

Le spectre de la mutualité dans le contrat d'assurance

André Bélanger and Joëlle Manekeng Tawali

Volume 39, Number 2, 2009

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027071ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027071ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bélanger, A. & Tawali, J. M. (2009). Le spectre de la mutualité dans le contrat d'assurance. *Revue générale de droit*, 39(2), 297–328.
<https://doi.org/10.7202/1027071ar>

Article abstract

The principle of mutuality is repeatedly called upon in doctrinal or jurisprudential material to justify the contractual bond in insurance. However, there is hardly nothing left anymore of mutuality in the field of insurance, and this, notwithstanding the fact that it is a plural notion. In general, jurists refer to a spectre of mutuality. Hence, so as to favour a better understanding of the insured in regard to the juridical content of the contract, the normative basis of the obligations of the parties should be redefined in a sense that is less loaded ideologically. This redefinition would allow to better address the technical, economic and actuarial characters of the service that insurers offer, thus establishing more precise markers to contractual obligations.

Le spectre de la mutualité dans le contrat d'assurance¹

ANDRÉ BÉLANGER

Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval

JOËLLE MANEKENG TAWALI

Doctorante à la Faculté de droit de l'Université Laval

RÉSUMÉ

Le principe de mutualité est régulièrement invoqué en doctrine et en jurisprudence pour justifier les obligations des parties au contrat d'assurance. Or, la mutualité s'avère désormais quasi inexistante en matière d'assurance, et ce, bien que la notion soit plurielle. C'est en général à un spectre de mutualité que renvoient les juristes. En ce sens, et afin de favoriser une meilleure compréhension du preneur quant à la teneur juridique de son contrat, la base normative des obligations des parties devrait être redéfinie dans un sens moins chargé au plan idéologique. Ceci permettrait de refléter

ABSTRACT

The principle of mutuality is repeatedly called upon in doctrinal or jurisprudential material to justify the contractual bond in insurance. However, there is hardly nothing left anymore of mutuality in the field of insurance, and this, notwithstanding the fact that it is a plural notion. In general, jurists refer to a spectre of mutuality. Hence, so as to favour a better understanding of the insured in regard to the juridical content of the contract, the normative basis of the obligations of the parties should be redefined in a sense that is less loaded ideologically. This

1. Cette étude fait partie d'un projet financé par le *Fonds de recherche sur la société et la culture* (FQRSC). Nous remercions les évaluateurs anonymes du présent texte pour leurs judicieux commentaires.

davantage le caractère technique, économique et actuariel du service qu'offrent les assureurs, établissant ainsi des balises obligationnelles plus précises.

redefinition would allow to better address the technical, economic and actuarial characters of the service that insurers offer; thus establishing more precise markers to contractual obligations.

Mots-clés : *Assurances, capitalisme, compagnie d'assurances, contrat, démutualisation, gestion des risques, mutualité, mutuelle d'assurances, obligations, théorie des contrats*

Key-words : *Capitalism, contract, contract theory, demutualization, insurance law, insurance company, mutual insurance society, mutuality, obligation, risk management.*

SOMMAIRE

Introduction :	298
1. Les différentes définitions du concept de mutualité :	303
2. Le phénomène contemporain de démutualisation :	311
3. L'érosion de la mutualité dans le contrat d'assurance :	318
Conclusion :	326

INTRODUCTION

« [...] croit-on vraiment que le juriconsulte puisse déterminer les conditions de validité des contrats, édifier la théorie de l'erreur et de la lésion, fixer les limites à la liberté contractuelle et préciser les notions d'ordre public et de bonnes mœurs, sans se faire une opinion sur le fondement de la force obligatoire des conventions et sur le principe d'autonomie, sans posséder *in petto* une doctrine sur les rapports de la loi et

de la volonté privée, de la justice commutative et du commerce juridique, en un mot sans avoir une philosophie du droit? »

E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé.*

« Seulement, cette théorie n'a pas toujours conscience d'elle-même; et beaucoup de juristes l'adoptent comme M. Jourdain faisait de la prose : sans s'en apercevoir. Or, rien n'est plus dangereux qu'une doctrine qui s'ignore elle-même. Elle tend fatalement à se déposer dans les esprits à l'état d'habitude de plus en plus tyrannique, à devenir un pli du cerveau, une sorte de tempérament intellectuel. Elle se cristallise en ces formules toutes faites, ces brocards admis sans examen, qui ne sont le plus souvent que des résidus simplistes de spéculations et de controverses antérieures, mais qui apparaissent bientôt, parce qu'on en ignore ou qu'on en oublie l'origine et qu'on les redit machinalement, comme aussi inébranlables et aussi évidents que les axiomes mathématiques. »

E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé.*

1. L'assurance remplit aujourd'hui une fonction capitale tant au plan économique², politique³ que juridique⁴. Étant donné ce rôle majeur et stratégique, fondamental quant à la structure sociétale de notre environnement immédiat⁵, il est justifié de s'interroger à savoir si le déploiement du phénomène d'assurance affecte le développement du contrat d'assurance lui-même et son interprétation par les juristes. La question se pose d'autant plus que le contrat d'assurance est

2. Selon les chiffres du rapport *Sigma* de la Swiss Re, 4 060 milliards \$ US de primes en assurances vie et non-vie ont été payées dans le monde en 2007. Pour le Canada, et pour la même période, le total des primes versées pour les assurances vie et non-vie est de 107 milliards \$ CA. Voir http://www.swissre.com/resources/1a58ff004a27fce97a3d71e1ec54e8-sigma3_2008_f.pdf (2 octobre 2008).

3. Que l'on pense aux événements de la Louisiane, à ceux du 11 septembre 2001 ou encore à la délicate question du régime d'assurance maladie à adopter au Québec.

4. Sur la transformation du droit de la responsabilité par le biais de l'assurance, nous ne pouvons que référer à l'ouvrage fondamental de François EWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986.

5. Voir Michel ALBERT, « Le rôle économique et social de l'assurance », dans François EWALD, Jean-Hervé LORENZI (dir.), *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1998, p. 3-26.

tout sauf un modèle d'entente conventionnelle classique avec son vocabulaire technique, son texte imposé et l'adhésion généralement aveugle qu'il emporte⁶. Pour beaucoup, le contrat d'assurance est à l'avant-garde de la transformation de notre compréhension du contrat. Ainsi, il s'agit de l'une des premières formes de contrat d'adhésion⁷; plusieurs de ses règles « protectrices » se sont développées en marge du droit de la consommation⁸; son interprétation par les tribunaux est très favorable à la prise en compte du déséquilibre qui lui est inhérent⁹. Tout ceci alors que l'assurance constitue l'un des contrats de services les plus accessibles, les plus développés et les plus répandus.

2. La mutualité est souvent invoquée pour justifier l'obligation du preneur de déclarer à l'assureur tous renseignements pertinents¹⁰. Or, aujourd'hui, il est paradoxal de référer à la notion de mutualité pour justifier les obligations de l'assuré/

6. Des exceptions existent évidemment, par exemple en matière de risques commerciaux. Dans l'ensemble toutefois, la règle demeure celle du preneur-adhérent.

7. Voir Didier LUELLES, *Précis des assurances terrestres*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 33 et suiv.

8. Pour les règles de protection de l'assuré, Alain GOURD, « Le droit des assurances et la protection du consommateur », (1972) 32 *R du B.* 527, 529; Nathalie GIGUÈRE, *La notion de contrat d'adhésion en droit civil*, mémoire de maîtrise, Université Laval, 1996, p. 73 et suiv.

9. À titre d'exemple significatif, rappelons les propos du juge Baudouin dans l'affaire *Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances c. Service d'entretien Ribo inc.*, [1992] R.R.A. 959 (C.A.): « En second lieu, le représentant de l'assurée avoue qu'il n'a pas lu le contrat dans son entier. La jurisprudence exige de l'assuré, dans un tel cas, le comportement d'un assuré raisonnable, en tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce. Il s'agit, en fait, de ce que l'on désignait autrefois sous le vocable du "bon père de famille". Dans cette affaire, il me semble qu'un assuré raisonnable, prenant connaissance de la page frontispice ne pouvait faire autrement, honnêtement et logiquement, que de déduire qu'il était protégé contre ce risque et légitimement s'abstenir de prendre connaissance des 10 pages suivantes. » (nos italiques).

10. *Desbiens c. Société nationale d'assurances inc.*, J.E. 2004-427 (C.S.); *St-Denis c. Bélair Direct*, SOQUIJ AZ-50256741 (C.Q.); *Lemay-Paquette c. Unique (L), compagnie d'assurances générales* (C.S., 2004-05-20), B.E. 2004BE-741; *GMAC Location ltée c. ING Groupe Commerce*, Cour du Québec, SOQUIJ AZ-50256262 (C.Q.); *Bérubé c. Axa Assurances*, B.E. 2005BE-980 (C.S.); *Bélanger c. Axa Assurances inc.*, B.E. 2006BE-82 (C.S.); *Minville c. Assurances générales des Caisses Desjardins*, B.E. 2006BE-1253 (C.S.); *Transport R. Larouche & Fils inc. c. ING, compagnie d'assurances*, [2007] R.R.A. 326 (C.S.); *Cardin c. SSQ, société d'assurances générales inc.*, [2007] R.R.A. 631 (C.S.); *R.V. c. RBC Assurances* (C.Q., 2007-11-22), J.E. 2008-150 (C.Q.); *Crédit VW Canada inc. c. Assurances générales Banque Nationale inc. (Innovassur, assurances générales inc.)*, SOQUIJ AZ-50495708 (C.Q.).

preneur (ou de l'assureur¹¹), alors que la démutualisation est devenue la norme, modelant de ce fait l'assurance aux besoins et aux principes du capitalisme actionnarial¹². En somme, la question pourrait se résumer ainsi : alors que la bancassurance¹³ (et la vente de produits d'assurance sans représentant) est déjà une pratique établie et que sa « légalisation » ne saurait tarder, l'ère de la morale et des bons sentiments n'est-elle pas dépassée pour permettre la bonne compréhension du contrat d'assurance? Ou encore, ne devrions-nous pas, en tant que juristes, tenter de trouver d'autres voies pour mieux expliquer les obligations réciproques des parties à ce contrat qui demeure, on ne peut l'oublier, très particulier dans son fonctionnement?

