte d'autres considérations importantes. Par exemple, l'assurance et les « nouveaux risques » sont-ils davantage partenaires qu'opposants ? Les « nouveaux risques » sont-ils un frein ou une croissance pour l'industrie⁷⁹ ? Ces interrogations, largement suprajuridiques, paraissent toutefois essentielles à la définition de la fonction du contrat en matière d'assurance. Par son rôle social, économique, politique et juridique, somme toute en raison de son rôle majeur, l'assurance ne peut qu'affecter le développement du contrat. Et si c'est le cas, le fait-on consciemment ? Alors que le contrat d'assurance est tout sauf un modèle d'entente conventionnelle classique (vocabulaire technique, texte imposé et adhésion aveugle), c'est pourtant toujours en référence à des balises « classiques » que l'on cherche à l'encadrer, sinon à le comprendre : nous référons ici aux notions de plus haute bonne foi et de respect de mutualité auxquelles sont soumis les assurés de toute nature. Le contrat d'assurance est à l'avant-garde de la transformation de notre compréhension du contrat. C'est ce que permet justement notre relation « aux nouveaux risques » : nous les créons pour mieux les accepter et les intégrer à notre mode de vie qui ne peut s'en passer (qu'il s'agisse d'assurance vie ou IARD (Incendie, Accidents et Risque Divers)). De ce fait, ils sont parties prenantes de notre existence et ils ne peuvent

est plutôt l'effet d'un décalage entre une attente socialement construite de protections, et les capacités effectives d'une société donnée à les mettre en œuvre. L'insécurité, en somme, c'est dans une large mesure l'envers de la médaille d'une société de sécurité.

⁷⁷ François Ewald (« Société assurantielle et solidarité : Entretien avec François Ewald » (2002) 10 *Esprit* 117 à la p 129) le soulignait en ces termes : « Le risque le plus grand n'est pas d'être malade, d'avoir un accident, mais de ne pas être couvert si cela doit arriver. L'assurance, l'assurabilité devient elle-même sa propre fin. Nous voulons tous rester, indéfiniment, assurables. C'est devenu la condition d'une vie "normale" ».

⁷⁸ Patrick Peretti-Watel, « Société assurantielle, société du risque, ou culture du risque » (2006) 67 *Risques* 81 à la p 84.

⁷⁹ Référant à la multitude de mesures religieuses instaurées au dix-septième siècle pour contrer l'insécurité, Delumeau (*Rassurer*, *supra* note 45 à la p 569) souligne : « Ne sourions pas trop vite de ces accumulations. Nous avons fait mieux depuis. [...] Nous dépensons beaucoup plus en retenues pour la retraite et en assurances diverses que nos prédécesseurs n'ont donné à l'Église romaine pour raccourcir le temps de purgatoire de leurs parents et d'eux-mêmes ». Ce qui demeure vrai même si l'achat de messes connu aussi une progression fulgurante : « Ainsi au XIV^e siècle un marchand avignonnais achète 1 000 messes *post-mortem*, qu'il répartit entre différentes églises et couvents. Les investissements pour l'au-delà connaîtront une véritable escalade : en 1569, Jean de Grailly achète 50 000 messes » (Peretti-Watel, *Sociologie*, *supra* note 8 à la p 35).

qu'influer sur l'important outil d'échange et de « prévision » qu'est le contrat. Lorsqu'ils sont définis, contrôlés et acceptés, parce que rentables faut-il le préciser, les « nouveaux risques » deviennent matière contractuelle. Tel que le souligne Patrick Peretti-Watel : « La culture du risque généralise cette perspective hors de la sphère économique : désormais, chacun d'entre nous est tenu de devenir l'entrepreneur de sa propre existence, pour se découvrir et s'accomplir lui-même, forger son identité personnelle et sa réussite sociale »⁸⁰.

C'est cette matière contractuelle qui sera exploitée et modelée (sous forme de couvertures et d'exclusions) par les assureurs et les preneurs, parce que ces derniers constituent le risque à évaluer et à dépersonnaliser. Sous l'apparente « prise en main » de chaque individu, ne trouve-t-on pas en fait un assuré réifié par l'assureur en raison sans doute de cette approche *entrepreneuriale* qui incite au final les parties à s'exploiter et à se manipuler l'une l'autre ?

B. La notion de réification et le contrat d'assurance

Comment aborder la relation obligationnelle qui lie le preneur à l'assureur, dans un contexte de contrat de masse, à titre de véritable création juridique à plusieurs voix (soit la *naissance* de l'obligation contractuelle), et donc comme le fruit de la volonté des parties et non comme un trope⁸¹ ? Les difficultés théoriques sont de taille dans la mesure où la relation contractuelle encadrant la gestion des risques s'inscrit dans une nouvelle forme d'individualisme qui serait propre à notre modernité tardive⁸². Si cela s'avère vrai, ne serait-ce qu'en partie, il faudrait alors

⁸⁰ Patrick Peretti-Watel, « La culture du risque, ses marqueurs sociaux et ses paradoxes : Une exploration empirique » (2005) 56 : 2 *Revue économique* 371 à la p 374.

