

Aspects économiques du domaine de l'assurance et nature juridique du contrat d'assurance

Synthèse des opinions et sélection des citations par Hans Dieter Meyer*, Conseiller d'assurance

Hans Dieter Meyer dans: Basedow/Schwark/Schwintowski (éditeurs), Etudes de la Science de l'Assurance, (*Versicherungswissenschaftliche Studien*), volume 2, pages 203 ff., 206 ff:

« Défaillance de la science »?

Dans le domaine de l'assurance, l'erreur cardinale - qui n'a pas encore été reconnue - réside dans la confusion des prestations et contre-prestations les plus diverses dans un contrat combiné¹ et dans la confusion des versements correspondants par les assurés en une seule prime. En considération de l'immense signification sociopolitique et financière du domaine de l'assurance, il est incompréhensible que cette problématique ainsi que l'assurance et le contrat d'assurance n'aient pas été étudiés sérieusement par des scientifiques neutres. Avec un manque de scrupules étonnant, les scientifiques², les tribunaux³ et les commis-

* **Pour contact: <mailto:hansdmeyer@versanet.de>**

1 H. D. Meyer (à l'endroit cité)

2 Eike von Hippel, défense des intérêts du consommateur, exprime ses critiques depuis longtemps, 3ème édition, § 242, § 740; JZ 89, 668; JZ 90, 445; JZ 1991, 452. Tout aussi critique: Matthias Lehman, *Die Leistungswirtschaft des Versicherungsbetriebes* (L'économie de rendement de l'entreprise de l'assurance), dans l'information et la production, écrit à Waldemar Wittmann, Edition Poeschel Stuttgart, pages 171, 209: Des « non-existences sont décrites, donc un monde imaginaire de la gestion » – De manière similaire Klaus-Thomas Krycha, petit lexique de l'enseignement de la gestion, 2ème édition, 1986, 170: « La prime n'est pas un prix ou une rémunération comme la science de l'assurance et l'économie de l'assurance le prétendent à tort ». – Critique véhémente de la science de l'assurance également de la part de Wolfgang B. Schünemann, dans BB (xx); *actuellement dans* Jacobs/Lindacher/Teplitzky, Commentaires UWG, 1994, annexe D I, S. 139 f.: « Comparé à certaines manifestations d'un comportement tout de même contraire à l'esprit de libre compétition, ayant déjà les dimensions d'économie nationale dans ce secteur, une sensibilité au dogme de la législation en matière de compétition n'est, jusqu'à présent, pas reconnaissable. (Réflexions fondamentales par H. D. Meyer ZRP 1990, 424 ff). »

3 Le Tribunal régional supérieur de Nuremberg, est, jusqu'à présent, le seul tribunal à avoir traité à fond la problématique des assurances constitutives de capital et a avoir considéré celles-ci comme des contrats combinés d'épargne, de contrat fiduciaire ou contrat de gestion d'affaires (à titre onéreux) – Verbraucher und Recht (*VuR*): 1991, 274: « pour autant, l'assurance-vie constitutive de capital a un caractère de contrat d'épargne (pour les dénommés contrats combinés avec plusieurs prestations principales faisant partie des différents types de contrats - voir *Palandt-Heinrichs*, 50ème édition, avant-propos § 305 du Code Civil allemand (*BGB*), RdZi. 21 m. w. N.). Les dispositions des §§ 700, 607 ff.

sions⁴ ont accepté - presque sans exception - sans les contrôler, les théories erronées de la science de l'assurance et qualifié l'assurance de « produit », de « service » ou de « marchandise invisible » et la prime de « prix ». Ils sont partis - sans hésiter - d'une nature synallagmatique existante (relation de réciprocité, même dans le contrat d'assurance-vie) et « par conséquent » d'une compétition efficace et d'un établissement régulier des comptes.

En complément d'une déclaration de *Reimer Schmidt*⁵ l'assurance peut être décrite comme un « problème pratique dans un premier temps » qui nécessite, dans un second temps, l'analyse économique et, dans un troisième temps, « une forme et une liquidation juridiques parfaites ». Ainsi, chaque étude scientifique doit prendre pour base les particularités de l'assurance et du contrat d'assurance qui sont souvent évoquées mais pratiquement jamais étudiées en détail.

La dénommée science de l'assurance a pu établir et maintenir jusqu'à présent l'opinion « économique dominante » selon laquelle une entreprise d'assurance fournit un « produit assurance » qui couvre le besoin individuel et collectif de l'assuré décrit et qui fait l'objet d'un échange - dans des conditions compétitives - contre le paiement d'une prime comme « prix »⁶ (voir aussi l'illustration). Lors de la formation juridique de cette théorie économique, la science de l'assurance a, certes, reconnu la problématique d'une absence d'échange de prestation (nature synallagmatique) entre les entreprises - présumées produire l'assurance - et quelqu'un qui n'est pas touché par le sinistre, elle a cependant mis un « terme défini-

du Code Civil allemand (*BGB*) peuvent trouver une application sur cette partie du contrat d'assurance. ... Du point de vue de la législation en matière de contrats, la prime est à classer comme un versement solidaire de la communauté des assurés à gérer par les prestataires d'assurance-vie dans l'intérêt des assurés, à répartir sur les sinistres survenus et, par ailleurs, à redistribuer. Seuls les frais de gestion intégrés dans le calcul de la prime représentent une véritable *rémunération* des assurés. Sinon l'opinion contraire réfutée est la base de la *théorie dépassée du report de risque* (voir à ce sujet Tribunal régional supérieur de Karlsruhe, *VersR* (législation en matière d'assurance) 1988, 128; *Hofmann*, *Législation de l'assurance privée*, 3ème édition, § 2 Rdnr. 20; *Prölss/Martin*, à l'endroit cité, remarque 2 A de § 1 VVG). Cette conception ne s'oppose pas à la situation incontestable que l'assuré ne verse qu'une seule prime qui n'est pas expressément ventilée selon les différentes composantes de la prime. Cette considération ne contredit donc pas l'hypothèse d'un contrat combiné avec des types de contrats principaux variés appartenant à des genres différents. Le contrat fiduciaire est - dans la mesure où il est conclu à titre onéreux comme ici - un contrat de gestion d'affaires au sens du § 675 du Code Civil allemand (voir *BGHZ* 32, 67; *WM* 1969, 935). » - La Cour de Cassation (*BGH*) ne s'est, en revanche, pas prononcée sur la question de savoir si dans le cadre d'une assurance-vie « l'assureur en ce qui concerne l'utilisation des parts de prime calculées largement par prévoyance, a une position sur une redistribution d'une participation aux gains qui est juridiquement similaire à un chargé d'affaires d'un contrat de gestion ou à un directeur sans délégation » (Cour de Cassation 87, 346ff = *VersR* 1983,746) ou bien s'il s'agit dans le cas du contrat d'assurance d'un contrat concernant des prestations de service régulières (Cour de Cassation 83, 169, 174). La 4ème chambre civile de la cour de cassation a également maintenant estimé dans les motifs de sa décision du 23/11/1994 « qu'une décision concernant cette question ne s'imposait pas » (Législation en matière d'assurances 1995, 77, 78. Cette carence a contribué en partie de manière décisive au jugement erroné.

4 Par exemple la commission de monopole et la commission de déréglementation

5 Schmidt, *VW* 1982, 204

6 Pour tous, car cité partout et toujours: *Farny*, *Théorie de la Production et des Coûts des Assurances (Produktions- und Kostentheorie der Versicherung)*, Karlsruhe 1965

tif »⁷ à cette polémique théorique. Tel est « l'état actuel de la science » : à quelques rares exceptions près, tous les économistes et juristes essaient d'étayer la situation pratique et légale de manière théorique. Il n'est venu pratiquement à l'idée de personne que la pratique et la législation pouvaient être erronées, personne n'ayant réalisé de « recherche fondamentale ».