11. La mutualité peut aussi servir d'argument critique contre les obligations de l'assureur face à l'assuré. En ce sens, Rémi Moreau écrit : « Sans vouloir dénier le droit de l'assuré à l'information et sa légitime protection, nous croyons que d'imposer à l'assureur, par une série d'interprétations et de circonvolutions, des obligations auxquelles il n'a pas consentie dans sa police, sape les fondements mêmes de l'assurance et pénalise la mutualité que constitue l'ensemble des assurés. » Rémi MOREAU, « La protection des consommateurs et l'assurance », (1996) 63 *Assurances* 563, 572.

12. En se référant aux travaux de Martin Höpner, le philosophe Axel Honneth écrit : « Dans une perspective plus interne aux entreprises, la révolution néo-libérale est décrite comme une expansion de la gestion d'entreprise orientée vers l'actionnariat, ce qui entraîne un accroissement de l'influence des actionnaires proportionnel au rétrécissement de celle des autres groupes prenant part aux activités des entreprises : « Le cours des actions reflète la valeur des entreprises à travers les lunettes de l'actionnaire et est aveugle à la valeur que les entreprises produisent pour tous les autres groupes qui y prennent part : pour les salariés, les banques, les régions, l'État, les sous-traitants, les acheteurs et les consommateurs » [réf. omise]. On a pu décrire ce capitalisme comme un "capitalisme actionnarial". » Axel HONNET, *La société du mépris*, Paris, La Découverte, 2006, p. 282.

13. Développement qui s'inscrit évidemment dans une optique plus globale au plan économique; l'effet est inévitable sur les assurances. En ce sens, et à titre d'exemple : « Les transformations des systèmes financiers dépendent fortement des formes prises par l'épargne des ménages. Or, le régime de basse inflation couplé aux évolutions démographiques dans les pays industrialisés a profondément modifié les formes prises par l'épargne, et cette tendance va aller en s'accroissant. En effet, le vieillissement des populations en Europe et plus généralement dans le monde occidental suscite des motivations d'épargne liées au cycle de vie, ce qui favorise l'épargne financière à visée longue. [...] Les principaux investisseurs institutionnels sont les sociétés d'investissement, les fonds de pension et les compagnies d'assurances. » Laurence SCIALOM, *Économie bancaire*, Paris, La Découverte, 2004, p. 15. Voir aussi pour une analyse plus directe du contrat d'assurance : Véronique NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, Paris, LGDJ, 1996, p. 16 et suiv.

3. La mutualité est d'abord une notion technique¹⁴ et en ce sens, elle devrait être plus objective que celle de la plus haute bonne foi ou de la moralité contractuelle¹⁵, bien qu'elle y soit parfois directement associée¹⁶. Or, la transformation importante du domaine assurantiel ces dernières décennies impose certains questionnements pour le juriste, questionnements qui sont, il est vrai, de nature politique et économique davantage que strictement juridique. Ceci, à notre point de vue, n'enlève rien à la pertinence de ces interrogations, surtout lorsque la notion de *mutualité* acquiert un rôle normatif. En ce sens, un auteur rappelle que :

Le caractère social du risque est subordonné à son inscription en dehors d'un marché concurrentiel. Le clivage est ainsi constitué par le débat entre une gestion par les assurances privées et une gestion par les organismes de sécurité sociale ou mutualités. Des logiques différentes président au fonctionnement de ces institutions. Il est ainsi traditionnel d'opposer la mutualité à l'assurance, en soulignant que la première repose sur la solidarité, une gestion démocratique et l'absence de lucre, tandis que la seconde poursuit but lucratif et profit.¹⁷

14. Au strict plan juridique, on lira avec intérêt la thèse de V. NICOLAS, *op. cit.*, note 13, p. 50 et suiv., qui démontre qu'à plusieurs égards, la mutualité peut être absente de la gestion des risques et qu'en ce sens, elle doit être distinguée du contrat d'assurance lui-même.

15. *Michaud c. Société mutuelle d'assurances générales du comté de Rivière-du-Loup*, J.E. 97-1108 (C.Q.).

16. « Vu le principe de mutualité, la simple bonne foi ne peut disculper un preneur qui aura mal décrit le risque, sa déclaration nécessitant "la plus haute bonne foi". » Patrice DESLAURIERS, *La déclaration précontractuelle de risque en droit québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 13. Également : « L'assureur doit au nom de la mutualité évaluer le risque à l'avantage de tous, de sorte que, contrairement aux contrats ordinaires, le contrat d'assurance doit se dérouler dans un contexte de la plus entière bonne foi. » Claude BELLEAU, *Droit des assurances : Recueil de textes*, Université Laval, 1973, p. 130. « Ce caractère abstrait de la bonne foi en assurance s'explique par la mutualité dont l'assureur a la charge. » D. LLUELLES, *op. cit.*, note 7, p. 31. « De plus, le contrat d'assurance étant fondé sur la mutualité, la simple bonne foi est insuffisante pour remédier au risque d'abus, et c'est l'ensemble des assurés qui peuvent être ainsi lésés. » Christiane DUBREUIL, « L'assurance : un contrat de bonne foi à l'étape de la formation et de l'exécution », (1992) 37 *R.D.McGill* 1087, 1092.

17. Florence MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, Paris, LGDJ, 2001, p. 249.

4. Apprécier, dès lors, le phénomène de la démutualisation face à la compréhension des obligations réciproques des parties au contrat d'assurance est nécessaire. Dans la mesure où l'on réfère au principe de mutualité, l'assuré d'une mutuelle doit-il être soumis aux mêmes règles et obligations contractuelles que celui d'une compagnie à but lucratif? La réponse semble évidente, mais il faut toutefois établir si la *mutualité* à laquelle le juriste réfère dans chacun de ces cas est la même.

5. Somme toute, la véritable question est de savoir si ce concept de mutualité est toujours présent en assurance, soit dans le contrat qui unit le preneur à l'assureur, et si c'est le cas, à quel titre et avec quelle ampleur. Ceci devrait éclairer les juristes quant à la valeur théorique contemporaine d'une telle justification normative. Si le concept de mutualité paraît toujours essentiel au fonctionnement de l'assurance (la loi des grands nombres au centre de la gestion des risques assurés), il est de moins en moins compris ou compréhensible pour l'assuré, dans la mesure où l'assurance tend désormais à prendre la forme exclusive d'une activité lucrative de financement. C'est ce qui ressort du constat d'érosion du concept de mutualité dans le monde assurantiel et de son impact sur le contrat d'assurance (3) dont le phénomène de démutualisation observé ces dernières années n'est qu'une illustration (2). Pour tenter de comprendre les effets de ces transformations sur le contrat d'assurance, il nous faut d'abord préciser ce à quoi réfère aujourd'hui le concept de mutualité (1).

1. LES DIFFÉRENTES DÉFINITIONS DU CONCEPT DE MUTUALITÉ

6. Présenter les différents sens que revêt à notre époque le concept de mutualité exige de garder à l'esprit le rôle, les aspects et les transformations qu'il a connus depuis plusieurs siècles. C'est pourquoi, sans prétendre refaire une étude historique de la mutualité, nous chercherons à faire ressortir cette dimension évolutive tout au long de notre étude¹⁸.

18. Pour une présentation plus approfondie de l'histoire de la mutualité, voir, par exemple, Jack A. FINGLAND, *An Introduction to the History of Life Assurance*, Londres, Ed. E.P. Dutton & Company, 1912; Pierre J. RICHARD, *Histoire des*

7. On retrouve le principe de mutualité autant au sein des compagnies d'assurances que des mutuelles d'assurances¹⁹. L'importante utilisation du terme est en quelque sorte proportionnelle au développement spectaculaire des assurances au cours des 50 dernières années. À cette présence récurrente du concept de mutualité, il faut ajouter désormais le phénomène de démutualisation. Nul doute que le preneur/assuré, à qui l'on demande de respecter le principe de mutualité en déclarant à son assureur tout ce qui est susceptible d'influencer l'évaluation du risque²⁰, soit quelque peu confus. Pour le juriste qui doit lui aussi donner un sens au contrat litigieux, apprécier le degré de respect d'un terme qui semble si malléable n'est pas une tâche aisée.

8. Pour mieux apprécier le rôle de la mutualité au sein des assurances et mieux cerner les conséquences de la démutualisation, il faut en préciser le cadre général. D'abord, une distinction fondamentale que l'on a trop tendance à négliger :

Le terme mutualité est particulièrement ambigu. Ce terme désigne indistinctement deux notions distinctes : d'une part une technique de répartition et de compensation des risques commune à toutes les entreprises d'assurances, quelle que soit leur forme; d'autre part une forme particulière de société d'assurances, dans laquelle les assurés sont en même temps des associés dits sociétaires.²¹

institutions d'assurance en France. Journal International des Assurances, Paris, Éditions de l'Argus, 1956; Michèle RUFFAT, Édouard VINCENT, Bernard LAGUERRE, *L'UAP et l'histoire de l'assurance*, Malesherbes, Éditions Jean-Claude Lattès, Maison des Sciences de l'Homme, 1990; Patricia TOUCAS -TRUYEN, *Histoire de la mutualité et des assurances. L'actualité d'un choix*, Paris, Syros, 1998; Alain PLESSIS, André STRAUS, « Le développement des assurances en Europe jusqu'au début de l'industrialisation », (2000) 68(1) *Assurances* 65-88; Martin PETITCLERC, « Une question de justice? Réforme assurantielle et tradition mutualiste au Québec (1890-1910) », [En ligne]. <http://afhe.ehess.fr/document.php?id=249> (consultée le 18 octobre 2008); Michel DREYFUS, Bernard GIBAUD, *Mutualités de tous les pays : un passe? riche d'avenir*, Paris, Mutualité? française, 1995.

19. Voir Kimberly M. INMAN, « The Mutual Holding Company : A New Opportunity for Mutual Insurance Companies? », (1997-1998) 42 *Saint Louis University Law Journal* 677-698. Voir également Alain TEMPELAERE, *Les mutuelles d'assurances en France et dans le monde*, Paris, Economica, 2001, p. 149.

20. Articles 2408 et 2409 C.c.Q.

21. Jean BIGOT, « Les différentes formes de sociétés d'assurances », dans François EWALD, Jean-Hervé LORENZI (dir.), *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1998, p. 198.