⁸¹ Marie-Claude Prémont, *Tropismes du droit : logique métaphorique et logique métonymique du langage juridique*, Montréal, Thémis, 2003 à la p 134.

⁸² Axel Honneth (*La société du mépris : Vers une nouvelle théorie critique*, Paris, La Découverte, 2006 à la p 312-13 [Honneth, *La société du mépris*]) écrit en ce sens :

Aussi n'est-il pas entièrement faux de parler, avec Ulrich Beck ou Anthony Giddens, d'un nouveau stade de l'individualisme, spécifique à notre modernité tardive ; l'individualisme réflexif. À condition toutefois de garder à l'esprit que cette forme d'individualisme ne résulte pas d'une intensification pour ainsi dire linéaire, mais d'un renforcement réciproque de dynamiques indépendantes : ce qui s'est passé ici peut être décrit, dans les termes de Max Weber, comme une synergie de transformations matérielles, sociales et intellectuelles présentant tellement de traits communs que de leur conjonction est née une nouvelle forme d' « individualisme ».

[...] Quelles que soient les causes sociales que l'on assigne au phénomène, il semble hors de doute que, en l'intervalle de deux décennies seulement, les formes d'existence se sont fortement individualisées : les membres des

reconnaître au contrat d'assurance une nature intersubjective que lui refuse justement la réification dont il semble faire l'objet aujourd'hui plus que jamais. Autrement, même à l'intérieur du contrat, les parties ne sont plus en mesure d'individualiser leur existence. Ainsi, non seulement la relation assurantielle est désocialisée, mais chaque partie au contrat se dépersonnalise sous le couvert de la saine gestion des risques, d'où l'importance de s'attarder quelque peu à la question de la réification.

Le philosophe Axel Honneth s'est intéressé récemment à la réification afin de stimuler la théorie critique⁸³. Le philosophe du droit Csaba Varga s'est aussi penché sur les travaux de Lukács relatifs à la réification⁸⁴. Il nous semble que de tels travaux peuvent avoir un écho en matière de théorie contractuelle. Afin de permettre une meilleure compréhension de cette « loi des parties » que doit être et se doit de demeurer le contrat d'assurance, est-ce qu'une critique basée sur le concept de réification peut aider au renouveau intersubjectif des règles du contrat ? Pour parler comme Lukács, y a-t-il en matière de contrat une forme de colonisation du monde vécu, disons des assurés et des assureurs — mais il faudrait sans doute aussi parler de celui des juristes — qui s'inscrit dans une généralisation unidimensionnelle de l'échange marchand ? Ainsi, toute interaction sociale, et donc contractuelle, implique-t-elle que chaque contractant considère les divers éléments de la relation contractuelle (contrat en lui-même, mais aussi parties à ce dernier et cause de ce dernier) comme des objets ? Nous serions portés à répondre par l'affirmative. Même si ce « fonctionnement objectivé des objectivations⁸⁵ » semble *a priori* inévitable en matière de droit des assurances et de gestion des risques, ne contribue-t-il pas, paradoxalement, à la perte du sens pour le contractant qui se voit exclu du processus normatif et *manipulé* en fonction de l'intérêt qu'il représente pour son vis-à-vis synallagmatique ?

sociétés occidentales, pour assurer leurs chances d'avenir, ont été contraints, exhortés, encouragés à se mettre eux-mêmes au centre de leurs propres projets et de leur mode de vie.

⁸³ Honneth, *Traité*, *supra* note 2.

⁸⁴ Csaba Varga, *The Place of Law in Lukács' World Concept*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1998 [Varga, *Place of Law*].

⁸⁵ Citant en partie Adam Schaff, Csaba Varga (« Chose juridique et réification en droit : contribution à la théorie marxiste sur la base de l'ontologie de Lukács » dans *Archives de philosophie du droit*, t 25, Paris, Sirey, 1980, 385 à la p 399 [Varga, « Chose juridique et réification »]) écrit que :

Une définition concise présentera la *réification* comme des « formulations différentes d'un seul et même rapport social qui consiste à dissimuler les relations interindividuelles par des rapports entre les choses ». Ça n'est, pour ainsi dire, rien d'autre que le fonctionnement objectivé des objectivations de l'être social et la conception objectivée de ce fonctionnement.