C'est pourtant un fait évident que « l'assurance » comme mise à disposition de fonds pour une redistribution aux personnes concernées constitue la prestation des assurés et ne peut être ni un produit ni une prestation de service des entreprises d'assurances.⁸ Et ce fait reste établi même s'il n'est pas considéré par les scientifiques neutres et déformé par les scientifiques de la branche. Il est également irréfutable que la prime d'assurance ne constitue pas un prix pour un pro-

7 Schmidt-Rimpler, La réciprocité dans les contrats à conditions unilatérales, 1968, page 52

8 H. D. Meyer in ZRP 90, 424; Office fédéral de la Statistique, les entreprises d'assurance dans les comptabilités nationales, Economie et Statistique, 1970, cahier 7, 331-337: « En raison de l'importance particulière qui incombe à l'entreprise d'assurance dans la redistribution des revenus et des patrimoines et en tant que financier, il est prévu depuis longtemps de faire apparaître ce secteur de manière séparée dans la comptabilité économique nationale (VGR). L'Office fédéral de la statistique a repris autant que possible les définitions et délimitations recommandées internationalement. Les recettes et charges des entreprises d'assurance les plus importantes et les plus typiques sont les recettes des cotisations et des prestations issues des contrats d'assurance. Dans la comptabilité économique nationale (VGR), en particulier dans le calcul des prestations de production des entreprises d'assurance ainsi que dans leur part dans la distribution des revenus - redistribution et constitution de capital monétaire - ce sont précisément ces transactions qui présentent des difficultés particulières. Dans le cas des recettes des cotisations elles reposent sur le fait qu'elles ne sont pas seulement des rémunérations pour les prestations de service des entreprises d'assurance mais, en même temps, normalement, la contribution individuelle des assurés pour la couverture de sinistres et - dans le cas de l'assurance-vie - aussi des prestations d'épargne (parts de capitalisation) que l'entreprise d'assurance gère jusqu'à échéance et, dans ce cas, joue le rôle d'entreprise d'investissement. La part de prestation de service est, en fait, la rémunération pour le service de l'entreprise d'assurance et s'intègre en tant que telle dans le calcul de la valeur brute de production de la société d'assurance. La part de risque sert à la couverture des dommages ou sinistres et représente un élément de redistribution. La part de capitalisation est, finalement, prise en considération lors de la représentation des modifications de la relation de crédit. » Le contre-argument de la science de l'assurance, selon lequel les enseignements de la comptabilité économique nationale (VGR) ne pourraient être appliqués à l'économie de gestion des entreprises, ne saurait convaincre. Le produit brut de la comptabilité économique nationale (VGR) n'est rien d'autre qu'une addition de chiffres d'affaires d'entreprises individuelles des différents secteurs d'activité qui ne peuvent s'appliquer que sur les prestations typiques de l'activité d'entreprise, pour chacune d'elle. Pour autant, le produit brut de la comptabilité économique nationale (VGR) donne aussi des renseignements sur les produits typiques (au sens large) des secteurs économiques individuels. Ceci est, selon VGR, une prestation de services des entreprises d'assurance qui ne s'exprime que dans les parts de prestation de service de la prime. - Peter Koch, Economie de l'assurance, 1985, page 139: « les 'prestations d'assurance' sont fournies à partir des cotisations des assurés versées à l'avance. Elles représentent les capitaux de tiers de l'entreprise d'assurance apparaissant dans le passif du bilan sous des provisions liées aux assurances. Par ces moyens, l'entreprise d'assurance finance la prestation de service assurance ». Cependant Koch écrit à la page 192: « La contrepartie de l'assureur pour le paiement de la prime de l'assuré réside dans la garantie d'une protection ». - Les développements de Farny (à l'endroit cité) sont tout aussi déconcertants quand il présente la prime comme prix puis constate page 48: « dans les entreprises d'assurance, il y a toujours des biens considérables disponibles. La plus grande partie d'entre eux n'est gérée qu'à titre fiduciaire. » - Par cette constatation, Farny réduit lui-même à l'absurde l'idée selon laquelle la prime d'assurance serait un prix et les remboursements des sinistres, des coûts.

duit quelconque ou un service des entreprises d'assurances⁹ et qu'entre le paiement de la prime d'un assuré et la 'prestation d'assurance' ou l'échéance de l'assurance constitutive de capital il n'y a aucune nature synallagmatique.¹⁰ Il en découle logiquement l'autre fait selon lequel, dans le domaine de l'assurance, il ne peut exister de compétition tant que des relations d'échange claires ne sont pas établies, pouvant faire l'objet d'une évaluation par de nouvelles dispositions légales qui ne peuvent être introduites par une ventilation des primes dans leurs différents aspects (part de risque pour l'assurance en tant que prestation communautaire, part d'épargne pour l'épargne individuelle et part de service pour un – unique – échange synallagmatique de prestations « prix/services »).¹¹ De la même manière, la présentation des comptes en serait également modifiée.

Les sociétés d'assurances sont, sans aucun doute, des entreprises de service et non de production. La science de l'assurance n'est pourtant pas parvenue, jusqu'à présent, à définir les services correspondants et à trouver le « facteur d'objet » qui lui est indispensable, auquel les prestations de service sont appliquées et qui selon *Kern et Krycha* doit être la propriété du donneur d'ordre¹². Selon l'Office fédéral de la Statistique ainsi que d'après les définitions internationalement recommandées¹³ les parts de risque et de capitalisation des recettes de cotisations ainsi que les revenus du patrimoine comme « dépôts (créances) des assurés », constituent le facteur objet des prestations de service des sociétés d'assurance dont les propriétaires (créanciers) sont les assurés (les ménages). Donc, les parts de risque et d'épargne ne peuvent être des parts du prix, de sorte que la prime d'assurance ne constitue pas un prix et que les entreprises n'indiquent pas de prix pour leurs services d'organisation et leurs services financiers (violation des §§ 1 et 3 *PAngV* et

9 *Klaus-Thomas Krycha*, à l'endroit cité: « La prime n'est ni un prix, ni une rémunération comme le prétend à tort la science et l'économie de l'assurance car elle contient, outre la part de prix (coûts et gain) pour la prestation de service de l'assurance, également des parts de risque et, le cas échéant, des parts d'épargne qui demeurent la propriété juridique des assurés. » – De même, le *Ministre fédéral de l'Economie* (I D 2 - 02 00 30 du 22/4/1981): « A votre question quel ordre de grandeur doit être considéré comme *prix* pour la prestation de service des entreprises d'assurance, je vous ai cité la part de frais de gestion. »

10 voir *Palandt* 1 avant-propos § 607 BGB, 1 c et 1 e ainsi que 3 avant-propos § 320 du Code civil allemand (BGB), 1 avant-propos § 688 du Code civil allemand (BGB); *Office fédéral de la Statistique*, dans *Economie et Statistique (Wirtschaft und Statistik)*, 1970, cahier 7, pages 331-337 (extraits): « Pour la représentation dans le système de comptes, on présume que les *revenus du patrimoine et les gains sur les cours* qui, outre les parts de risque et de capitalisation des recettes des cotisations servent à couvrir les prestations vont aux assurés comme intérêt de *leurs droits sur la société d'assurance*. Simultanément avec les parts de risque et de capitalisation des recettes de cotisation, elles constituent ce que l'on appelle la prime nette dans le sens des comptes nationaux. Ces primes nettes sont passées en compte comme *dépôts (créances) des assurés* auprès des entreprises d'assurance sur les comptes de financement. En tant que *créanciers* les ménages apparaissent exclusivement. »

11 *H. D. Meyer*, ZRP 1990, à l'endroit cité, 428

12 *Krycha*, à l'endroit cité, pages 63 et 157: « Selon *Werner Kern*, les facteurs d'objet représentent des facteurs de production spéciaux nécessaires à la production qui ne conduisent à aucune consommation de biens et n'entraînent, ainsi, aucun coûts mais qui, cependant, déterminent la structure de mise en oeuvre des autres facteurs et la structure de production des produits. Les facteurs d'objet dans les entreprises de prestations en nature et de service ont en commun qu'ils restent la propriété d'un tiers. »

13 voir *Office fédéral de la Statistique*, Fn. 18

contre la loi de la compétition protégée par la constitution).