9. Ainsi, il y a la technique de gestion des risques d'un côté, et les entreprises d'assurances à but non lucratif de l'autre. Il est important de mieux décrire l'opposition entre technique de gestion des risques/forme d'entreprise, en soulignant qu'au sein même de la forme d'entreprise qui réfère strictement à l'intérêt des assurés — ce que l'on pourrait qualifier de mutuelles contemporaines — s'opère une certaine confusion quant au sens de la mutualité. En fait, on accorde désormais à cette dernière beaucoup moins d'importance qu'il n'y paraît. C'est ce qui ressort d'une étude historique sommaire des mutuelles d'assurances.

10. Au sein des mutuelles que nous pourrions aujourd'hui qualifier d'historiques, la mutualité désigne l'ensemble des mutualistes. Le mutualiste est à la fois assuré et assureur. Il fait partie de la collectivité envers laquelle il s'est engagé. La mutualité est dans ce cas un mode de gestion démocratique du risque fondé sur la solidarité entre les membres. Ces mutuelles se sont développées au moyen des sociétés de secours. La mutuelle peut alors être définie comme un mode de société d'entraide, dans lequel les membres paient une cotisation fixe dans le but de garantir une aide réciproque, et ce, sans discrimination sur les qualités des assurés. La mutualité, au sens historique ainsi définie, exclut la classification et la sélection des risques puisqu'elle fonctionne sur un modèle d'unicité des cotisations et en vue de la participation de tous aux bénéfices éventuels. Cette mutualité repose sur l'auto-gestion qui consiste pour les mutualistes, à la fois membres et sociétaires, à respecter des règles démocratiquement acceptées²². En conséquence, la logique de la mutualité historique réfute à la fois la gestion de l'assurance sociale par l'État et la logique lucrative des compagnies d'assurances privées. Elle suppose la participation et la contribution réelles des personnes mutualisées à la gestion de leurs risques. De telles sociétés de secours visaient la protection contre les coups du

22. P. TOUCAS-TRUYEN, *op. cit.*, note 18, p. 50, montre les limites de ces règles et des initiatives prises afin de les améliorer, même si les gestionnaires ont quelques fois péché par excès d'amateurisme. Voir aussi Caroline BRADLEY, « Demutualization of Financial Exchange : Business as Usual », (2001) 21 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 657.

sort face auxquels les membres étaient particulièrement vulnérables et démunis (misère, maladie, incendie, grêle). Ainsi, parce que la mutualité historique repose sur la solidarité collective, elle suppose des rapports humains étroits entre les membres²³. Bref, les mutualistes formaient un cercle relativement restreint et partageaient un sentiment d'appartenance communautaire. Par ailleurs, les sociétés de secours n'existaient pas seulement dans un but charitable²⁴, mais aussi en vue d'établir des relations humaines, au moyen de rencontres entre des personnes qui éprouvaient le même sentiment de vulnérabilité, combattant ainsi leurs craintes. La mutualité historique est donc un amalgame à la fois d'intérêts collectifs et d'autres valeurs telles l'amitié, la solidarité ou la fraternité.

11. La solidarité se présente ainsi comme la pierre angulaire des pratiques mutualistes historiques. C'est elle qui fonde les principes de tarification fixe et unique ou d'exercice démocratique du pouvoir ou encore d'égalité entre les mutualistes²⁵. Cependant, soumises à la rudesse de la concurrence, à la désuétude de leur fonctionnement empirique, à la lutte contre la sélection adverse ou l'aléa moral et les transformations survenues dans le monde des assurances²⁶, les mutuelles historiques ont progressivement adopté les nouvelles méthodes scientifiques et économiques de gestion des risques. L'une des principales transformations du passage des mutuelles historiques aux mutuelles contemporaines réside dans l'adoption

23. Par exemple, les mutualistes s'assistaient en cas de deuil ou organisaient des grandes fêtes entre eux pour éviter toute dérive bureaucratique à la gestion de leur collectivité. Toutes ces pratiques vont s'estomper au début du XX^e siècle. Voir P. TOUCAS-TRUYEN, *op. cit.*, note 18, p. 49-50.

24. Si la solidarité est assimilée à la charité, c'est souvent parce qu'elle a une connotation religieuse (catholique). Voir l'étude de Philippe CHANIAL, *Justice, don et association*, Paris, La Découverte, 2001, p. 303-325, qui rapporte que les actes de charité existaient avant d'être encouragés par l'Église. En ce sens, l'assurance se présente comme l'exemple parfait de la *socialidarité* dont faisait mention l'auteur de politique-fiction Guido Morselli et qui avait pour but de remplacer sous une forme politique moderne la charité chrétienne. Voir Guido MORSELLI, *Rome sans pape, chroniques romaines de la fin du XX^e siècle*, Paris, Gallimard, 1974.

25. Voir P. TOUCAS-TRUYEN, *op. cit.*, note 18, p. 171.

26. Voir P. TOUCAS-TRUYEN, *op. cit.*, note 18; A. TEMPELAERE, *op. cit.*, note 19; Hervé MAUROY, *La mutualité en mutation, les pratiques solidaristes en question*, Paris, L'Harmattan, 1996.

des procédés complexes d'évaluation du risque²⁷. La mutualité contemporaine a dû, dans une large mesure, abandonner la cotisation à taux fixe qui fut longtemps l'une de ses spécificités²⁸. Désormais, tant les mutuelles que les compagnies cherchent à analyser le maximum de renseignements disponibles sur l'assuré avant de lui accorder un contrat d'assurance, s'inscrivant de ce fait dans la pratique *moderne* de l'activité assurantielle fondée principalement sur le traitement de données²⁹. Il s'agit d'un changement de philosophie quant à la mutualité. En ce sens, un auteur écrivait :

À l'inverse, l'assurance commerciale s'était développée en dissociant complètement la dimension sociale de la dimension économique de l'assurance, ce qui lui avait d'ailleurs valu d'être critiquée pour sa participation à la désacralisation de la vie humaine par le marché. Mais, une fois les résistances vaincues, l'assurance présente le modèle même de l'administration bureaucratique moderne et de la « politique des grands nombres ». En effet, l'assurance a trouvé, par la science actuarielle, une base scientifique qui lui permet de réclamer un pouvoir considérable dans la société contemporaine : « On ne sait pas assez, rappelle François Ewald, que le grand événement politique des deux derniers siècles a sans doute été l'application du calcul des probabilités au gouvernement de la société » [Réf. omise]. En faisant cela, la « technologie de l'assurance »

27. Souignons qu'au Québec, depuis le 6 juin 2002, aucune personne morale ne peut être constituée pour pratiquer des secours mutuels en vertu de l'article 94 de la *Loi sur les assurances*, L.R.Q., c. A-32. De plus, selon l'article 107 de cette même loi, « [s]eules les sociétés de secours mutuels peuvent employer, dans leur nom ou dans le cadre de leurs activités, les mots "société de secours mutuels", sauf dans la mesure déterminée par règlement du gouvernement ».

28. Voir H. MAUROY, *op. cit.*, note 26, p. 155-194.

29. Sur l'impact en matière de génétique : François EWALD, « Génétique et assurance », (1999) 3 *R.G.D.A.* 539-555; Michael HOY, Matthias POLBORN, « The Value of Genetic Information in the Life Insurance Market », (2000) 78 *Journal of Public Economics* 235; Marcus RADETZKI, Marian RADETZKI, Niklas JUTH, *Genes and Insurance: Ethical, Legal and Economic Issues*, Cambridge Law, Medicine and Ethics, Cambridge University Press, United Kingdom, 2003; Trudo LEMMENS, « Genetics and Insurance Discrimination: Comparative Legislative, Regulatory and Policy Developments and Canadian Options », (2003) *Health Law Journal* 41; Bartha Maria KNOPPERS « Genetics and Life Insurance in Canada: Points to Consider », (2004) 170 *CMAJ* 9; Trudo LEMMENS, Yann JOLY, Bartha Maria KNOPPERS, « Génétique et assurance-vie: analyse comparative », (2004) *GenEdit* 1-13; Béatrice GODARD, Mireille LACROIX, Bartha Maria KNOPPERS, « "Warning Patients" Relatives of Genetic Risks: Policy Approaches », (2005) *GenEdit* 1-8.

donnait effectivement des moyens considérables à l'État moderne pour intervenir dans la société. Mais cela ne pouvait se faire qu'en transférant le problème de la solidarité d'une pratique de l'entraide communautaire, dans laquelle puisait largement le mouvement mutualiste, à une logique technocratique des grands nombres. La technologie de l'assurance participait, ainsi, à une transformation fondamentale des rapports entre la société civile et l'État. Considérant cela, on peut facilement comprendre que la mutualité ait été rapidement absorbée par la logique assurantielle. Il faut d'ailleurs prendre en considération que la mutualité et l'assurance commerciale sont de plus en plus en compétition sur le « marché » de la protection des travailleurs nord-américains. Conséquemment, la mutualité traditionnelle, avec sa gestion approximative des risques, est perçue comme un obstacle au développement d'un marché national de l'assurance. La solution consiste donc à appliquer les principes de la science actuarielle qui permettent de calculer le « prix coûtant » de la protection, sans quoi l'expansion d'un marché de l'assurance hors les classes moyennes et bourgeoises est tout simplement impossible³⁰.

12. Dans un tel contexte, la distinction entre mutualité et compagnie d'assurances au plan du fonctionnement contractuel s'avère ténue.

13. Aussi, bien qu'elles ne reposent plus sur les mêmes principes que les mutuelles historiques, les mutuelles contemporaines ont gardé l'appellation de mutuelle. En fait, les mutuelles contemporaines désignent des sociétés de personnes dont le fonctionnement s'appuie sur un ensemble spécifique de principes qui le distingue encore des compagnies d'assurances³¹. Il s'agit notamment du but non lucratif, de la propriété collective des assurés, de l'exercice démocratique du pouvoir, de l'absence de capital social et de l'égalité des sociétaires. Ces particularités justifient encore l'appellation de mutuelle³². En effet, certains aspects de la mutualité traditionnelle sont restés présents dans les mutualités

30. Martin PETITCLERC, « État libéral, société civile et mutualité au Canada au XIX^e siècle », dans *Les solidarités 2 : du terroir à l'État*, Maison des sciences de l'homme d'Aquitaine, 2001, 59, p. 67.

31. *Loi sur les assurances*, L.R.Q., c. A-32.