En d'autres termes, y a-t-il danger que le processus contractuel et ses acteurs soient *aliénés* aujourd'hui ? C'est donc à cet autre concept marxiste d'aliénation qu'il faudrait recourir. Or, si à titre de système objectif le droit ne peut que mener à la réification, il ne mènerait pas nécessairement, selon Varga, à l'aliénation⁸⁶. Toutefois, si l'objectivation du droit est nécessaire, encore faut-il travailler à la rendre possible. Toujours selon Varga :

L'objectivation du droit et son organisation en structures formellement rationalisées sont indispensablement nécessaires à un degré donné du développement social. [...] Il nous faut donc aboutir à la conclusion que l'objectivation linguistique n'est en principe qu'une *base de référence*, dont la *réalité* uniquement pertinente du point de vue de l'existence sociale est donnée par son état — sa mise en pratique, etc. — correspondant à l'être social existant justement comme à tel ou tel moment. De cela résulte une autre conclusion. Notamment, qu'il n'existe en principe qu'un droit manipulé ; un droit qui se trouve dans le processus d'être manipulé continuellement. En principe, donc, le droit est une continuité toujours en mouvement dans laquelle il ne reste rien d'autre statique et identique avec soi-même que le texte, cette totalité concrète des signes linguistiques, etc., considéré comme base de référence⁸⁷.

Cette manipulation constante du droit des assurances et de la théorie des contrats en général doit donc faire l'objet d'une étude critique continue, au risque de perdre toute objectivité. Il nous semble que de tels propos d'influence marxiste peuvent interpeller *encore* aujourd'hui les juristes en matière de contrat d'assurance et prendre la forme d'une interrogation supplémentaire : la réification de la relation contractuelle en assurance peut-elle mener à son aliénation ? Rappelons ici l'importance de faire la distinction entre « réification », « aliénation » et « objectivation »⁸⁸. À ce sujet, Varga écrit :

⁸⁶ *Ibid* à la p 409 :

Le droit est une objectivation dont le fonctionnement objectivé et la conception objectivée dudit fonctionnement créent une réification. De la sorte, le droit est un phénomène — historiquement établi — *a priori* réifié, caractéristique, qui subsiste, en tant que détermination spécifique, alors même que des efforts considérables sont déployés pour l'abolir (par exemple, dans les sociétés de notre époque). Toutefois, le droit en tant que structure réifiée ne crée pas en lui-même le phénomène de l'aliénation.

⁸⁷ Csaba Varga, « La question de la rationalité formelle en droit : essai d'interprétation de l'*ontologie de l'être social* de Lukács » dans *Archives de philosophie du droit*, t 23, Paris, Sirey, 1978, 213 à la p 234 [Varga, *Question de rationalité*].

⁸⁸ Voir Varga, « Chose juridique et réification », *supra* note 85 à la p 397. Ainsi, tant l'objectivation que la réification et l'aliénation sont des catégories spécifiques distinctes qui ne se recouvrent aucunement, bien qu'elles correspondent à un processus d'évolution identique du point de vue

La rencontre de la réification avec d'autres conditions sociales crée l'aliénation en tant que phénomène objectif avec toutes ses conséquences subjectives. Puisque grâce à la dialectique complexe des processus sociaux, les réifications en elles-mêmes non aliénées peuvent, avec l'appui d'autres facteurs, exercer un effet d'aliénation, *à la fois* et la réification du droit en général *et* la construction d'un réseau de notions de « choses » fictives et artificielles en particulier, peuvent constituer la source de forces d'aliénation.

C'est à ce niveau-là que la « chose » se rattache au problème de la réification en droit. En effet, le droit est en soi un complexe réifié. Donc par l'intermédiaire des notions de « chose », totalement artificielles et fictives, la construction de nouvelles structures réifiantes sur le droit ne se justifierait que si cela s'avérait nécessaire au fonctionnement d'une existence sociale du droit — c'est-à-dire si son effet ne consistait plus seulement en ce fait négatif qu'il obscurcit, qu'il cache et qu'il exprime comme « choses » pures les processus économiques et juridiques profondément sociaux qui se déroulent en fait derrière la façade du droit⁸⁹.

N'est-ce pas en grande partie ce qui se réalise avec l'approche économique et utilitariste du contrat d'assurance ? Il est difficile de ne pas reconnaître que les juristes et les contractants semblent aujourd'hui placés devant une « façade » qui les empêche de percevoir les dimensions sociales multiples et complexes du lien contractuel en assurance. Il faut de plus se rendre compte que l'objectivation du droit n'est elle-même pas l'effet du hasard, loin s'en faut⁹⁰. En droit des assurances, la notion de risque — objet principal du contrat — est manipulée et manipulable à l'excès. Ainsi, le flou dans lequel demeure la question de la déclaration initiale du risque⁹¹, que l'on régit *encore* à l'aide des notions vagues d'*uberrima fides*⁹² et de mutualité⁹³ qui transcendent la législation de 1994, est d'ailleurs représentatif de cette manipulation juridico-économique dont ne peuvent que faire l'objet les assurés⁹⁴. Ne serait-ce

historique : l'objectivation peut avoir un effet dans le sens du renforcement de la réification, alors que la réification a un effet dans le sens du renforcement de l'aliénation.

⁸⁹ *Ibid* à la p 411.

⁹⁰ Varga, *Question de rationalité*, *supra* note 87 à la p 221.

⁹¹ Voir art 2408, 2409 CcQ.

⁹² André Bélanger, « Interrogations critiques sur l'*uberrima fides* dans le contrat d'assurance » (2010) 77 : 3-4 Assurances et gestion des risques 203.