Par conséquent, il est également tout à fait erroné de considérer les encaissements de primes au même titre que les prix comme un chiffre d'affaires dans le compte de perte et profits des entreprises d'assurance. *Dieter Rückle*¹⁴ considère de la même manière l'établissement des comptes d'entreprises d'assurance-vie prescrit par les §§ 55, 56 VAG selon le Code du Commerce (*HGB*) comme contraire à la constitution: l'établissement adéquat des comptes se trouve dans la loi sur les sociétés d'investissement (*KAGG*) selon laquelle les fonds des assurés doivent être traités comme des biens propres¹⁵. La conséquence d'un transfert tronçonné de l'établissement des comptes selon le droit commercial est une « possibilité arbitraire et illimitée dans son étendue d'expropriation des assurés par constitution de réserves occultes ».

Il convient de retenir que, jusqu'à ce jour, les milieux scientifiques n'ont reconnu ni les différences pratiques ni les différences théoriques entre, d'une part, l'assurance et, d'autre part, les produits ou prestations de service. Depuis des décennies, ils qualifient l'assurance de « produit » ou de « service » sans avoir résolu les problèmes de théorie économique ou juridique de l'échange de prestations ou synallagmatique. Par conséquent, les lois presque centenaires sont tout aussi erronées – en particulier dans § 1 VVG ainsi que les §§ 55, 56 VAG. *Schümann*¹⁶ résume ainsi la critique:

« La haute opinion sur la nature synallagmatique du contrat d'assurances (attribution de la protection de l'assurance contre une prime) n'est pas convaincante malgré la consonance frappante sous laquelle elle est présentée et pratiquée juridiquement. Il est difficile de la déclarer incompréhensible sans paraître arrogant ou sembler manquer de sérieux scientifique. Il n'est pas possible de trouver comment l'on peut parler ici de 'prise de risque' (à titre onéreux) vis-à-vis des assureurs. Au lieu de se moquer d'un mythe prétendu obsolète de la communauté de dangers, il faut plutôt déplorer le fantôme de transfert du risque suggéré comme conforme à la réalité. »

14 Prise de position d'expert non publiée sur le jugement de la Cour de Cassation du 23/11/1994 VersR 1995, 77

15 § 1 KAGG, définition: (1) Les sociétés d'investissement sont des entreprises dont le domaine d'activité vise à placer l'argent qui leur a été remis en leur propre nom au compte commun des déposants (détenteurs de parts)... distinctement du patrimoine propre.

§ 6 KAGG, biens propres: (1) L'argent déposé auprès des sociétés d'investissement...et les patrimoines acquis grâce à eux constituent des biens propres... Les biens propres doivent être gérés séparément du patrimoine propre des sociétés d'investissement.

§ 21 KAGG, versement des titres de participation: (2) ... La valeur d'un bien propre doit être déterminée quotidiennement tous les jours d'ouverture de la Bourse en raison des différentes valeurs de cours des titres, droits de souscription, titres-droits d'options qui en font partie ;

§ 34 KAGG, contenu des situations des patrimoines: (1) ... 3 Les biens du patrimoine foncier doivent figurer pour la valeur déterminée par la commission d'expert.

16 BB à l'endroit cité.

Il existe une intense polémique sur la nature juridique du contrat d'assurance – également au niveau international (par exemple pour l'Allemagne *Leverenz*, page 655: « le débat d'opinions qui existe depuis des décennies sur la nature juridique du contrat d'assurances »; de même pour la Suisse: *Alfred Maurer*, droit suisse en matière d'assurance privée, 3ème édition, Berne 1995, page 212 ; pour l'Autriche: *Martin Schauer*, le droit autrichien en matière d'assurance privée, 3ème édition, Vienne 1995, page 43 ; pour la France: *Yvonne Lambert-Faivre*, Droit des assurances, 9ème édition, Paris 1991, page 186, Rdnr. 211; pour l'Espagne: *Fernando Sanchez Calero*, dans *Comentarios al Código de Comercio*, tome XXIV, Ley de Contrato de Seguros, volumes 1-3, Madrid 1990, Art. 1, page 24). Ce qui est indiscutable est que § 1 VVG constitue une règle imparfaite (*Leverenz*, page 655, estime que « le législateur a sciemment réalisé une règle VVG incomplète. » § 1 VVG ne définit ni ! « l'assurance » (*Prölss/Martin*, VVG 1. a § 1) ni le « sinistre » (*Wriede*, compétition entre sinistre dans le sens du VVG et les définitions divergentes dans l'assurance de responsabilité civile et de maladie, *VersR1997*, 794).

§ 1 VVG ne règle donc que les prestations des entreprises d'assurance et des assurés du point de vue du droit des obligations. § 1 VVG en revanche ne dit rien sur les prestations économiques des entreprises d'assurances qui sont fournies aux assurés. A ce sujet deux théories inconciliables s'opposent: la « théorie du support de risque » (selon laquelle la prime serait le prix de la prestation économique « support de risque » par l'assureur) et la « théorie de la prestation monétaire » (selon laquelle la prime serait le prix d'une prestation d'assurance – conditionnelle ? – comme prestation économique de l'entreprise). Les deux théories ont leurs problèmes insolubles avec le classement des prestations des assurances dans une structure synallagmatique du contrat qui est la condition indispensable de la caractéristique de prix de la prime – car sans échange de prestation, pas de prix ! -

Sans tenir aucun compte du fait que « le support du risque » et un « paiement conditionnel » ne peuvent constituer aucune prestation économique, selon la théorie du support de risque, la prestation d'assurance ne peut plus être une contrepartie économique pour la prime, car celle-ci doit déjà exister dans le support de risque (voir *Matthias Lehmann*, Le contrat d'assurance et la fiduciaire d'assurance du point de vue économique et de la législation sur la redistribution des bénéfices dans l'étude scientifique de l'assurance (*VersWissStud*) tomes 5, 17, 63: « Après un transfert de risque on ne saurait parler d'un règlement de sinistre! »). Le support de risque ne peut pas être échangé mais il est tout au plus une action de préparation et, ainsi, il n'est même pas une prestation dans le sens de § 241 BGB (voir *Prölss/Martin*, VVG, 2 A a § 1).

La théorie de la prestation monétaire ne peut pas produire de contre-prestation pour les assurés qui ne reçoivent pas de prestation de l'assurance.

Leverenz (page 655) parle d'un « support de risque – ou d'obligation de paiement conditionnelle comme prestation des entreprises d'assurance ». Une presta-

tion excluant automatiquement l'autre (voir plus haut). Par ailleurs, une « obligation » n'est ni une prestation du point de vue du droit des obligations, ni une prestation économique, mais tout simplement une obligation. Seule l'exécution de l'obligation constitue une prestation en matière de droit des obligations qui, à son tour, peut se baser sur les procédures économiques les plus diverses.

A ce niveau, lors de l'interprétation économique de contrats et de prix, les juristes doivent se garder de confondre les prestations du droit des obligations et les prestations économiques (parce qu'elles n'existent que pour l'appréciation déterminante des exagérations des prix ou des rémunérations). Celui qui, par exemple, dans « l'exemple du courtier » ci-dessus considère la prestation du droit des obligations de la propriété sur une maison de 500.000 DM simultanément comme une prestation économique du courtier, ne pourra jamais le poursuivre pour procédure usurière. Seulement lorsque l'on reconnaît dans la prestation de droit d'acquisition de propriété les deux procédures « vente » et « location » et que l'on sépare celles-ci comme dans la comptabilité du courtier, la procédure usurière du courtier peut être prouvée en ce qui concerne sa prestation économique « courtage pour un terrain ».