32. Voir P. TOUCAS-TRUYEN, *op. cit.*, note 18, p. 181.

contemporaines malgré les changements opérés au fil des ans³³. Dans les mutuelles contemporaines, il demeure en général important d'éviter toute dérive vers une visée purement économique. La mutualité, en ce sens, continue de chapeauter le contrat entre preneur/assuré et assureur. Elle donne au contrat d'assurance une double dimension, à la fois intéressée et désintéressée. La mutualité renvoie réellement ici à l'ensemble des assurés, à leur collectivité et leur qualité d'assurés et de sociétaires. Les membres étant à la fois mutualistes et codétenteurs de la société d'assurances, ils sont, en principe, moins enclins à œuvrer pour leur intérêt individuel dans la mesure où cet intérêt est lui-même dilué dans celui de la communauté. Selon cette conception, la mutualité constitue donc, au plan juridique — en théorie à tout le moins — un vecteur à la fois d'obligations et de sens. Elle demeure volontaire et manifeste l'appartenance à la société.

14. Signalons cependant que si l'égalité des sociétaires est considérée comme un principe, elle est appliquée avec des exceptions ou de manière adaptée. Ainsi, elle « implique simplement que pour deux sociétaires présentant exactement les mêmes caractéristiques, la tarification sera identique »³⁴. On est alors plus près d'un principe assurantiel moderne que de celui des mutuelles traditionnelles. De plus, les mutuelles contemporaines oscillent aujourd'hui entre un taux variable (la norme) et un taux fixe (l'exception). En outre, ces principes sont dorénavant qualifiés dans la doctrine de principes d'équité et non plus de solidarité chère aux mutualités historiques³⁵.

15. En conséquence, le terme mutualité revêt aujourd'hui trois sens distincts :

1. Il peut être considéré comme un *principe de répartition des pertes* en assurance, mais aussi en matière de faillite et dans différents groupes d'entraide. À titre de système de répartition des pertes, historiquement, la mutualité précède l'assurance

33. H. MAUROY, *op. cit.*, note 26, p. 170 et 185.

34. Voir A. TEMPELAERE, *op. cit.*, note 19, p. 21.

35. *Id.*, p. 13; P. TOUCAS-TRUYEN, *op. cit.*, note 18, p. 171. L'auteure affirme, page 172, que « les compagnies d'assurances instaurent une tarification différenciée [...] au nom de l'« équité actuarielle », antithèse absolue de la solidarité ».

et révèle le besoin des humains en certaines circonstances de se grouper pour pallier la survenance d'événements nuisibles³⁶. Cette forme de mutualité est à la base de toutes les mutuelles, des mutuelles d'assurances et aussi des compagnies d'assurances. Il s'agit en somme de la gestion des risques qui prendra en compte de manière plus ou moins importante la solidarité entre les assurés selon le but recherché de l'entreprise, soit le profit des actionnaires ou encore — avec toutes les nuances possibles entre ces deux extrêmes — la mise en commun d'un service de protection.

2. La mutualité est ensuite une « ancienne forme » d'assurance dans laquelle chacun payait *la même prime* au nom des principes d'entraide et de solidarité souvent motivés par des motifs d'ordre religieux. En ce sens, la mutualité renvoie à un organisme « qui cherche à respecter autant que possible les règles solidaristes : institution d'une tarification non discriminante [...], non instauration de mécanismes restrictifs non tarifaires [...] — mise en place d'un seul régime de couverture »³⁷. De telles organisations s'opposaient à la tarification discriminante et aux propositions de plusieurs niveaux de couvertures³⁸, soit celles que l'on retrouve aujourd'hui dans les entreprises d'assurances à capital social ou mutualisées.

3. La mutualité renvoie enfin à une forme « moderne » de société d'assurances à but non lucratif qui applique tous les principes assurantiels découlant des mathématiques actuarielles, mais qui n'est pas une société par actions³⁹. La gestion des risques se fait alors sans visée lucrative.

36. Alain GUERREAU, « L'Europe médiévale : une civilisation sans la notion de risque », (1997) 31 *Risques* 11; Alain PLESSIS, André STRAUS, « L'essor des assurances dans l'Europe du XIX^e siècle », (2001) 69(2) *Assurances* 201-228; A. PLESSIS, A. STRAUS, *op. cit.*, note 18; Jacques ST-PIERRE, Diane ST-PIERRE, « L'assurance de personnes au Québec depuis 1930 », (2002) 70(1) *Assurances* 51-71; Jean DELUMEAU, *Rassurer et protéger. Le sentiment de sécurité dans l'Occident d'autrefois*, Paris, Fayard, 1989.

37. H. MAUROY, *op. cit.*, note 26, p. 83-84.

38. *Id.*, p. 84.

39. À titre d'exemples, les mutuelles suivantes exercent au Québec : Promutuel, La Capitale, La SSQ Financial Group et évidemment le Mouvement Desjardins. Voir spécifiquement en ce qui concerne Desjardins, Daniel CÔTÉ (dir.), *Les holdings coopératifs. Évolution ou transformation définitive?*, Bruxelles, Éd. De Boeck, 2001, p. 309 et suiv. Voir également, Paul MORENCY, *Alphonse Desjardins et le Catéchisme des caisses populaires*, Québec, Septentrion, 2000. Voir aussi les études très riches de M. PETITCLERC, *op. cit.*, note 18; Martin PETITCLERC, « L'assurance mutualiste,

16. Il semble que les juristes réfèrent généralement à la première forme de mutualité, soit le principe de répartition des pertes entre les assurés. Or, ces distinctions subtiles ne permettent pas, loin s'en faut, la bonne compréhension du contractant qu'est le preneur, d'autant plus que la financiarisation croissante du domaine de l'assurance depuis la fin du XX^e siècle tend à transformer ce mode de gestion des sinistres en processus de création de bénéfices pour les actionnaires. Par conséquent, demander à l'assuré de respecter la mutualité alors que son vis-à-vis contractuel est un géant financier dont les activités dégagent d'importants profits année après année⁴⁰ s'avère trop souvent un argument sinon fallacieux, à tout le moins peu convaincant. Tout ceci, sans compter l'impact du phénomène de démutualisation.

2. LE PHÉNOMÈNE CONTEMPORAIN DE DÉMUTUALISATION

17. La démutualisation est l'un des reflets importants de la mutation du lien unissant les assurés⁴¹. La démutualisation est un processus qui consiste à transformer le régime de propriété d'une compagnie mutuelle (c'est-à-dire appartenant

l'assurance commerciale et la grande entreprise dans la prise en charge du risque maladie au 20^e siècle au Québec », dans Dominique ASSAYAG, François GUEDJ, Michel PINAULT, Patricia TOUCAS-TRUYEN (dir.), *L'approche mutualiste de la santé en Europe. Actions de prévention et services à la personne*, Paris, Alternatives économiques, 2005, p. 73-83; Martin PETITCLERC, « La riante bannière de la démocratie : les sociétés de secours mutuels québécoises au 20^e siècle », (70, 1, avril 2002) *Revue Assurances*, p. 73-92.

40. Ou encore est une structure économique en proie à la tourmente des marchés financiers, ce qui ne constitue au plan du fonctionnement de l'entreprise, il faut bien le reconnaître, que le revers de la même médaille capitaliste.

41. « La perte de repères est en grande partie à l'origine de la volonté de démutualisation d'une société. Lorsque les dirigeants n'ont plus pour priorité la "member value", cet attachement étroit et personnel aux sociétaires, lorsque le sentiment d'appartenance s'est dilué, il est alors normal que les sociétaires préfèrent recevoir un chèque de démutualisation et que les dirigeants soient tentés de faire passer l'intérêt de la société, voire leur propre intérêt, avant celui des sociétaires. Recherchée dans le cadre de la compétition économique, l'accroissement de la taille peut, à certains égards, constituer un danger en raison de l'affaiblissement naturel des liens entre la mutuelle et ses sociétaires, ainsi que des risques de concentration de pouvoir au profit de certains délégués ou de dérivés technocratiques. Une distance considérable peut ainsi s'instaurer entre les décideurs économiques et les "vrais" propriétaires que sont les sociétaires. » Jean-Jacques ROY, « L'avenir des mutuelles passe-t-il par la démutualisation? », (2003) 54 *Risques* 111, 113.

aux souscripteurs) pour en faire une compagnie à capital-actions (c'est-à-dire appartenant à ses actionnaires). En contrepartie des droits de propriété et de la participation des souscripteurs, on attribuera des avantages offerts sous forme d'actions ou de dividendes. La démutualisation est généralement totale bien qu'elle puisse être partielle.

18. On retrouve la démutualisation totale dans la grande majorité des pays occidentaux, principalement aux États-Unis, en Grande-Bretagne, de même qu'au Canada. Les motifs d'un tel recours varient peu et se résument pour l'essentiel à la recherche de financement, au besoin d'expansion ou encore à la férocité de la concurrence⁴². Dans leur étude, David Mayers et Clifford W. Smith Jr. ont démontré que les coûts de gestion dans les mutuelles d'assurances peuvent être plus importants que ceux des compagnies, notamment lorsqu'elles exercent leurs activités dans un secteur plus propice aux compagnies d'assurances ou lorsque cette activité comporte d'importants coûts d'occasions « *associated with foregone investments arising because of higher incremental capital cost inherent in the mutual or reciprocal forms of ownership* ». Ces auteurs précisent que « *these costs can in particular circumstances offset the advantage mutual ownership affords in controlling incentives to transfer wealth from policyholders to equity holders* »⁴³. Les principaux motifs de démutualisation reposent autant sur la recherche du financement et de croissance du capital en vue des investissements, que sur l'adaptation et la modernisation de la mutuelle. Elle

42. Voir à cet égard C. BRADLEY, *op. cit.*, note 22, p. 669, qui cite un ensemble de raisons auxquelles les mutuelles ont recours. L'auteure mentionne aussi que certaines compagnies utilisent de manière paradoxale, comme argument de la démutualisation, le profit qui pourrait en résulter pour les mutualistes. Voir aussi Edward X. CLINTON « The Rights of Policyholders in an Insurance Demutualization », (1992) 41 *Drake Law Review* 657-704, 666 et suiv. Pour ce dernier, les raisons de la démutualisation se résument à des motifs économiques. D'autres auteurs mettent en relief ces mêmes raisons. Voir David MAYERS, Clifford W. SMITH Jr., « Ownership Structure and Control: Property-Casualty. Insurer Conversion to Stock Charter », (2002) 21 *Journal of Financial Services Research* 117, 123; Harry D. GARBER, « Demutualization—Wave of the Future or a Passing Fad? », (1986) *Journal of the American Society of CLU*, March, 1986/Vol. XL, No. 2, p. 59; Janet EHRENREICH BELKIN, « Demutualization: To Do or Not to Do », dans *Annual Meeting of American Bar Association*, Chicago, Illinois, American Bar Association, 1984, p. 326-341.