⁹³ André Bélanger et Joëlle Manekeng Tawali, « Le spectre de la mutualité dans le contrat d'assurance » (2009) 39 : 2 RGD 8 [Bélanger et Tawali, « Spectre »].

⁹⁴ À notre avis, une solution fort simple existait pourtant, soit l'élaboration d'un questionnaire exhaustif par l'assureur au moment de la proposition. Se faisant, les délicates questions relatives aux définitions à donner aux termes de « déclaration résiduelle », « d'assuré normalement prévoyant » et « d'attentes raisonnables » auraient

que pour cette raison, le juriste ne saurait être trop sensibilisé quant au fonctionnement de l'ordre juridique décrit par Varga⁹⁵. Or, outre le développement des contrats de sujétion et le recours à l'utilité du contrat pour justifier l'existence de relations déséquilibrées⁹⁶, la prolifération des risques à maîtriser et à évaluer⁹⁷, de même que l'analyse contemporaine du contrat d'assurance très perméable à l'essor économique⁹⁸, ne rencontrent-elles pas les mêmes résultats aujourd'hui ? Citant Engels, Varga ajoute encore :

« Dans un [É]tat moderne, ce droit ne doit pas seulement traduire l'état économique général, en être l'expression, mais en être encore l'expression *cohérente*, sans contradictions intrinsèques. Pour arriver à ce but, on fait disparaître de plus en plus la réflexion exacte des conditions économiques. » Par conséquent, l'hypothèse selon laquelle le droit est la réflexion des rapports économiques, *dans son immédiateté* n'est rien d'autre qu'une apparence⁹⁹.

Il va sans dire que ceci confronte directement l'approche contractuelle à l'effet que le contrat ne soit qu'un reflet à petite échelle d'une économie libérale inévitable qui inspire la société assurantielle. Ainsi, lorsque Varga écrit que certaines notions juridiques découlent d'un long développement historique¹⁰⁰, il est difficile de ne pas penser à la notion de contrat, comme à celles de risque et d'assurance. Bien que Varga ne référerait pas directement à ces concepts, ne peut-on pas se demander si la notion même de « chose » en droit civil ne s'est pas développée (au même titre que l'ensemble de nos relations intersubjectives semblent s'être

été écartées en grande partie. Les pressions exercées par le milieu assurantiel pour éviter l'adoption d'une telle solution laissent songeur quant à la volonté réelle des assureurs de faciliter pleinement la compréhension du processus contractuel par rapport aux assurés.

⁹⁵ Varga, *Question de rationalité*, *supra* note 87 à la p 223.

⁹⁶ Rappelons que si l'« assurance reste un pari pour l'individu, il n'en est plus vraiment un pour l'assureur d'après la loi des grands nombres » (Dacunha-Castelle, *supra* note 7 à la p 164).

⁹⁷ En progression constante, la consommation d'assurance représentait, en 2008, plus de 18,3 milliards \$ au Québec et plus de 4,2 trilliards US\$ de primes en assurance vie et non-vie dans le monde. Voir respectivement Autorité des marchés financiers, *Rapport annuel 2009 : Assurances*, Québec, Gouvernement du Québec, 2010 à la p 2-2 ; SIGMA/Swiss Re, *L'assurance dans le monde en 2008 : chute de l'assurance vie dans les pays industriels – forte croissance dans les pays émergents*, n° 3, Zurich, Swiss Re, 2009 à la p 39.

⁹⁸ Symptomatique ? Les toutes premières lignes de l'essentiel ouvrage de Lluelles en droit des assurances terrestres québécois traitent non pas des aspects juridiques, mais de l'importance économique de l'assurance. Voir Didier Lluelles, *Précis des assurances terrestres*, 5^e éd, Montréal, Thémis, 2009 à la p 1.

⁹⁹ Varga, *Question de rationalité*, *supra* note 87 à la p 230.

¹⁰⁰ Varga, « Chose juridique et réification », *supra* note 81 à la p 385.

réifiées) afin d'inclure aujourd'hui le contrat et, surtout, le preneur et l'assureur¹⁰¹ ? *Quid* des risques que représentent les assurés et qui font désormais l'objet de transactions financières complexes telle la titrisation des risques ? Toujours dans l'optique de l'élargissement de la notion de « chose », Varga précise :

L'élargissement ultérieur de la notion de « chose » — en particulier au cours du développement de la société bourgeoise — se produit déjà comme une réaction en chaîne. Non seulement le droit et la créance deviendront « chose », mais il en ira de même pour la main d'œuvre. Et dans la mesure où les connaissances humaines deviennent une force de production, se transformeront en « choses » le travail intellectuel, puis ses produits, les idées aussi, de même que, à travers le droit d'auteur, ses attributions devenues autonomes. Dans le cycle d'échange de marchandises l'argent va devenir un agent médiat. Il présentera une valeur abstraite, comme le feront par la suite les titres boursiers ou les effets de commerce qui n'incorporent que les droits relatifs à une certaine valeur. Ce qui signifie qu'on a là des choses réelles dont, précisément, la nature physique-sensorielle n'a qu'un intérêt secondaire¹⁰².