H. D. Meyer à ce propos dans l'étude scientifique de l'assurance (VersWiss-Stud) Bd. 6, 69, 71:

« Jusqu'à présent il n'existe pas d'opinion dominante sur ce qu'est l'assurance, la nature juridique et les prestations économiques et prestations et contre-prestations du contrat d'assurance. Une des causes de la confusion sur ces questions est que, majoritairement, les juristes qui traitent de ces questions ont des difficultés à faire la différence entre prestations économiques et prestations du droit des obligations. L'idée erronée selon laquelle les sociétés anonymes d'assurances « produiraient » de la protection (parce qu'elles accomplissent le règlement des dommages du droit des obligations) et qu'elles « vendraient » de la protection contre une prime comme prix (parce que l'assuré est redevable de la prime) ne peut être supprimée que si l'on étudie les phénomènes d'assurance du point de vue de la théorie économique comme le constatent *Lehmann, Kirchgesser* et *Rückle* dans l'étude scientifique de l'assurance (*VersWiss Stud*) tome 5. Une critique correspondante contre la prétendue « opinion dominante » a été exprimée la première fois de manière fondée dans le domaine de la science juridique par *Schünemann*, BB 1995, cahier 9, 417 ff.: « La haute opinion de la nature synallagmatique du contrat d'assurance n'est pas convaincante. Il est difficile de la déclarer incompréhensible sans donner une impression d'arrogance ou de manque de sérieux scientifique. » Un débat qualifié sur cette critique n'a pas encore eu lieu parce que le secteur et leurs scientifiques ne veulent, semble-t-il, pas « réveiller » le sujet qui a fait l'objet de la constatation de *Schmidt-Rimpler* (La réciprocité dans les

contrats conditionnels unilatéraux, 1968, page 52) sur la situation la plus récente du débat sur le contrat d'assurance.

De même, *Matthias Lehmann* (Le contrat d'assurance et la fiduciaire d'assurance du point de vue économique et de la loi sur la répartition des bénéfices dans l'étude scientifique de l'assurance (*VersWissStud*) tome 5, 17 ff.), donne aux juristes, dans les passages cités de ses développements, de nombreuses indications importantes sur la compréhension économique et, ainsi, sur la compréhension juridique du contrat d'assurance. Les juristes devraient voir dans ces indications des aides et en tenir compte et ne pas les considérer comme le « sermon d'un juriste par un scientifique de l'économie » et les refuser en tant que tel.

Afin d'éclaircir les problèmes fondamentaux de notre activité d'assurance, il est urgent de mettre en place une collaboration entre économistes et juristes. Le comité scientifique auprès de l'Union des Assurés (*Professeurs Basedow, Meyer, Schwintowski*) en tant qu'éditeur d'études de science de l'assurance, par exemple par la publication du 5ème volume des études de science de l'assurance (*VerWissStud*) avec des contributions de gestion d'entreprise au droit des assurances aimerait également initier cette coopération dans son « avant-propos des rédacteurs », il est dit:

« *Reimer Schmidt*, s'est exprimé plusieurs fois sur le thème du 'droit des assurances et économie' en tant que juriste. Il a constaté que la mise en place de l'économie moderne des assurances s'est réalisée sans que de notables travaux préparatoires en matière de science économique ne soient effectués. Schmidt désigne également l'assurance comme un 'phénomène qui est primordialement un phénomène économique qui a encore besoin de prendre parfaitement forme du point de vue juridique.' Il est d'avis que la fonction de réflexion d'un préparateur des grandes questions de l'assurance privée a été négligée par les juristes sur la science économique. Les auteurs veulent se consacrer à cette tâche. »

Ci-après quelques-unes des principales instructions de *Lehmann* (à l'endroit cité) aux juristes:

Page 189: « cette orientation très habile (l'inscription aux comptes du montant de la prime d'assurance non ventilée au résultat du 'chiffre d'affaires') constitue la source cachée du caractère de l'économie des assurances par rapport aux assurés. Et tant que la jurisprudence ne rejoint pas la manière actuelle d'inscription en compte de la prime d'assurance, elle tentera en vain d'interpréter la norme juridique qui emplit habituellement et exclusivement le champ de vision des juristes. Le but de ce traité est de faire remarquer la nécessité d'étendre ce champ de vision. »

Page 114: « La confusion commence avec le fait que le juriste contractuel, dans le lien entre 'prestation et contre-prestation', comprend la prestation dans le sens de démarche de prestation d'économie d'entreprise et

de l'exécution du droit des contrats et, indépendamment de cela, une 'prestation' pour des paiements en tous genres. Nous remplaçons cette mauvaise habitude par la séparation entre la prestation et le paiement, afin de différencier les catégories de paiement. Par conséquent le remboursement du sinistre aux assurés concernés n'est pas un service mais un paiement. Comme dans ce cas il ne s'agit pas d'une rémunération aux assurés concernés, leur particularité comme remboursement d'un sinistre apparaît. Comme ces versements doivent être financés, la part de risque correspondante incluse dans le calcul de la prime constitue une recette pour les remboursements et non pas une rémunération, (voir également *Schünemann*, Etude scientifique de l'assurance (*VersWissStud*) 4ème volume, page 51). »

Page 152: « Le point de vue juridique du rapport fiduciaire laisse peu 'd'espoir' en ce qui concerne l'économie de l'assurance: avec le paiement de la prime d'assurance, l'assuré n'obtient ni droits d'indemnisation matérielle ni droits d'obligation pour le montant versé. Ni l'assuré individuel, ni la collectivité des assurés de droit civil n'apparaissent comme donneurs d'ordres ou comme commerçants dans un contrat de gestion d'affaires. Si la fonction économique ne peut être réalisée qu'au moyen de la collectivité, celle-ci se retire de la structure habituelle du droit civil. L'indication de la littérature concernant le principe de l'association comme base d'une économie fixée par contrat pour le compte commun peut suffire pour indiquer les difficultés des juristes civils dans les conditions communautaires économiques (un autre exemple est la communauté réduite aux acquêts des époux). – Il s'agit bien plus dans le cas de loi sur la redistribution des bénéfices d'une catégorie du droit de rang inférieur par rapport droit civil qui, cependant, justement pour cette raison, remplit les tâches à exécuter de manière parfaite pour répartir les secteurs individuels de droit civil en propres affaires et affaires fiduciaires en ce qui concerne les biens et la redistribution des bénéfices. »

Page 171: « La constatation qu'il existe d'autres principes de gestion à côté du principe de la rémunération, est la tentative décisive contre la conception, particulièrement des juristes contractuels de toujours devoir et pouvoir réduire à 'une prestation contre rémunération'. Le retrait des transactions bancaires et des affaires de l'assurance de l'impôt sur le chiffre d'affaires/taxe sur la valeur ajoutée est une preuve d'incapacité de différencier les paiements selon leur relation économique: dans les deux genres d'entreprises une augmentation de la valeur se produit bien sûr mais, évidemment, les paiements de capital et pour le financement ou les paiements pour la répartition des sinistres ne comptent pas comme paiement de rémunération. »

La phrase de *Leverenz* (à l'endroit cité page 655)

« Les primes sont la rémunération de l'assuré pour l'obligation de l'assureur, lorsqu'un sinistre survient, de fournir les prestations fixées par le contrat »

avec une évidence ne pouvant être surpassée, les erreurs abordées par *Lehmann* et *Meyer* de mettre au même niveau les « prestations » relatives au droit des obligations et économique et d'ignorer en cela les connaissances économiques les plus simples – comme par exemple, qu'un paiement ne constitue une « rémunération » que lorsqu' »une prestation est fournie en indemnisation qui est le résultat d'une activité économique de prestation » (*Lehmann* à l'endroit cité page 98, qui renvoie aussi au prêt dans de nombreux passages de son étude – par exemple pages 24, 25, 88, 89 – dans laquelle le paiement (remboursement) du prêt n'est pas non plus considéré comme une rémunération pour l'obligation de remboursement du prêt et qui n'est pas non plus soumise à l'impôt sur le chiffre d'affaires).