43. D. MAYERS, C. W. SMITH Jr., *op. cit.*, note 42, p. 117.

permettrait ainsi une plus grande flexibilité⁴⁴. Certains s'interrogent toutefois sur la pertinence des motifs généralement invoqués⁴⁵. Quoi qu'il en soit, un élément important lié à l'existence de la mutuelle est ainsi occulté : il s'agit des caractères secondaires et conditionnels de la recherche du profit dans les mutuelles contemporaines. Rappelons que les compagnies d'assurances et les mutuelles d'assurances évoluent en principe selon des philosophies économiques différentes. Paradoxalement, c'est pour des raisons liées à la rentabilité et, à la recherche de profit qu'on démutualise.

19. Certains pays ont résisté plus facilement à la pression démutualiste par le recours à la démutualisation partielle⁴⁶. Elle permet l'accès aux marchés des capitaux en conservant partiellement l'optique désintéressée à la base de la création des mutuelles. Néanmoins, un tel choix ne va pas sans créer de nombreux embarras liés à la gestion de la compagnie qui en résulte ou aux divers droits entre les actionnaires, les dirigeants et les souscripteurs devenus actionnaires⁴⁷. Puisque le propos de cette étude n'est pas l'analyse comparée des diverses formes de groupements d'assurés, mais bien la critique de la confusion qui entoure la référence au concept de mutualité dans la régulation du contrat d'assurance, il importe de s'arrêter sur le rôle réservé aux mutualistes et sur la possibilité pour eux de saisir les enjeux d'une telle

44. J.-J. ROY, *op. cit.*, note 41.

45. Voir l'analyse de Betty M. HO, « Demutualisation of Organized Securities Exchanges in Hong Kong: The Great Leap Forward », (2002) 33 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 283. L'auteure démontre que la décision de démutualiser certaines entreprises à Hong Kong était dénuée de toute logique. D'autres soulignent que ce foisonnement est peut-être moins une véritable solution d'avenir qu'une simple lubie; voir Harry D. GARBBER, *op. cit.*, note 42.

46. Phénomène observé aux Pays-Bas, par exemple, où l'on parle de « mutuelle en actions ». Voir A. TEMPELAERE, *op. cit.*, note 19, p. 119. L'auteur note que cela permet d'éviter la démutualisation complète. Dans le même ordre d'idées : « Certaines législations, comme aux États-Unis, mais aussi en Autriche, prévoient, à côté de dispositifs de démutualisation pur et simple, des formules plus souples, telles les *mutual holding companies*, structure regroupant banques, sociétés de gestion et assureurs. Dans ce type de structure, les sociétaires originaux restent propriétaires à 51 %, par le biais de droits de souscription. La mutuelle est démutualisée et le holding devient propriétaire à 100 % des actions non souscrites. Une telle formule peut s'assimiler à une démutualisation partielle. » J.-J. ROY, *op. cit.*, note 41, p. 111.

47. Des auteurs se demandent s'il faut y voir une occasion de survie pour la mutuelle. Voir K. M. INMAN, *op. cit.*, note 19; A. TEMPELAERE, *op. cit.*, note 19, p. 145 et suiv.

transformation. Ceci contribuera, à notre avis, à mettre en évidence le glissement de sens — si ce n'est la perte de sens — qui affecte le concept de mutualité.

20. Pour des raisons économiques évidentes liées au nombre élevé des souscripteurs-propriétaires, ceux-ci ne peuvent tous devenir actionnaires en cas de démutualisation. La solution consiste alors à leur verser diverses compensations en contrepartie de leur qualité de propriétaires⁴⁸. Le processus de changement ne semble pas propice à la compréhension par les mutualistes des enjeux et de la légitimité des motifs de la décision⁴⁹. Dans plusieurs cas, il semble que ces motifs n'aient pas été suffisamment expliqués aux membres et que « *the paper position are more promotional documents than discussion papers*⁵⁰ ». Sans compter que les mutualistes ne disposent pas toujours du temps nécessaire leur permettant de préparer une véritable offensive, de former des groupes de réflexion ou des coalitions, de trouver des moyens financiers et des experts en vue de répliquer valablement aux propositions. Dans ce contexte, il est légitime de se demander à qui appartient⁵¹ la mutuelle et à qui profite réellement la démutualisation lorsque les membres ne votent pas en toute connaissance de cause⁵².

48. Voir, par exemple, http://www.ins.state.ny.us/life/demut/pho_dupd.pdf (13 octobre 2008); de même que <http://www.ins.state.ny.us/life/demut/metlife.pdf> (13 octobre 2008).

49. M. PETITCLERC, *op. cit.*, note 39 (2002), p. 74, écrit : « Un constat semble s'imposer : face à la rapidité impressionnante de la démutualisation, le sentiment mutualiste apparaît globalement très peu enraciné au Québec. Et si certaines résistances se manifestent, les compensations financières que versent les nouvelles compagnies à capital actions aux anciens mutualistes permettent visiblement d'en atténuer les effets ». Rappelons également qu'aussi intéressants que puissent être les indemnités et dédommagements, il ne s'agit pas seulement de la perte de la qualité de propriétaire, mais plus encore, du fruit d'efforts communs et du désir de construire une société qui favorise l'égalité, l'exercice démocratique du pouvoir et la propriété collective.

50. Voir B. M. HO, *op. cit.*, note 45.

51. Peter KEATING, « Money, Whose Company Is It, Anyway? », *Proquest*, New York, Oct. 1998, vol. 27, n° 10.

52. « À l'heure des grands mouvements de démutualisation, amorcés depuis une décennie, il n'est pas inutile de signaler, malgré tout, que les mutuelles demeurent un terrain fertile de la relation client. [...] Les mutuelles sont largement présentes sur les critères d'empathie ou de proximité, d'information et de conseils clairs et de plus-value dans les services. » Rémi MOREAU, « Faits d'actualité », (2005) 72 *Assurances* 681, 687. De manière plus insidieuse : « [...] je voudrais revenir sur l'analyse

21. Dans le contexte nord-américain⁵³, les mutuelles se font de plus en plus rares et les lois n'exigent qu'un contrôle de forme⁵⁴, encourageant ainsi la démutualisation des mutuelles d'assurances⁵⁵. L'exception notable de Desjardins qui continue encore aujourd'hui à redistribuer les bénéfices aux souscripteurs et qui conserve un esprit mutualiste⁵⁶ contribue en quelque sorte — et d'autant plus dans le contexte d'opposition bancassurance/caissassurance — au flou qui entoure le principe de mutualité. Dans un tel contexte idéologique, économique et juridique, un contrat conclu avec Desjardins implique-t-il de la part du preneur un plus grand respect de la mutualité? Si la complexité liée à l'interprétation juridique des divers

des raisons pour lesquelles une société mutuelle se transforme en société anonyme. La première raison, évidente, est le financement. [...] La deuxième raison est la restructuration. [...] Troisième raison — ou plutôt codicille — les dirigeants de société anonyme, lorsque leur entreprise marche bien, ont droit à des stocks options souvent fructueux. En revanche, un dirigeant d'une mutuelle qui a bien fonctionné ne reçoit, pour toute récompense de ses efforts, qu'un "bel objet d'art à la fin de sa carrière". » F.F.S.A., « Causes et enjeux de la démutualisation », (1997) *Les Entretiens de l'assurance* 1-13, p. 9.

53. Gerald GOLDSTEIN, *Projet de loi c-59: loi modifiant la loi sur les sociétés d'assurances — les enjeux*, 1998. Il est intéressant de noter que dans la description des exemples de mutuelles internationales, seuls les États-Unis sont pris en compte.

54. Il suffit pour s'en convaincre d'analyser les motifs de rejet qui se résument souvent à rappeler que la démutualisation est permise par la loi. Or, dans ce contexte, il n'est nullement pris en compte des aspirations, des efforts et des valeurs dont la mutualisation n'est que la réalisation et l'aboutissement. Toute chose qui n'aide pas à la compréhension de la (dé)mutualisation. Voir « Opinion and Decision of Gregory V. Serio, Superintendent of Insurance », in *The Matter of the Plan of Reorganization of Pheonix Home Life Mutual Insurance Company from a Mutual Life Insurance Company into a Stock Life Insurance company*, State of New York Insurance Department, June, 1, 2001, p. 17. Voir aussi http://www.ins.state.ny.us/life/demut/pho_dupd.pdf (13 octobre 2008); Neil D. LEVIN, *Superintendent of Insurance In the Matter of the Plan of Reorganization of the The Metropolitan Life Insurance Company from Mutual Life Insurance Company into a Stock Life Insurance Company*, State of New York Insurance Department, April, 4, 2001, p. 16-18; <http://www.ins.state.ny.us/life/demut/metlife.pdf> (13 octobre 2008).

55. Dans le cas du Canada, un certain nombre de mesures visent à protéger les intérêts des souscripteurs de police, y compris l'exigence d'avis d'experts indépendants sur la sécurité des polices des souscripteurs et sur l'équité de la répartition de la valeur de la société parmi les souscripteurs de police admissibles.

56. Daniel CÔTÉ, « Le Mouvement des caisses Desjardins : holding coopératif à la croisée des chemins », dans Daniel CÔTÉ (dir.), *Les holdings coopératifs. Évolution ou transformation définitive?*, Bruxelles, Éd. De Boeck, 2001, p. 309 et 327. Malgré la spécificité de l'esprit coopératif qui caractérise encore le Mouvement Desjardins, l'auteur estime qu'en raison de sa taille et de son accroissement constant, Desjardins est également menacé par les tensions que connaît aujourd'hui le marché.

contrats d'assurances impose évidemment une réponse négative, le recours récurrent que font les juristes au principe de la mutualité laisserait pourtant croire le contraire. Ceci contribue, là encore, à vider la mutualité de son sens.