Une telle *objectivation*, du moins en matière de contrat d'assurance, nous éloigne à coup sûr de la *socialisation* du rapport contractuel et assurantiel, de même que de la prise en compte de l'aspect interpersonnel dans le contrat liant le preneur à l'assureur. De manière générale, Varga écrivait d'ailleurs :

L'objectivation est en même temps la socialisation accrue de la société et son vecteur ; l'objectivation n'est autre que « l'existence réellement objectivée et par là-même réellement objective de l'être social ».

[...] Il n'y a aucun doute que le droit est une objectivation. Sans rendre compte pour le moment de ses traits spécifiques, nous pouvons constater que le droit est un produit de l'activité pratique de l'homme, plus exactement de sa projection téléologique consciente qui vise l'emprise sur les rapports sociaux de l'homme et, ainsi, sur la totalité de l'existence sociale, la domination sur ces rapports et cette existence¹⁰³.

À la lecture de tels propos, le juriste s'interroge : la réification du contrat par l'analyse économique, l'approche utilitariste et la gestion des risques ne contribuent-elles pas au contraire à « désocialiser » le lien contractuel ?

¹⁰¹ *Ibid* à la p 387.

¹⁰² *Ibid* à la p 389-90.

¹⁰³ *Ibid* à la p 398.

Ou encore, dans la même optique, à dépersonnaliser les contractants l'un par rapport à l'autre¹⁰⁴ ?

C. Un phénomène inévitable ou à éviter ?

D'un autre point de vue, selon Axel Honneth — et contrairement à la position jugée trop globale de Lukács — le rapport contractuel protégerait de la réification en raison des droits juridiques minimaux qu'il garantirait aux contractants¹⁰⁵. Toutefois, dans la mesure où même les droits fondamentaux tendent à opposer non plus des humains vivant des difficultés d'ordre juridique, mais des « bénéficiaires de droits » qui cherchent à en tirer le maximum d'avantages, comme l'homme d'affaires cherche à jouir de ses capitaux, il est difficile de soutenir que les contractants demeurent bien « des personnes ». En matière de contrats d'assurance, le constat de réification apparaît flagrant dans la mesure où l'assuré est d'abord et avant tout perçu comme un « risque » qui *doit* être

¹⁰⁴ Rappelons que Ronald David Laing (*Le moi divisé*, Paris, Stock, 1979 à la p 61) écrit en ce sens :

Une dépersonnalisation partielle des autres est couramment pratiquée dans la vie quotidienne et considérée comme normale, sinon hautement désirable. La plupart des relations humaines sont basées sur une certaine tendance dépersonnalisante, dans la mesure où l'on traite l'autre non point en fonction de celui ou de ce qu'il peut être en lui-même, mais en réalité comme un robot androïde jouant un rôle ou occupant une place dans une grande machine dont on est soi-même une autre pièce.

¹⁰⁵ Honneth (*Traité*, *supra* note 2 à la p 107-08) écrit :

Toutes ses remarques sur la simple observation comme conduite dominante dans la vie du travailleur, dans les rapports avec la nature, voire dans le commerce social convergent vers une thèse qui relève de la théorie de la société : la thèse selon laquelle la généralisation à l'ère capitaliste de l'échange marchand constitue la cause unique de ces phénomènes de réification. Sitôt que les sujets se voient contraints d'accomplir leurs interactions sociales sous la forme prédominante de l'échange économique de marchandises, ils seraient conduits à se percevoir ainsi qu'à percevoir les partenaires de leurs interactions et les biens de l'échange sur le modèle d'objets, et donc à se rapporter à leur monde environnant d'une façon qui, là encore, est uniquement celle de l'observation. À cette thèse compacte, il est difficile d'opposer une objection unique, centrale, tant ses éléments constitutifs sont nombreux à être problématiques. Déjà la référence au fait que la réification des autres hommes n'advient qu'à la condition que s'oublie la reconnaissance préalable de leur qualité de personnes souligne la faiblesse de l'équivalence posée par Lukács entre les échanges de biens et la réification. En effet, dans l'échange économique, le partenaire de l'interaction conserve normalement son statut de personne, au sens juridique du terme.

évalué¹⁰⁶. Ce à quoi s'ajoutent la grille de perception imposée par les actionnaires¹⁰⁷ et l'important phénomène de démutualisation tant juridico-économique (le statut juridique de l'entreprise d'assurance) qu'idéologique (son fonctionnement de gestion objectivé des risques)¹⁰⁸. Il en est de même en matière de produits financiers au sens large, alors que les contractants sont également des manipulateurs de risques. Dans ce contexte, les personnes juridiques (humaines, mais aussi morales) qui contractent sont d'abord sensibles aux *intérêts* en jeu¹⁰⁹. Peut-on ici parler de « pathologie du social » et « d'éléments perturbateurs » comme le fait Honneth de manière plus générale ?