En conséquence, les primes (comme le remboursement de prêts) ne constituent pas une rémunération/un prix car

1. du côté des assurés il n'y a pas, dans le contexte synallagmatique de la prime, de « réception d'une prestation économique » et
2. « l'obligation » (du droit des obligations) d'un tiers ne peut pas être une « activité économique de prestation ».

Ces modèles généraux devraient suffire à reconnaître que « tout un chacun » cherche encore la contre-prestation de la société d'assurance pour la prime (comme soit-disant rémunération), dont l'activité économique de prestation de l'entreprise, donc le remboursement de la prime ou des parties de primes. Une telle activité économique de prestation est reconnaissable, non le « support de risque » inactif, dans le sens de la théorie du support de risque mais pas non plus le remboursement d'une prestation d'assurance dans le sens de la théorie de la prestation en espèces car « une prestation qui est assimilable à un remboursement n'est pas connue dans les préceptes des prestations des études de gestion » (*Lehmann* à l'endroit cité page 79).

H. D. Meyer se consacre très intensément à ces questions dans son « guide de l'assurance » (à partir de la page 19) et essaye de les expliquer d'une manière compréhensive pour tous – par une méthode génético-historique.

« Ensuite, il y a environ 150 ans, le changement radical: des affairistes astucieux eurent l'idée de fonder les sociétés anonymes d'assurance et de copier les méthodes de travail des sociétés d'assurance mutuelles – avec l'arrière-pensée diabolique, d'encaisser les suppléments de garantie qui restent toujours comme gain. Ils prétendaient pouvoir 'produire' et 'vendre' des assurances. A partir de ce moment, ils nommèrent les cotisations des 'primes' et supprimèrent la propriété des assurés sur les cotisations, les suppléments de garantie et les réserves pour lesquels il n'y a pas, jusqu'à ce jour, de motif juridique et économique. –

Un exemple:

Vous avez déposé votre voiture au garage et vous voulez qu'un chauffeur de taxi aille la récupérer. Vous ne connaissez pas exactement le montant de la réparation. On vous a dit: 's'il n'y a rien de particulier, environ 600 DM' - Par sécurité, vous remettez 1.000 DM au chauffeur de taxi. Effectivement il n'y a rien eu de particulier lors de la réparation. Le chauffeur de taxi vous remet la voiture le lendemain avec un reçu de 618 DM, mais pas d'argent. Il est sorti avec un collègue qui l'avait conduit au garage et avec deux amies et il a eu des frais. Le solde des 1.000 DM est son gain. – L'assurance par primes des sociétés anonymes fonctionne de cette manière !

Il y a 100 ans le moment décisif était arrivé de répondre aux questions 'qu'est-ce que l'assurance?' et 'comment peut fonctionner l'assurance par société anonyme?'. Les réponses correctes auraient été:

L'assurance est une activité des assurés eux-mêmes, c'est-à-dire la mise à disposition collective de fonds pour l'élimination de risques financiers. L'assurance est donc la prestation d'une collectivité d'assurés qui tient les fonds à disposition pour le remboursement des sinistres.

Le législateur aurait donc du prescrire que les sociétés anonymes devraient ventiler la prime – par exemple pour une prime de 100 DM, 80 DM de cotisation (pour les sinistres) et 20 DM pour la prestation de service de l'organisation de la société. Donc tous les flux d'argent auraient été très proprement répartis et correctement comptabilisés. On aurait su quelle part de la prime revenait à qui: 80 DM pour la collectivité des assurés, 20 DM pour la société. Les entreprises auraient du pouvoir s'en tirer avec les 20 DM de rémunération leur revenant. Elles n'auraient pas pu plus longtemps se servir du dépôt des sinistres avec l'argent des assurés pour le gaspillage du aux frais et aux erreurs de gestion, ce qu'elles font largement aujourd'hui. Car dans le cas d'une prime de 100 DM n'ayant pas fait l'objet d'une ventilation, il se passe ce qui suit:

La société calcule internement 60 DM de cotisation, 20 DM de supplément de garantie et 20 DM pour ses prestations de service. Le directoire a cependant fait du gaspillage et des erreurs de gestion et les 20 DM pour les prestations de service ne suffisent pas. Toute autre entreprise ferait faillite, mais pas les sociétés anonymes d'assurance. Dans une prime pour laquelle le prix de leurs prestations de service et les fonds des assurés sont amalgamés, elles peuvent disposer des cotisations et suppléments de garantie restant dans le dépôt pour les sinistres. Et, avec celui-ci, elles équilibrent les dépassements de coûts sans que personne ne le remarque et, en plus, elles s'octroient des gains substantiels –même dans les cas les plus graves de mauvaise gestion. »

Afin de pouvoir créer et maintenir cette possibilité de réalisation de gains – injustifiée- la branche avait besoin de l'aide de la science (juridique) de l'assurance. Ainsi, *Reimer Schmidt* (Petit dictionnaire de l'Assurance, HdV, page 1246) constate:

« On peut trouver une prestation particulièrement créative de la science juridique des assurances au siècle dernier. Le développement de l'économie moderne de l'assurance s'est réalisé sans que des travaux scientifico-économiques préalables importants soient effectués et sans que les législateurs y prennent part de manière appréciable. »

Lehmann (à l'endroit cité, page 56)s'exprime de façon similaire:

« Le législateur s'est notoirement posé peu de question en ce qui concerne le contrat d'assurance et est, par conséquent, peu disposé à tenir compte de ses particularités avec des réglementations appropriées. »

La relation « sociétés anonymes/science de l'assurance » est décrite en détail par *H. D. Meyer* dans son « Guide de l'Assurance » (page 30 ff.)

Les scientifiques de la branche essaient de rejeter la critique concernant la confusion des fonds pour le remboursement des sinistres, des épargnes des assurés et de la rémunération pour la prestation de service de l'entreprise dans une prime ne faisant pas l'objet d'une ventilation en faisant remarquer que le prix d'une voiture n'est pas non plus ventilé. Un constructeur automobile ne doit pas non plus signaler combien les pneus ou les essuie-glace ont coûté. Ou bien un fabricant de chaussures ne doit pas non plus signaler ce que le cuir a coûté mais seulement le prix des chaussures.

Cet argument qui apparaît plausible au premier abord se révèle être très naïf lorsqu'on l'examine: personne ne demande de ventiler le 'prix de l'assurance' (qui n'existe pas), mais la prime d'assurance doit faire l'objet d'une ventilation – justement parce qu'elle ne constitue pas un prix. La ventilation de la prime, la communication d'un prix pour la prestation de service de l'entreprise doit justement être rendue possible qui, jusqu'à présent, était cachée dans un mélange constitué par l'épargne, l'argent destiné au remboursement des sinistres et la rémunération des prestations de service.

Rappelez-vous le simple exemple de 'la voiture à retirer du garage' ! – Il y a eu litige car le chauffeur de taxi a occasionné beaucoup de frais avec les mille marks qui lui ont été confiés et réclamait le reste de la somme comme gain. Ce problème est apparu car le chauffeur de taxi a amalgamé les coûts de réparation, avec le règlement desquels il n'avait rien à faire, et la rémunération de sa prestation de service et considérait que les mille marks constituaient le prix pour aller récupérer la voiture.