22. Pour les partisans de la démutualisation, la croissance et la modernisation s'entendent au détriment de l'idée de solidarité, voire de mutualité⁵⁷. L'enjeu aujourd'hui est justement de savoir si la mutuelle est capable de croissance⁵⁸, si elle est susceptible de fonctionner à l'échelle planétaire. Dans la mesure où une telle perspective est envisageable, il faut reconnaître qu'il paraît difficile de concilier l'exigence de proximité et de solidarité avec le caractère diffus des membres à l'échelle internationale⁵⁹. Plusieurs autres questions peuvent encore être posées : le marché auquel les mutuelles s'adressent existe-t-il encore ? Est-ce que la mutualité n'était pas vouée à disparaître avec l'avènement de la société de consommation de masse ? Et la consommation généralisée de l'assurance impliquant l'anonymat, l'égoïsme et l'intérêt, est-elle uniquement possible pour certaines catégories d'assurés de se réunir selon le modèle de la mutualité⁶⁰ ?

57. Voir C. BRADLEY, *op. cit.*, note 22, p. 671, où l'auteure affirme en citant le NYMEX, que la démutualisation est « *indicative of the progressive and innovative manner in which we will proceed as a profit corporation to reposition the exchange as a 21st-century business enterprise that will create and pursue profitable new opportunities.* »

58. Miguel Angel MARTINEZ, « The Organization of Insurance Companies: Mutuals Demutualization and Beyond. Comments on Paper by A. Henniquin and P. Peugeot », (2001) 26(3) *The Geneva Papers on Risk and Insurance* 327.

59. Certains soulignent toutefois qu'au contraire, l'assurance tend à s'éloigner de son but premier de protection contre les risques de l'existence, pour prendre de plus en plus la forme d'une solidarité, plus ou moins publique selon les besoins : « D'ailleurs, avant l'institution de la Sécurité sociale en France au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, c'est à des *assurances sociales* que les salariés avaient recours pour se protéger. L'on voit bien cependant, si l'on met à part le cas de l'assurance maladie, laquelle effectivement a pour but de protéger l'assuré contre un des aléas de la vie, que c'est moins la notion de risque qui est aujourd'hui mise en avant que celle de solidarité et de justice sociale, ce qui s'éloigne du concept originel d'assurance. La distinction entre assurance et solidarité n'est cependant pas infranchissable; on observera en effet que de nombreuses entreprises d'assurances se sont constituées sous forme mutualiste, de sorte qu'il existe une parenté réelle entre ces deux ordres de préoccupations. » Claude JESSUA, *Le capitalisme*, 2^e éd., Paris, PUF, 2004, p. 78.

60. Voir, par exemple, Bernard DESCHAMPS, « La Mutuelle des municipalités du Québec — une réponse au déséquilibre », (2005) 72(4) *Assurances* 661.

23. Face à ces multiples interrogations, il est important de garder à l'esprit que la vague de démutualisation que connaissent aujourd'hui les mutuelles ne constitue qu'un retour du balancier, puisque les XIX^e et XX^e siècles ont été traversés par de vastes mouvements de mutualisation, c'est-à-dire la transformation des sociétés anonymes en société de personnes⁶¹. En ce sens, la démutualisation pourrait ne pas être la panacée annoncée⁶² et ne constituer qu'un effet de mode⁶³. Des auteurs se demandent s'il est possible de préserver une dimension solidariste dans un environnement économique dominé par le capitalisme et la mondialisation⁶⁴. De manière générale, les transformations du concept de mutualité mettent de l'avant le dilemme entre la solidarité, le sélectionnisme et la recherche du profit dans l'univers de la couverture du risque. Selon certains, on oublie trop souvent que la mutualité vise à construire le lien social, qu'au centre de la mutualité, il s'agit de la protection de l'humain par la construction d'un lien social⁶⁵, et non l'unique prise en compte de la valeur marchande de ses craintes⁶⁶. Tout ceci ne

61. A. TEMPELAERE, *op. cit.*, note 19, p. 162. Pour le Canada de manière précise, voir Robert PARIZEAU, « Le marché de l'assurance et de la réassurance au Canada : quelques aspects de son évolution », (2002) 70(1) *Assurances* 3; J. ST-PIERRE, D. ST-PIERRE, *op. cit.*, note 36.

62. « [...] les changements sont importants. La pression des actionnaires est très forte et implique un *reporting* puissant. [...] Sur le plan des objectifs financiers, nous sommes toujours dans une approche de long terme (puisque l'on me demande d'augmenter la valeur de l'*embedded value*), à laquelle s'est ajoutée une exigence de court terme (les dividendes). Il est vrai que nous pouvons un jour être nous-mêmes rachetés, ce qui change par rapport au confort des mutuelles : cela fait peser un certain stress sur le personnel. » FÉDÉRATION FRANÇAISE DES SOCIÉTÉS D'ASSURANCES, « Causes et enjeux de la démutualisation », (1997) *Les Entretiens de l'assurance* 1-13, p. 5.

63. B. M. HO, *op. cit.*, note 45.

64. P. TOUCAS-TRUYEN, *op. cit.*, note 18, p. 179, rappelle que la mutualité relève d'une logique différente; aussi, « avant d'être un mouvement, le mutualisme s'est pratiqué à l'intérieur de petites structures, nées du besoin de résoudre communautairement des problèmes individuels. » Voir aussi H. MAUROY, *op. cit.*, note 26, p. 195 et suiv.

65. Le rappel est énoncé par P. TOUCAS-TRUYEN, *op. cit.*, note 18, p. 183 et suiv.

66. Antoine HENNIQUIN, Patrick PEUGEOT, « The Organization of Insurance Companies : Points for Discussion on Mutuals, Demutualization and Beyond », (2001) 26(3) *The Geneva Papers on Risk and Insurance* 325; H. MAUROY, *op. cit.*, note 26, p. 197 et suiv. Signalons que même un mouvement comme Desjardins ne semble pas à l'abri de telles critiques; René CROTEAU, *Le Mouvement Desjardins, 1997-2003 : Un patrimoine coopératif défiguré et dénaturé*, Québec, Éd. Multimondes, 2003.

peut que se répercuter sur la perception et l'interprétation du contrat d'assurance⁶⁷; si la mutualité ne parvient plus à se définir elle-même, comment les juristes arrivent-ils à lui donner un sens lorsque vient le moment de lui faire jouer un rôle normatif?

3. L'ÉROSION DE LA MUTUALITÉ DANS LE CONTRAT D'ASSURANCE

24. Un changement s'opère au sein même du rapport assuré/preneur-assureur. Pour les compagnies d'assurances par actions, inévitablement, l'intérêt de l'assuré s'oppose à celui des actionnaires. Le gain de l'un ne peut que représenter la perte de l'autre. Le lien est d'abord économique et *actuariel*⁶⁸. C'est pourquoi il est possible de nos jours de soutenir que « la relation entre principe d'égalité et règle de sélection est de pure logique »⁶⁹. La sélection des risques est dorénavant présentée comme une nécessité. En réalité, tout est question de perspective historique, puisque la prime fixe paraissait tout aussi logique aux yeux des mutualistes traditionnels⁷⁰. Dans le contexte contemporain de segmentation des risques et des primes⁷¹, les assurés, non seulement n'ont pas le sentiment d'appartenir à un cercle ou une collectivité avec laquelle ils auraient un quelconque lien, mais encore, ils ne perçoivent plus cet aspect fondamental de la mutualité qu'est la répartition des risques sur l'ensemble des assurés. Le processus est trop abstrait, technique, noyé de plus dans le phénomène de la mondialisation de l'économie. Il faut ajouter à ce constat la

67. Harold SKIPPER, « Why Do They Dislike Us? », (2005) *Geneva Association Information Newsletter — Insurance Economics*; Marc GUILLAUME, « Les jeux de l'assurance et du hasard », (2005) 53 *Risques* 24.

68. Sur le rôle et l'évolution de l'actuariat, voir le « dossier » dans Jean BERTHON, « Risques et solutions. Actualités de l'actuariat », (2006) 67 *Risques* 15-61.

69. François EWALD, « Les valeurs de l'assurance », dans François EWALD, Jean-Hervé LORENZI (dir.), *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1998, p. 399 et 418.

70. Voir Ph. CHANIAL, *op. cit.*, note 24, p. 296; P. TOUCAS-TRUYEN, *op. cit.*, note 18, p. 29 et suiv., quant à elle, insiste sur l'aversion des sociétés de secours pour les pratiques de sélection. Voir aussi M. PETITCLERC, *op. cit.*, note 18.

71. Quant à la tendance actuelle à la segmentation des risques et aux impacts sur la tarification, voir Luc MAYAUX, « Aspects juridiques de l'assurabilité », (2003) 54 *Risques* 72.

mauvaise presse dont les compagnies d'assurances font l'objet⁷². L'exigence de confiance et de sympathie qui caractérisait et qui justifiait la mutualité n'existe à peu près plus dans les sociétés par actions. En effet, le contrat d'assurance est plutôt caractérisé par un climat de méfiance et de suspicion. En se transformant en produit de consommation, le contrat d'assurance perd un élément de socialité qui est partie prenante de toute forme de mutualité. Au strict plan assurantiel, il ne reste de la mutualité dans le contrat d'assurance que la technique de partage du risque dénouée de toute idéologie solidariste. Ce contexte favorise la dissociation entre solidarité et mutualité. Ainsi, Ewald affirme que « toute mutualité n'est pas solidaire »⁷³. Que signifie, par conséquent, la référence moralisante à la mutualité afin de discipliner le preneur?

25. La relation contractuelle elle-même suppose que l'assuré se perçoive d'abord à titre d'individu face à l'assureur. La mutualité, réalité abstraite qui implique la prise en compte des besoins d'un ensemble de tiers, tend à s'effacer au profit des intérêts immédiats du preneur. En ce sens, une auteure écrivait :

[...] la personne morale masque la réalité juridique et humaine qu'elle représente. Même si elle suppose le regroupement d'un nombre important de sujets de droit, chacun d'eux a une personnalité juridique propre. Chaque individu contracte seul avec l'assureur. Il n'accepte pas de se fondre au sein d'une institution dans laquelle il perdrait son identité et surtout son particularisme lié à son engagement contractuel personnel. Chaque futur assuré s'entend de façon séparée avec le gestionnaire de l'entreprise d'assurances, pour bénéficier, moyennant une contribution financière, de sa prestation dans telles ou telles circonstances.⁷⁴

72. L'étude de P. TOUCAS-TRUYEN, *op. cit.*, note 18, p. 13-64, permet de constater que cette mauvaise presse n'est pas d'aujourd'hui et est d'ailleurs consubstantielle à l'existence de l'assurance privée.