Selon Varga, le juriste doit s'intégrer à la réification puisque « [le] fonctionnement existentiel du droit de l'époque moderne nécessite que le spécialiste du droit s'adapte et s'intègre au système réifié, le droit réifié créant lui-même l'idéologie qui répond le mieux à ce fonctionnement selon

¹⁰⁶ Voir art 2408, 2409 CcQ. À titre d'exemple jurisprudentiel de l'interprétation de cette obligation, voir *Mansour c Compagnie mutuelle d'assurances Wawanesa* (2008 QCCQ 2451, [2008] RRA 498 aux para 49-50), où la cour déclare :

Il faut savoir qu'au stade de la proposition d'assurance l'enquête de l'assureur est limitée et qu'il doit se fier sur les informations fournies par le preneur ou l'assuré afin d'évaluer s'il y a lieu ou non d'assurer le risque et, si oui, d'en déterminer les conditions, ainsi que la prime. L'assureur est alors dans une situation où il doit se fier à l'assuré ou au preneur, d'où l'obligation d'agir selon le standard de la plus haute bonne foi.

L'assurance est une activité commerciale et l'assureur est libre d'accepter ou non le risque. Il doit cependant être en mesure de prendre une décision éclairée.

¹⁰⁷ Honneth, *La société du mépris*, *supra* note 82 à la p 282.

¹⁰⁸ Martin Petitclerc (« La riante bannière de la démocratie » : les sociétés de secours mutuels québécoises au 20^e siècle » (2002) 70 : 1 Assurances 73 à la p 88) écrit d'ailleurs : « Il y a ainsi dans cette victoire décisive de l'assurance sur la mutualité des enjeux majeurs pour nos sociétés actuelles qu'il faudrait approfondir. Parmi ceux-ci, la transformation progressive de la protection sociale en un article de marchandise montre à quelle profondeur la logique marchande a imprégné nos rapports sociaux » Voir aussi Bélanger et Tawali, « Spectre », *supra* note 93.

¹⁰⁹ Voir par ex *GMAC Location ltée c Compagnie mutuelle d'assurances Wawanesa* (2005 QCCA 197, [2005] RRA 25 au para 16) dans lequel on peut lire l'extrait suivant du témoignage d'un souscripteur d'une importante compagnie d'assurance :

Q. : [...] Quels sont les motifs qui sous-tendent cette position-là ?

R. : Écoutez, comme j'avais mentionné comme objectif au départ c'est qu'on essaie de trouver des risques rentables chez nous en tant que compagnie. Donc quelqu'un peut avoir un dossier criminel, donc il peut y avoir de la récidive. Donc, ce n'est pas un risque qui devient rentable pour nous en tant qu'assureur et il peut faire l'objet de refus après étude pour le souscrire puisque ça devient un risque financier pour nous en tant que compagnie. [...]

ses propres postulats»¹¹⁰. À titre de juristes, cela ne peut que nous interpeller et nous inciter à nous demander si aujourd'hui le droit des contrats d'assurance n'est pas en voie de perdre « ses propres postulats » au profit de ceux de l'économie ? N'est-ce pas ce « danger » d'une « nouvelle » réification qui semble déjà percevable en droit des contrats ? Une forme de réalité, un constat qui s'impose et que le juriste aurait comme devoir de reconnaître à défaut de perdre tout sens critique ? Ainsi, la réification du preneur à titre de risque dans le contrat d'assurance prend la forme de la « réalité »¹¹¹. Il faudrait plutôt, à titre de juriste, chercher à voir au-delà de la structure réifiante. Nous devons nous interroger à savoir si le contrat à titre de « bien économique » est devenu une « réalité » et non plus un simple outil de structuration juridique. Est-ce que les parties au contrat d'assurance (ou du moins l'une d'entre elles, soit la partie vulnérable qui se fait imposer le contrat, le preneur) ne sont justement pas « maîtrisées » par la réification que l'on a faite du contrat en généralisant son analyse sous l'angle économique et utilitaire ? La « chose » contractuelle se présenterait à titre de « construction humaine artificielle » qui tend à s'inscrire comme « une vision autonome du monde, [à] s'élever à la hauteur d'une catégorie cognitive, d'une expression idéologique qui un beau jour commence à nous maîtriser au lieu d'être maîtrisée par nous »¹¹². De ce point de vue, l'importance d'une prise en compte de la valeur des échanges respectifs des parties dans la relation contractuelle, de même que l'apathie avec laquelle nous nous intégrons à une société du risque où nous devenons quantifiables et facilement évaluables au plan économique, semblent s'inscrire dans un processus de réification au sens présenté aujourd'hui par Honneth. Ce dernier écrit :

La cause sociale qui explique à la fois la généralité et l'élargissement de la réification, selon Lukács, est l'extension de l'échange marchand qui, avec l'établissement des sociétés capitalistes, est devenu le mode dominant de l'activité intersubjective. Dès que les sujets commencent à régler les relations qu'ils entretiennent avec leurs congénères sur le mode de l'échange de marchandises équivalentes, ils sont contraints d'inscrire leur rapport à l'environnement dans une relation réifiée ; ils ne peuvent plus percevoir les éléments d'une situation donnée qu'en évaluant l'importance de ces éléments à l'aune de leurs intérêts égoïstes¹¹³.