Un tel amalgame de procédures différentes – du point de vue juridique et économique - ne peut être réglé sans problème que lorsque les parties contractuelles se mettent d'accord que le propriétaire de la voiture paie la facture de réparation

de 618 DM et paie un 'prix', de par exemple 100 DM, pour la prestation de service du chauffeur de taxi avec lesquels son travail et ses coûts sont payés.

Celui qui désire avoir une relation claire dans l'exemple du retrait de la voiture ne demande pas qu'un 'prix' de 1.000 DM soit ventilé mais que le chauffeur de taxi fixe un prix pour sa prestation de service. Ce qui est décisif dans cet exemple – tout comme lors de la ventilation de la prime d'assurance - c'est que par cette séparation nette, chacun peut reconnaître à qui revient le reste de la somme (1.000 DM moins les frais de réparation et la rémunération pour le retrait de la voiture): c'est-à-dire au propriétaire de la voiture !

Le motif principal de la confusion et des malentendus en ce qui concerne l'assurance est du au fait que les fonds pour les remboursements des sinistres (la cotisation pure à l'assurance) et l'argent épargné (dans le cas de l'assurance-vie) et une rémunération pour les prestations de service de l'entreprise – également sous la forme d'argent - sont amalgamés de manière non-identifiable, donc l'argent avec l'argent. En raison de cet amalgame de l'argent, chacun est à la merci des sociétés anonymes et de leurs scientifiques et se trouve dans l'hérésie que l'assurance est une prestation ou un produit des sociétés que ces dernières produisent et vendent contre un prix qui est la prime. C'est pour cette raison qu'elles ont pu faire ce qu'elles voulaient des primes en tant que prix et également encaisser les excédents comme gains.

Comme ce point est vraiment décisif pour la compréhension de l'assurance et de tous les problèmes des consommateurs dans ce secteur voici, ci-après, un exemple comme preuve que l'avis « dominant » établi dans cette branche est insensé. Dans cet exemple, l'amalgame de l'argent est tout simplement empêché en matérialisant l'argent payé par les assurés et changé en autre chose de sorte que les procédures assurance, épargne et prestations de service soient bien claires et que l'on puisse facilement reconnaître qui fournit quelque chose et qui est le propriétaire de quoi:

300.000 propriétaires de téléviseurs se rassemblent dans une collectivité d'assurés qui remplace les téléviseurs endommagés ou détruits de leurs membres. D'après la loi du grand nombre, environ 80.000 téléviseurs devraient être remplacés annuellement. Avec un supplément de sécurité de 20.000 appareils, la collectivité achète 100.000 téléviseurs. La société anonyme qui organise l'acquisition des téléviseurs et les distribue pour la collectivité des assurés reçoit de l'argent pour sa prestation de service. Nous avons donc des téléviseurs et de l'argent qui ne peuvent pas être amalgamés.

Maintenant il y a là un *Professeur Farny* (avec des gains d'appoint non négligeables de la branche) et une grande troupe de partisans de ce Farny qui se citent réciproquement – qui ont établi l'avis dominant que les téléviseurs achetés et l'argent pour la prestation de service étaient un 'prix' pour l'assurance qui doit

être versé à la société anonyme et – comme le prix d'une automobile - ne peut pas être ventilé. L'assurance a été 'produite' par la société anonyme et donc tous les téléviseurs et les sommes versées appartiennent également en tant que prix, sans limite, aux actionnaires. Et maintenant le point important et le but final de Farny & compagnie: dans cette situation, tous les téléviseurs restants et l'argent doivent être considérés comme des 'gains' de la société anonyme ! -

Aucune personne sensée ne viendrait à une idée aussi 'folle'. C'est justement là que, cependant, le motif de tous les inconvénients et malentendus se trouve dans le domaine des assurances: juste parce que les procédures (1) l'assurance comme mise à disposition *d'argent* et (2) le paiement de prestations de service en *argent* sont réalisées dans une seule procédure et donc par une remise d'argent globale ('prime'), les scientifiques de la branche ont abruti le public avec la comparaison 'prix de la voiture / prime d'assurance' et ont pu répandre l'absurdité concernant la prime qu'il était impossible de ventiler.

Celui qui considère les prix de la prime d'assurance comme un chiffre d'affaires – comme d'ailleurs la plupart des journalistes économiques - ne reconnaîtra jamais les nombreux problèmes du domaine de l'assurance ainsi que leurs raisons qui se trouvent seules dans la non-ventilation de la prime d'assurance.

Celui qui considère que le prix de la prime d'assurance est le chiffre d'affaires, donc que les sociétés d'assurance – comme les constructeurs automobiles - peuvent faire ce qu'elles veulent des cotisations et des excédents, devrait transformer l'assurance en jeu de hasard et la police d'assurance en billet de loterie. »

Lehmann (à l'endroit cité, page 126) donne son avis au sujet du changement de sens permanent de la demande de ventilation de la prime en une demande de ventilation du prix (voir aussi *Leverenz*, à l'endroit cité, page 656 sous le chiffre 3):

« *Farny* (selon le protocole de la séance de la commission financière du 25/4/1990, Parlement allemand, 11ème mandat législatif, 7ème commission, No de dossier 2450, protocole No 74, page 74/32 f) en déclarant de manière erronée la ventilation de la prime d'assurance comme liasse pour la ventilation d'un prix, induit en erreur, volontairement, afin de défendre les intérêts des assureurs sous le couvert des scientifiques. »

Donc les avis « prédominants » largement répandus viennent des scientifiques qui se contredisent eux-mêmes.

- *Dieter Farny* essaya donc au milieu des années 60, dans son texte « théorie de la production et des coûts de l'assurance » (éditions *Economie de l'Assurance –Versicherungswirtschaft-* Karlsruhe 1965) de justifier l'idée que la prime d'assurance est un « prix ». Il mentionna ensuite à la page 48: « la plus grande partie du patrimoine disponible dans les sociétés d'assurance ne fait l'objet que d'une gestion fidu-

ciaire. »- A ce propos, tout juriste doit se poser la question: comment des biens fiduciaires peuvent-ils être produits « à l'arrière » lorsque « par devant » il s'agit de prix encaissés ? - *Farny* est cependant celui qui est cité à tout bout de champ parmi les centaines de scientifiques pour apporter la preuve que l'assurance est un produit de l'entreprise et la prime le prix à payer.

- *Walter Karten* essaie, dans son écrit pour Günter Schmidt, *Neue Wege des Versicherungsmanagements* – Les Nouvelles Voies du Management de l'Assurance (Editions Economie de l'Assurance -*Verlag Versicherungswirtschaft*, Karlsruhe 1997, page 75 ff.), sous le titre « rappel de quelques erreurs notoires concernant l'assurance » de minimiser la critique (quelques) des bases économiques et juridiques dans le domaine de l'assurance comme « passé » (« rappel ») et compare ensuite la vente de la protection de l'assurance (contre la prime comme prix à payer) avec la « vente de pommes de terre au kilo » (page 76 f). Il qualifie les créances après une ventilation de la prime de « naïves » (page 81), les avis sur le « caractère collectif de l'assurance » comme « légende, mythe ou chimère » (page 89) et les classe - étant en contradiction avec l'économie de marché – comme socialistes (page 77, à ce sujet également une tactique appréciée par la branche, les critique comme étant des ennemis de l'économie de marché et clouant au pilori la compétition alors que justement ceux-ci veulent appliquer l'économie de marché et la libre compétition – par les renseignements concernant les prestations et les prix).

Subitement *Karten* reproche aux politiciens de dépasser les bornes tout en avançant un raisonnement surprenant (page 91):

« L'impôt sur l'assurance est calculé de manière erronée sur la prime globale et non pas sur la 'plus-value' qui est incluse. D'un point de vue économique, les 'prestations d'assurance' sont des transferts aléatoires et, seules les primes allant au-delà sont l'équivalent d'une valeur de production et sont déversées dans le produit social ».