73. F. EWALD, *op. cit.*, note 69, p. 415.

74. V. NICOLAS, *op. cit.*, note 13, p. 12.

26. Il est évident que l'individu demeure présent dans l'organisation mutualiste qui reste à la base l'assurance, mais la difficulté relative à la compréhension des conséquences juridiques de l'engagement contractuel par les parties découle sans doute de la disparition de *toute* dimension collective ou sociale au profit de l'individu. Ce faisant, c'est l'institution même de l'assurance qui est dénaturée dans sa perception — et non dans son fonctionnement, mathématiques obligent — isolant toujours davantage le preneur/assuré de l'assureur, soit les deux parties au contrat, dans leurs positions opposées. En matière de démutualisation, par exemple, on a démontré que le changement de qualité plaçait les assurés en situation de concurrence par rapport aux nouveaux actionnaires⁷⁵. Cette opposition d'intérêts contribue à l'accroissement des cas de fraude⁷⁶, de l'aléa moral et de l'antisélection. La mutualité ne représente plus qu'une fiction dont le rôle normatif ne peut que s'atténuer pour cause de perte de sens. Et le recours à la morale par le biais de la règle de l'*uberrime fides* ne crée pas la solidarité ou la mutualité au sein du contrat. Un tel recours à la morale est au contraire une réaction non juridique — parce que morale justement — à un immoralisme lui-même qualifié aujourd'hui d'omniprésent dans le domaine des affaires et des contrats⁷⁷.

27. Il faut donc opter pour des mesures juridiques concrètes, basées sur des principes significatifs ou qui peuvent à tout le moins l'être. À cette fin, il convient de distinguer le fonctionnement de l'assurance basé sur la loi des grands nombres (mutualité) et l'entreprise qui vise la gestion de cette dernière (compagnie ou mutuelle). Selon une auteure :

Si le contrat d'assurance est aléatoire, l'entreprise d'assurances, elle, vise à l'être le moins possible. Une confusion ne

75. Voir Russel E. GREENBLATT, Jeffrey J. BAKKER, « ERISA Issues in Distributions from Insurance Company Demutualizations », (2001) 14(3) *Benefits Law Journal* 91. Le problème est aussi soulevé par le phénomène de « *walling off* » décrit par J. EHRENREICH BELKIN, *op. cit.*, note 42, p. 330.

76. À ce titre, il est intéressant de noter que des études auraient révélé que la fraude tend à augmenter avec le coût des primes : http://www.camagazine.com/index.cfm/ci_id/22573/la_id/2.htm (18 octobre 2008).

77. Ph. LÉTOURNEAU, *Encyclopédie Dalloz droit civil*, V^o Bonne foi.

doit pas être commise entre, d'une part, le rapport contractuel liant l'assureur et l'assuré et, d'autre part, les relations entre l'assureur et l'ensemble de ses assurés. Le premier est le contrat d'assurance lui-même. Le second concerne ce que l'on appelle l'assurance. Si un lien incontestable les unit, elles ont néanmoins une existence propre et autonome. Mais surtout, le terme d'assurance recouvre lui-même deux idées : l'entreprise d'assurances et la mutualité. [...] Il est indéniable que, dans la plupart des cas, la mutualité et la loi des grands nombres vont jouer de manière cumulative. Toutefois, dans des hypothèses spécifiques, celles où l'événement envisagé n'est pas l'objet fréquent de contrats d'assurance, la mutualité sera écartée de fait⁷⁸.

28. Ainsi, lorsque la doctrine⁷⁹ et la jurisprudence réfèrent⁸⁰ à la mutualité pour justifier les obligations des parties au contrat d'assurance, il est trop souvent difficile d'établir à quel niveau de mutualité l'on réfère. S'agit-il du fonctionnement de l'assurance elle-même? De la protection de l'ensemble des assurés? De la rentabilité de la compagnie d'assurances?

78. V. NICOLAS, *op. cit.*, note 13, p. 50.

79. Selon les commentaires du ministre de la Justice relatifs à l'article 2493 C.c.Q. : « Cet article est de droit nouveau. Il vise à obliger l'assureur à couvrir un bien, même si l'assuré refuse de l'assurer pour sa pleine valeur. Par contre, pour respecter les principes de mutualité inhérents à l'assurance, l'article prévoit qu'en cas de perte partielle du bien assuré, l'assuré n'aura droit qu'à une indemnité proportionnelle. » *Code civil du Québec, Commentaires du ministre de la Justice et la Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, Québec, Les publications Dacfo inc., 1993, p. 822. Voir aussi Pierre CATALA, « La déclaration de risques en droit français et anglais comparé », (1966) 37 *R.G.A.T.* 449, 453; D. LLUELLES, *op. cit.*, note 7, p. 5, 37 et 241; Sylvain PROVENCHER, *La nullité ab initio du contrat d'assurance et son impact sur les coassurés*, dans SERVICE DE LA FORMATION CONTINUE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit des assurances*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 87.

80. C'est d'ailleurs souvent en référence à la doctrine que les tribunaux invoquent la mutualité à titre de justification normative; par exemple : *Crédit VW Canada inc. c. Assurances générales Banque Nationale inc. (Innovassur, assurances générales inc.)*, SOQUIJ AZ-50495708 (C.Q.); *R.V. c. RBC Assurances*, J.E. 2008-150, [2008] R.R.A. 215 (C.Q.); *Cardin c. SSQ, société d'assurances générales inc.*, [2007] R.R.A. 631 (C.S.) (en appel); *Transport R. Larouche & Fils inc. c. ING, compagnie d'assurances*, [2007] R.R.A. 326 (C.S.); *Minville c. Assurances générales des Caisses Desjardins*, B.E. 2006BE-1253 (C.S.); *Bérubé c. Axa Assurances*, B.E. 2005BE-980 (C.S.); *Lemay-Paquette c. Unique (L), compagnie d'assurances générales*, B.E. 2004BE-741 (C.S.); *Desbiens c. Société nationale d'assurances inc.*, J.E. 2004-427 (C.S.); *Bélangier c. Axa Assurances inc.*, B.E. 2006BE-82 (C.S.)

Est-ce le profit des actionnaires dégagé par le biais du principe de mutualité assurantielle qu'il s'agit de protéger? Inversement, si c'est à l'ensemble des assurés qui se regroupent dans une optique de collaboration générale (les mutuelles), comment interpréter le vaste mouvement de démutualisation qui a contribué à capitaliser le monde de l'assurance et à favoriser le développement de la bancassurance? Peut-on toujours affirmer que « [p]rotéger l'assureur revient à protéger la mutualité et par conséquent l'ensemble des assurés⁸¹ »? Ou encore, qu'en vertu de la mutualité, « ce sont les preneurs eux-mêmes qui, groupés, contribuent au règlement des sinistres, l'assureur n'étant qu'un intermédiaire chargé de gérer la mise en commun des contributions⁸² »? Si tel est le cas, le désir des banques d'offrir des services d'assurances fait preuve d'un désintéret digne de mention! Il vaudrait mieux, pour éviter toute ambiguïté dans l'interprétation du contrat unissant le preneur à l'assureur, référer à la tâche de « gestion des risques » remplie par l'ensemble des prestataires de services assurantiels, plutôt qu'à l'image toujours forte mais désormais trop déformée pour faire sens, qu'est la mutualité. La référence directe à la gestion des risques s'avère plus neutre et plus représentative du froid calcul opéré par les assureurs, qu'ils soient ou non des mutuelles⁸³.

29. Lorsque les tribunaux réfèrent au nécessaire respect de la mutualité, il semble *a priori* que c'est à l'aspect technique

81. P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 16, p. 63.

82. D. LLUELLES, *op. cit.*, note 7, p. 4.

83. Notons que *Les commentaires du ministre de la Justice* sur les règles du *Code civil du Québec* relatives aux assurances utilisent ces deux termes à titre de synonymes : « Le nouveau code tient compte de la nature même du contrat d'assurance terrestre qui, dans les faits, constitue le plus souvent un contrat d'adhésion dont la lecture et la compréhension exigent une connaissance technique, soit des règles de droit applicables, soit des *règles de mutualité ou d'évaluation des risques*. » 1993, p. 790 (nos italiques). Dans le même esprit, une auteure suggère, pour faire l'étude du contrat d'assurance et de ses règles, de distinguer la relation contractuelle entre le preneur et l'assureur, de la gestion des risques que représente la mutualité; voir V. NICOLAS, *op. cit.*, note 13. Pour notre part, et bien que nous partagions le sentiment d'importance lié à l'*objectivation* du processus de gestion des risques, nous soutenons que le preneur doit être pleinement conscient du processus assurantiel dans son ensemble (contrat et mutualité) et qu'en ce sens, l'un ne peut et ne doit pas être dissocié de l'autre.

et statistique qu'ils renvoient⁸⁴. Pourtant, cette justification s'avère souvent teintée de moralisme, et ce, d'autant plus que le terme mutualité est associé à celui de plus haute bonne foi et du respect des intérêts de tous les assurés. Or, ce que nous voulons souligner ici, c'est que le fait de respecter le principe de mutualité assurantielle comme fondement mathématique de l'assurance n'a en soi rien à voir avec une quelconque obligation morale. C'est le principe même de l'assurance qui est en jeu, et donc, le but du contrat que l'on se doit de respecter à titre de contractant. En référant à l'aspect moral, à l'intérêt du groupe lorsqu'on traite de la mutualité, alors que manifestement il ne s'agit plus que d'une simple technique de gestion rémunérée par le biais du versement de primes, les juristes ne contribuent qu'à créer la confusion dans l'esprit des preneurs/assurés. Ceci, puisqu'il est désormais évident que la compagnie d'assurances, comme toute entreprise à visée lucrative, utilise d'abord et avant tout le principe de mutualité pour le bénéfice de ses actionnaires et non de ses assurés. Le rôle du juriste n'est pas ici de juger, mais d'établir un simple constat. À l'exception des mutuelles d'assurances, l'entreprise qui choisit d'exploiter la gestion et la répartition des risques d'un groupe d'assurés, le fait dans le but strict de dégager une marge de profit. Ainsi, si l'assuré ne respecte pas les règles de l'assurance, ce n'est pas d'abord l'ensemble des assurés qui sera pénalisé, mais bien l'entreprise elle-même qui subira une perte et qui devra choisir si elle doit ou non la faire supporter par son actionnariat ou par ses clients en augmentant les primes. Sous cet angle, le comportement de l'assuré n'est donc pas différent de celui de n'importe quel