C'est, par exemple, ce qui ressort des propos de Ghestin lorsqu'il écrit :

¹¹⁰ Varga, « Chose juridique et réification », *supra* note 85 à la p 402.

¹¹¹ *Ibid* à la p 400.

¹¹² *Ibid* à la p 395.

¹¹³ Honneth, *Traité*, *supra* note 2 à la p 22.

Ce qui doit être recherché de façon générale, c'est que *chaque partie ait un intérêt effectif à contracter, cet intérêt, cette utilité particulière étant, nous l'avons vu, le moteur même de sa volonté*. Il faut et il suffit, *a priori*, que chaque partie puisse rationnellement considérer qu'elle reçoit davantage, ou en tout cas quelque chose de plus utile pour elle, que ce dont elle se dessaisit¹¹⁴.

Une telle conception généralisée de la relation contractuelle doit être mise en perspective avec ces autres propos de Honneth :

La réification constitue une « posture » (*Haltung*), un mode de conduite si développé dans les sociétés capitalistes, que l'on peut parler à son propos d'une « seconde nature » de l'homme. On voit par là que la « réification » selon Lukács ne peut pas non plus être conçue comme une conduite immorale, comme une infraction à des principes moraux. Pour que la terminologie morale soit pertinente dans l'analyse de cette posture, il faudrait qu'une intention subjective intervienne. À la différence de Martha Nussbaum, Lukács ne s'intéresse pas à la question de savoir à partir de quel moment le fait de réifier d'autres personnes équivaut à exprimer le mépris que l'on a pour elles. D'après lui, tous les membres des sociétés capitalistes adoptent, du fait de leur socialisation, le système de comportement réifiant, de sorte que, pour Lukács, le traitement instrumental d'autrui n'est d'abord qu'un fait social, et non pas une faute morale¹¹⁵.

En cela, et avec un brin de cynisme, dans l'état actuel de la perception du contrat d'assurance, nous pourrions dire, en reprenant l'expression de Mauss¹¹⁶, que le contrat est un « fait social total ». En insistant sur la distinction à opérer entre « réification » et « dépersonnalisation »¹¹⁷, Honneth s'oppose à Lukács quant à la protection minimale qu'offre le contrat aux individus qui bénéficieraient dès lors d'un statut de personne juridique. Mais dans un contexte de prolifération de contrats d'adhésion, qu'ils soient ou non d'assurance, et du recours quasi systématique à une analyse économique des contrats, cette protection minimale peut-elle être autre chose qu'un leurre ? Voilà justement où le bât blesse : est-ce qu'une telle « expérience première de la reconnaissance »¹¹⁸ est toujours et encore

¹¹⁴ Ghestin, *supra* note 6 aux pp 97-98.

¹¹⁵ Honneth, *Traité*, *supra* note 2 aux pp 27-28.

¹¹⁶ Pour un exemple d'application de la théorie du don de Marcel Mauss (« Essai sur le don : Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques » dans *L'année sociologique*, seconde série, 1923-24, 30) à titre de « phénomène social total » en matière de contrat d'assurance, voir André Bélanger et Joëlle Manekeng Tawali « Au-delà de l'utilitarisme, le don plutôt que le relationnel dans le contrat d'assurance » (2009) 50 : 1 C de D 37 [Bélanger et Tawali, « Au-delà de l'utilitarisme »].

¹¹⁷ Honneth, *Traité*, *supra* note 2 à la p 109.

¹¹⁸ *Ibid* à la p 116.

présente en matière de contrat d'assurance ? Honneth ne manque d'ailleurs pas de souligner que :

Le spectre des évolutions sociales qui reflètent aujourd'hui de telles tendances à la réification va s'élargissant — depuis tout ce qui a progressivement vidé de sa substance juridique le contrat de travail jusqu'au développement de la pratique consistant à regarder le potentiel de dons individuels de l'enfant comme un objet de recherche génétique et de manipulation. Dans ces deux cas, nous sommes menacés de voir s'effondrer les barrières institutionnalisées qui avaient jusqu'à présent empêché que se développe une dénégation de l'expérience première de la reconnaissance¹¹⁹.