Justement cette réduction de la production brute de l'économie de l'assurance sur les parts des prestations de service reprises dans le produit social brut a été examiné par l'Office fédéral des Statistiques en faisant remarquer (les sociétés d'assurance dans la comptabilité nationale, l'économie et la statistique, 1970, cahier 7, 331 – voir ci-dessus la note de bas de page 8:

« la part de prestation de service est la véritable rémunération pour la prestation de l'entreprise d'assurance ».

Et, avec *Leverenz* – donc avec l'argumentateur de la branche de l'assurance – on peut livrer un motif avec sa déclaration (page 656) que « les moyens de satis-

faire à l'obligation des assureurs proviennent indirectement des primes des assurés », donc comme argent non ventilé ne pouvant pas être des éléments du prix.

Par sa déclaration, *Karten* rejoint de manière surprenante la demande d'une ventilation de prime calculée ou comptabilisée. Il ne voit dans les 'prestations d'assurance' que des transferts de paiement, donc seulement la partie la dépassant comme « équivalent d'une valeur de production » de l'entreprise d'assurance. Cet « équivalent » est cependant la rémunération (le prix) pour le service des entreprises d'assurance.

Tout comme *Karten*, *Lehmann* à l'endroit cité, page 98:

« dans l'économie nationale, les rémunérations commencent avec l'évaluation du revenu national/création de plus-values. »

Seulement *Lehmann* (à l'endroit cité, page 24) a finement reconnu ce qui avait échappé à *Karten*: l'économie de l'assurance est, en ce qui concerne la perception de l'impôt sur l'assurance sur la prime globale, « dépourvue d'arguments aussi longtemps qu'elle refuse la ventilation de la prime d'assurance en parts de rémunération. » *Lehmann* (à l'endroit cité, pages 167 et 114) en tire ici des parallèles avec le jeu de hasard qu'il qualifie de « retour à l'assurance » (à l'endroit cité, page 114) – comme dans d'autres passages de son étude:

Page 167: « le législateur en matière de fiscalité a utilisé à ses fins la situation imposée depuis longtemps par des intérêts arbitraires bien que la Cour Suprême européenne ait donné à comprendre qu'il ne pouvait poursuivre sa conception de 'la rémunération' dans l'imposition du chiffre d'affaires (voir panorama de l'impôt sur le chiffre d'affaire, 1994, pages 178-183, BStBl. II, 1994, page 548 f.). – De manière facile à comprendre, le fisc a aussi considéré les entrées des jeux de hasard comme entrées de rémunérations afin de les soumettre à l'impôt sur le chiffre d'affaire sans considérer le versement des gains comme un facteur de diminution. La Cour Suprême européenne a réfréné cette procédure en premier. »

Page 114: « Plusieurs fois le Procureur général F.G. Jacobs constate que des activités telles que les jeux et les paris-et également les assurances- sont inaptés par leur structure à l'imposition sur le chiffre d'affaires/prélèvement d'une taxe sur la valeur ajoutée » (*Jacobs*, jugement 1994, page 1980 f.). »

Ou bien *Karten* ne s'est pas rendu compte - tout comme *Farny* (voir ci-dessus) – de la contradiction totale de ses déclarations ou bien tous les deux pensent que la communauté (ou bien aussi la jurisprudence) ne découvrent pas la contradiction lorsque *Farny* parle une fois de la prime comme prix et ensuite de gestion fiduciaire et *Karten* une fois de « prix pour 3 ou 5 kilos de protection » et puis soudain réduit le produit offert à une valeur (de production brute) qui, après la soustraction de la « prestation d'assurance » (« paiement de transfert aléa-

toire ») restant. Lorsqu'on interroge les « faiseurs d'opinions » de la science de l'assurance comment la prime d'assurance peut être un prix, on ne récoltera certainement que le silence.

Ce qui paraît aussi important c'est l'indication que la demande d'une ventilation de la prime d'assurance –ici en matière de calcul seulement- n'a rien à voir avec le « socialisme », avec des interventions dans l'économie de marché et la libre compétition et n'est surtout pas dirigée contre les gains de l'entreprise. Pour cette raison « l'horrible scénario » évoqué par la branche (voir *Karten* à l'endroit cité, page 77; *Leverenz*, à l'endroit cité, page 659) sous l'indication de *Meyer* (ZRP 1990, 424, 428) doit être résumé pour comprendre comment une assurance d'après la « théorie de l'assurance/prestation de service » (*Meyer*) ou la « théorie de l'assurance fiduciaire » (*Lehmann*) fonctionnerait sur la base de la constitutionnalité de l'économie de marché et de la libre compétition:

- Il y aurait – juridiquement - un contrat réciproque qui réglerait – économiquement - toutes les prestations de service échangeables de la société d'assurance par la répartition fiduciaire dans le but du remboursement des sinistres. Ces prestations de service seraient fournies pour tous les assurés (donc également pour ceux qui ne reçoivent pas de prestation de l'assurance). La fiduciaire d'assurance serait –comme selon le KAGG des sociétés d'investissement – séparée du secteur du patrimoine des actionnaires (voir § 1 KAGG: « Dénomination - (1) Sociétés d'investissement de capital dont le secteur d'affaires est centré sur le placement de l'argent qui leur est confié dans leur propre nom pour le compte des investisseurs (actionnaires)... séparément de leur propre patrimoine » - § 6 KAGG: « biens propres - (1) L'argent placé dans les sociétés d'investissement de capital et le patrimoine ainsi créé constituent un bien propre.... Le bien propre doit être séparé du patrimoine de la société d'investissement. »).
- Les entreprises de prestation de service de la branche de l'assurance purent faire des gains librement sur le marché et envers la compétition seulement par l'influence de leurs prestations de service.
- La condition pour une compétition en mesure de fonctionner serait créée pour la première fois pour les prestations de service compétitives des entreprises de prestations de service d'assurance en communiquant un prix pour les prestations de service de l'entreprise.

Chaque entreprise comporte un risque lié à son activité, par contre, les sociétés d'assurance ne supportent qu'un « minuscule » risque - selon *Lehmann* (à l'endroit cité, page 55):

« Ce risque 'lié aux affaires' d'une société d'assurance peut être, en règle générale, complètement écarté par une augmentation de la prime d'assurance avec, comme conséquence, que le capital propre des actionnaires, au contraire de sa fonction économique, est remis et utilisé sans risque. »

De même, *Heinrich Bader* (L'assurance de l'Etat en RDA, 3ème édition, Berlin 1980):

« Avec l'énoncé des faits concernant le risque de l'assurance, on essaie de fonder ou de justifier l'appropriation de parts des cotisations sous la forme d'un profit de l'assurance. L'expérience enseigne cependant que le commerce du risque est le commerce comportant le moins de risque. »

La branche allemande de l'assurance reçoit annuellement environ 200 milliards € (primes et gains sur les investissements de capital). Elle gère un patrimoine d'environ 9 billions €. Sur les 100 milliards encaissés € dans un secteur autre que dans l'assurance-vie, environ 50 milliards € seulement sont reversés en 'prestations d'assurance'. Où pourrait se trouver le risque technique ou de gestion – après la soustraction appropriée des coûts des prestations d'environ 20 milliards € - avec un excédent de 30 milliards € en cotisations, avec des provisions (également tacites) et des réserves de 200 milliards € (argent des assurés), avec les nombreuses possibilités des comptes croisés (coûts) et avec une réassurance dans le monde entier ? -

Des gains extrêmes sont possibles, car dans le domaine des assurances les conditions fondamentales pour une compétition et pour sa sanction n'existent pas. Et il n'existe pas de conditions de compétition car les rapports contractuels et concernant le patrimoine des assurances, en particulier pour l'assurance-vie de capitalisation ne sont pratiquement pas réglementés. Le fait que les sociétés anonymes d'assurance ne doivent pas gagner leurs « bénéfices » mais qu'ils les retirent des excédents permanents en provenance des fonds des assurés caractérise dans notre vie économique la situation unique qu'il convient de corriger c'est-à-dire de réformer.