84. Aspect strictement technique que l'on retrouve, par exemple, dans cette définition de la mutualité : « Groupe de personnes soumises aux mêmes risques, qui les mettent en commun et qui décident, par la constitution d'un fonds commun alimenté par la contribution proportionnelle de chaque membre, de prendre en charge le règlement des sinistres affectant certaines d'entre elles. La gestion de cette mutualité est en général confiée à un assureur. L'existence de cette mutualité est à la base de la technique de l'assurance : le rôle de l'assureur, quel que soit son statut juridique (assurance mutuelle ou société anonyme), est de mutualiser les risques, de les mettre en commun, de les répartir et de les compenser selon des lois mathématiques. Ce travail, qui suppose la collecte et l'exploitation de statistiques, est réalisé par des actuaires. » James LANDET, Martine CHARRE-SERVEAU, *Lexique des termes d'assurances*, Paris, Éditions l'Argus de l'assurance, 2003, p. 308.

autre client d'une entreprise de biens et de services. Répétons-le : il est question ici du respect pur et simple du contrat. On ne peut faire porter au preneur/assuré le poids moral du mieux-être de l'ensemble des assurés, si son vis-à-vis contractuel — soit l'assureur — n'agit d'abord et avant tout que pour la bonne santé financière de la compagnie. C'est pourtant trop souvent ce que font les juristes lorsqu'ils justifient les obligations *contractuelles* de l'assuré en référant au concept de mutualité⁸⁵.

30. Bien que notre propos soulève davantage de questions qu'il n'apporte de réponses, cette étape de réflexion préliminaire nous paraît essentielle pour permettre à la théorie juridique de demeurer un tant soit peu en lien avec un domaine juridique en mutation tout aussi profonde que rapide. Notre dessein n'est pas de faire l'apologie d'une société dans laquelle la solidarité serait le moteur même de l'assurance, mais bien de souligner l'existence d'un décalage important entre les notions conceptuelles utilisées par les juristes et leur sens actuel. On ne peut le nier, la régulation de l'assurance suppose inévitablement des choix de nature politique et la perception juridique de la mutualité en est affectée. Un auteur rappelait les deux origines de l'assurance — alpine axée sur l'entraide et maritime fondée sur la spéculation — en ces termes :

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

85. Par exemple, le professeur Bergeron réfère à André Besson qui définit l'assurance comme « une technique, la technique de la solidarité par la mutualité ». Jean-Guy BERGERON, *Les contrats d'assurance. Lignes et entre-lignes*, T1, Sherbrooke, Éditions SEM inc., 1989, p. 23. Le professeur Bergeron ajoute qu'il « est à remarquer que le principe de la mutualité est l'âme des entreprises dites mutuelles comme celles à capital-actions », *id.*, p. 24. Or, si sur le plan *technique* de la gestion des risques, cette affirmation est exacte, la référence à la solidarité apporte une dimension morale qui ne simplifie pas le rapprochement.

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 terme et la prééminence de l'entreprise conçue comme une communauté associant le capital au travail sont des objectifs prioritaires.⁸⁶

31. Et le même auteur, dans un autre texte, précise sa pensée quant au contexte précis de l'assurance :

Avec la chute du mur de Berlin, l'affrontement entre deux systèmes économiques s'est estompé. Progressivement, un nouvel ordre économique mondial se met en place. L'assurance n'est bien évidemment pas à l'écart de ce mouvement. Au cours des dernières années, elle s'est mondialisée. Mais elle se trouve aussi devant un choix crucial, choix qui correspond à la conception et à la philosophie même du métier. L'assurance doit-elle reposer sur des notions de solidarité et de mutualité, ou au contraire, comme toutes les autres industries, doit-elle reconnaître la prédominance de l'actionnaire? L'assurance doit-elle être obligatoire ou facultative? Quelle est sa place dans les mécanismes de protection sociale? La prévoyance privée est-elle compatible avec une sécurité nationale? Les réponses à toutes ces questions correspondent à des choix de société profonds.⁸⁷

32. Au plan juridique et contractuel, il importe d'établir s'il est possible et pertinent de référer à ce *double niveau* de mutualité : celui qui concerne le mode de gestion de l'entreprise d'assurances et celui qui s'immisce — ou qui devrait s'immiscer — au cœur de la relation contractuelle. Il semble que l'on fasse trop facilement le lien entre le premier niveau et le second et que l'on surestime le degré d'implication tant assurantiel que contractuel du preneur/assuré dans la majorité des contrats d'assurance. Or, référer à la mutualité,

86. Michel ALBERT, *Capitalisme contre capitalisme*, Paris, Seuil, 1998, p. 101. Voir également Michel ALBERT, « L'avenir de l'assurance : Modèle alpin ou modèle maritime? » (1991) 5 *Risques* 181.

87. M. ALBERT, *op. cit.*, note 5, p. 21.

dans un contexte de démutualisation et de démutualisme des mutuelles d'assurances ne favorise pas la compréhension réciproque des parties quant à la nature assurantielle particulière de leur contrat. Et ce, justement parce que dans un contexte de développement de la bancassurance et de l'assurance capitaliste, l'assuré ne peut que prendre conscience, de manière plus ou moins précise, de l'érosion du principe de mutualité. Autrement dit, au plan juridique on lui demande de respecter un principe qui l'est de moins en moins au plan assurantiel. Dans une telle optique, il semble que la référence moralisante à la « mutualité » à titre de justification normative soit fortement ambiguë, sinon trompeuse. Trop équivoque à tout le moins pour servir de présupposé juridique aux obligations du preneur/assuré. Si l'on tient à ce que le contrat soit compris par les parties elles-mêmes, ne faut-il que sa matière soit compréhensible? Il n'est pas question ici des mentions obligatoires du document contractuel, mais bien de la capacité pour l'assuré de saisir pleinement la nature de son engagement. Il doit cesser d'agir par crainte de la sanction qui le priverait de l'indemnité, par peur de faire preuve d'un comportement frauduleux ou par réaction à des pressions *mutualistes* davantage spectrales que réelles. Le preneur, à titre de contractant, doit réaliser ce qu'il fait et ce qu'il peut faire par le biais de ce levier que demeure, ou que peut demeurer le levier assurantiel pour la société. Le défi est de taille puisque c'est en partie le sens de la théorie des contrats qui est en jeu, rien de moins. Si le contrat d'assurance, comme tout autre contrat, doit demeurer un acte de volonté, les parties doivent être en mesure de réfléchir à la portée de leur engagement respectif.

CONCLUSION

33. Il paraît désormais opportun de soumettre le lien obligationnel entre l'assuré et l'assureur à une nouvelle forme de réflexion. Compte tenu des réalités sociales, économiques et juridiques, la convention d'assurance peut difficilement être justifiée par l'idée de mutualité. Le contrat d'assurance reflète deux réalités juridiques d'importance : une théorie du contrat en crise perpétuelle depuis près d'un siècle, et le

développement marqué de la société assurantielle. Aussi, les normes régissant le lien obligationnel entre l'assuré et l'assureur sont représentatives du changement paradigmatique inévitable qui devra affecter la théorie générale du contrat. Conséquemment, il s'agit de permettre la reconsidération du rôle social du contrat, de même que l'importance de la coopération des parties dans le cadre de la formation et de l'exécution du contrat d'assurance, mais à partir d'une base théorique significative. La mutualité a été vidée de son sens, tant pour l'assuré que pour l'assureur. Les juristes doivent le réaliser et tabler sur de nouvelles bases justificatives.

34. Nous vivons au cœur d'une société *assurantielle*. Le besoin de sécurité croît au même rythme qu'augmente la création de nouveaux risques⁸⁸. Parallèlement, le développement du capitalisme moderne a permis à l'activité d'assurances de prendre la forme d'une entité économique fort lucrative au sein de laquelle la rentabilité des investissements est devenue plus importante que le principe de la mutualité. Le développement du droit des assurances en référence à une notion aussi ambiguë que la mutualité n'est plus satisfaisant. Il s'agit de tenter d'envisager la culture du contrat dans le nouvel imaginaire social élaboré par la société assurantielle contemporaine. S'il doit s'inscrire dans une économie capitaliste dénuée de considération mutualiste, le juriste doit le reconnaître. Qu'il l'accepte ou non est une autre question. Il doit le reconnaître pour mieux faire comprendre aux contractants la teneur de leurs obligations respectives. Pour notre part, et tel que nous venons de le démontrer, nous demeurons perplexes face à cette notion qu'est la mutualité. Cette perplexité peut s'exprimer sous la

88. L'ouvrage désormais *classique* — accélération de l'histoire oblige — d'Ulrich BECK, *La société du risque : sur la voie de la modernité*, Paris, Flammarion, 2003, paru en Allemagne la même année que l'ouvrage de F. EWALD, *op. cit.*, note 4, œuvres que l'on pourrait d'ailleurs qualifier de complémentaires, développe la thèse selon laquelle notre société ne redistribuerait plus la richesse mais bien les risques, qui eux-mêmes ne seraient plus exogènes, mais endogènes et, par conséquent, multipliables à l'infini. Cette référence s'impose ici pour bien souligner le champ de création illimité de *nouveaux services* dans lequel opèrent les entreprises d'assurances contemporaines.

forme d'une interrogation — la dernière! — calquée sur les propos de Gounot cités en exergue : par contrat, aujourd'hui, peut-on vraiment faire de la mutualité sans s'en apercevoir?

André Bélanger
Faculté de droit, Université Laval
Bureau 3131, pavillon Charles-De Koninck
Québec (Québec) G1K 7P4
Tél. : 418 656-2131, poste 2318
Télec. : 418 656-7230
Andre.Belanger@fd.ulaval.ca

Joëlle Manekeng Tawali
Faculté de droit, Université Laval
Faculté de droit, Université de Nantes
manikenmoe@yahoo.fr