Face à un tel constat, comment, en somme, chercher à réhumaniser le rapport contractuel entre le preneur et l'assureur au plan théorique¹²⁰ ? En matière de contrat de droit privé, de manière paradoxale, la réification peut jouer à la fois un rôle d'ennemi et d'allié. Ceci, puisque le contrat est doublement réifié ou, plutôt, il l'est à deux niveaux différents. D'abord, il l'est et se doit de l'être par le droit lui-même, dans la mesure où il est objectivé, ce qui devrait nous assurer d'une prise de contrôle juridique et sociale. La réification du contrat d'assurance, à titre d'allié, devrait ainsi aider les juristes à prendre un recul critique face à une approche assurantielle qui est d'abord économique et utilitariste. Et c'est ici qu'entre en jeu le second niveau de réification, le plus évident, soit celui qui transforme la relation contractuelle en un « objet », un bien économique à développer par les assureurs et à consommer par les preneurs. Ce faisant, le contrat se justifie par lui-même et pour lui-même, il existe à titre de valeur à prendre en compte, ce qui l'empêche de trouver ses marques théoriques à l'intérieur du domaine juridique.

Conclusion

Le contrat d'assurance à titre d'objet préredigé et « produit » à grande échelle, le contrat non négociable dans son essence à titre de non-entente, exclut le rapport humain et donc juridique. Par ce biais, le contrat se désocialise et se déshumanise. Pire, en excluant les acteurs sociaux qui sont les seuls à permettre la naissance de la norme juridique, le contrat

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ À titre d'exemples, citons ces modestes apports aux analyses croisées de la sociologie et de la linguistique en droit des contrats : Bélanger et Tawali, « Au-delà de l'utilitarisme », *supra* note 116 ; André Bélanger, Viorel-Dragos Moraru et Andy Van Drom, « Les apports de la linguistique à la théorie des contrats : prolégomènes à une interprétation dialogique et polyphonique du contrat » (2010) 51 : 1 C de D 51 ; André Bélanger et Andy Van Drom, « Les apports de la linguistique à la théorie des contrats : panorama des principales théories de dialogisme et de polyphonie à inscrire au sein du phénomène contractuel » (2011) 52 : 1 C de D [à paraître].

d'assurance envisagé à titre de bien ne peut être créateur de droits et d'obligations, du moins dans une société où les parties sont à la fois auteurs et destinataires de droits qui cherchent à contrôler leur univers juridique. L'« adhérent » au contrat, le preneur/assuré à titre de risque et donc de bien, est *incapable* de créer des droits et des obligations juridiques. Rappelons que « si le risque a longtemps été l'auxiliaire de l'innovation économique, il constitue aussi une ressource pour impulser le changement social, sachant que ce changement peut parfois s'appuyer sur une critique radicale de l'innovation économique »¹²¹. En matière de droit des assurances, l'implication de tous les contractants est nécessaire si nous voulons éviter le monologisme réifiant. Là se trouve l'écueil à contourner au plan juridique. C'est d'ailleurs ce que nous inspire cette dernière citation de Varga :

Cela revient à dire qu'on doit considérer l'idéologie professionnelle des spécialistes juridiques sous deux angles, à savoir sous l'angle ontologique et sous l'angle gnoséologique. Du point de vue ontologique le fonctionnement réifié de la structure réifiée exige et crée une conscience réifiée. En même temps, du point de vue de la théorie gnoséologique il faut explorer la tendance sociale dissimulée derrière « la forme fantastique d'un rapport des choses » pour que l'homme actif, voyant au-delà de la réification, puisse découvrir la place de la structure en question au sein de la structure totale. La science socialiste du droit n'assume pas seulement une fonction de cognition quand elle découvre derrière le mécanisme et l'aperception réifiés la place réelle du droit et du juriste dans la société. C'est précisément par là qu'elle désire mobiliser le juriste pour qu'il participe avec une conscience plus poussée, c'est-à-dire d'une manière plus créatrice, aux processus des mouvements sociaux et juridiques¹²².

En ce sens, il y a largement place en matière de contrat d'assurance pour une approche créatrice d'une nouvelle théorie contractuelle axée sur la riche complexité des rapports humains. La richesse sociale intrinsèque toujours actuelle de l'assurance que nous avons voulu valoriser dans ce texte doit se refléter davantage au plan juridique. Pour qu'une telle chose se réalise, encore faudrait-il reconnaître l'humain derrière le risque à l'origine du contrat. Ce risque, bien que raison d'être du contrat d'assurance, paraît aujourd'hui insaisissable à l'intelligence juridique. Ne serait-ce que pour cette raison, le recul critique que permet la reconnaissance de la réification du lien contractuelle est bénéfique pour le droit. Somme toute, la définition de la contemporanéité donnée par

¹²¹ Peretti-Watel, « Innovations », *supra* note 35 à la p 70.

¹²² Varga, « Chose juridique et réification », *supra* note 85 à la p 403.

Agamben et citée en exergue¹²³ joue le rôle de mise en garde : est-ce que la contemporanéité du contrat d'assurance ne découle pas seulement de l'archaïsme marxiste qu'est la réification ?

¹²³ « La contemporanéité s'inscrit, en fait, dans le présent en le signalant avant tout comme archaïque, et seul celui qui perçoit dans les choses les plus modernes et les plus récentes les indices ou la signature de l'archaïsme peut être un contemporain » (Giorgio Agamben, *Qu'est-ce que le contemporain ?*, Paris, Payot, 2008 à la p 33).