L'instauration du contrôle de l'Etat sur l'industrie de l'assurance est née lorsque l'on s'est aperçu que

- Les conditions d'information des consommateurs, de transparence et de compétition n'étaient pas réunies
- L'assurance n'est pas une quelconque activité libérale visant la production et la mise à disposition de biens matériels en vue de satisfaire un besoin populaire (Justification de la loi sur le contrôle de l'assurance dans Schmidt/Frey, Loi sur le contrôle de l'assurance (VAG), 10ème édition, Remarque préliminaire, mention marginale n° 37).

Le contrôle de l'assurance a été notoirement considéré comme une institution devant compenser les problèmes d'informations des consommateurs. Ainsi, il est question, dans la justification de la loi sur le contrôle de l'assurance dans Schmidt/Frey, 10^{ème} édition, remarque préliminaire, mention marginale n° 37), du « risque gravissime de porter préjudice au bien du peuple, risque qui sous-tend la menace d'abus de l'assurance, d'autant plus probable que dans ce domaine, le citoyen, même scrupuleux et averti, se

trouve régulièrement dans l'incapacité de porter un jugement fiable sans l'aide de l'autre partie». On ne peut supposer que l'individu soit en mesure, suite à un examen circonspect, de se former un jugement juste pour déterminer à quelle compagnie il doit accorder sa confiance.

Le problème de l'information dû à des raisons structurelles avait donc déjà été mis en évidence il y a presque 100 ans. Le contrôle de l'assurance par l'Etat fut donc instauré en vue de pallier le manque d'informations et l'inexistence de compétition imputables à l'absence de réglementation dans le domaine des relations contractuelles et patrimoniales.

Lehmann (à l'endroit cité. page 24):

« Seule la ventilation de la prime d'assurance correspondant aux détails des calculs dans l'offre de contrat et dans le calcul de la prime annuelle crée les conditions permettant de parler d'une compétition des prestataires à l'égard des demandeurs d'assurance, ou plus précisément les souscripteurs de contrats d'assurance (cf. également page 179). Car tant que l'offre ne fait pas la distinction entre les éléments service, assurance et placement de capital et tant que la prime à payer n'est pas décomposée en partie allouée à la rémunération, à la contribution au risque et à l'épargne, le souscripteur ne dispose pas d'éléments pour comparer les diverses offres, condition préalable à l'existence de la compétition. Il existe actuellement dans le meilleur des cas une concurrence dans le sens où il y a un grand nombre de prestataires offrant de l'assurance. »

Tous les commentaires et toutes les négociations notent l'importance de l'indication du prix comme condition préalable d'une compétition assurant la protection du consommateur.

L'Office fédéral de contrôle de l'assurance seule instance restant finalement compétente pour la protection du consommateur, a déclaré dans le cadre de l'annexe K9, qu'elle n'est pas, comme le prétend l'accusée, une « instance suffisante de régulation des primes d'assurance ».

« L'Office fédéral de contrôle de l'assurance ne peut intervenir à l'encontre de primes excessives. »

Cette affirmation a également annihilé le postulat énoncé dans le jugement mis en cause du tribunal d'instance, selon lequel l'appât du gain des compagnies d'assurances était réfréné par l'Office fédéral de contrôle de l'assurance (BAV).

Imprimé 9/1493 du Bundestag (justification voir page 27):

« Les contrats d'assurances vie étant conclus à long terme, le calcul de la cotisation devra être effectué avec une précaution extrême. Les primes comprendront donc des suppléments élevés garantissant une marge de sé-

curité. Afin de préserver les intérêts des assurés, l'excédent se dégageant de cette procédure provenant de l'évolution du risque et du placement des capitaux sera, dans la mesure du possible, entièrement répercuté à l'assuré. Ceci est cependant impossible actuellement car les assureurs soldent entièrement les pertes enregistrées dans d'autres secteurs, en particulier dans le domaine des frais administratifs et des frais de clôture, avec les excédents rapportés de l'évolution de la mortalité et des placements de capitaux, et ce au détriment des assurés. »

« Les excédents émanant de l'évolution du risque et de la mortalité » sont des excédents de risque qui existent de la même façon pour toutes les assurances.

Concernant les « suppléments pour marges de sécurité » auquel fait allusion l'imprimé du Bundestags, *Basedow* dit (dans «Die Kapitallebensversicherung als partiarisches Rechtsverhältnis » (L'assurance vie par constitution de capital comme relation juridique partiaire), dans la revue *ZVersWiss* 3/92, 419, 454) – à l'instar du *Gouvernement fédéral* et de *Gehrhardt* dans *Versicherungswirtschaftliches Studienwerk*, (Etude économique sur l'assurance) 2^{ème} édition, C IX, page 135, 144), de *Claus* (VerBAV, publication de l'Office fédéral de contrôle de l'assurance, 1990, page 24, et VerBAV 1989, page 225), *Janotta-Simons* (VerBAV 1985, S. 427), *Böhme* (à la séance du Bundestag du 14.5.1980, procès-verbal. Page 17409):

« Les profits d'assurance imputables aux suppléments de primes pour marge de sécurité, ou enregistrés grâce à eux, reviennent au souscripteur de la police et doivent lui être redistribués. »

La ventilation de la prime n'est pas une utopie puisqu'elle existe déjà (par ex. pour l'assurance automobile au Japon ou aux Philippines (cf. *H. D. Meyer* dans son œuvre *VersWissStud* (Etudes scientifiques sur l'assurance), Tome 1, page 149, 150 note de bas de page n°3). Les calculs des économistes du monde entier confirment cette opinion, de même que le font également les réglementations dans d'autres domaines (la loi sur les sociétés d'investissements, la loi sur le crédit à la consommation) ainsi que le seul jugement, cité à maintes reprises, du tribunal régional supérieur de Nurem, qui se soit intéressé à la nature juridique du contrat d'assurance.

La communauté des assurés, supposée comme évidente pour le souscripteur de la police d'assurance, fonctionne comme les communautés décrites. Cf. sur ce sujet *Lehmann*, à l'endroit cité:

Page 151: « Dans ce type de gestion pour le compte d'autrui, le problème essentiel réside dans la délimitation des intérêts propres de l'administrateur des biens. Le problème de la gestion fiduciaire n'est pas tant celui du pouvoir juridique démesuré de l'administrateur de biens découlant de sa position de mandataire pour la gestion de biens meubles et immeu-

bles par rapport à celui de son mandant, mais bien davantage la séparation des affaires et le contrôle de celle-ci. – Pour ce faire, la gestion fiduciaire se sert à l'évidence du calcul prescrit et contrôlé par la loi sous la forme des principes de comptabilité réglementaire. »

Page 152: « Le point de vue des juristes sur le rapport entre administrateurs fiduciaires et mandants laisse peu d'espoir en ce qui concerne la gestion de l'assurance: en payant une prime d'assurance, l'assuré n'acquiert ni droit réel d'indemnisation, ni droit de créance pour le montant versé. – Ni l'assuré individuel, ni la communauté des souscripteurs d'une branche (qui n'existe pas pour le droit civil), n'agissent en tant que donneurs d'ordre ou agent d'affaires dans un contrat de gestion ou d'administration des affaires d'autrui. – Si la fonction économique n'est réalisable qu'au moyen de la communauté, cette dernière s'affranchit ainsi de la structuration habituelle du droit civil. La référence à la littérature concernant le principe de la solidarité comme fondement d'une gestion convenue contractuellement aux frais de la communauté pourrait suffire pour expliquer les difficultés du spécialiste en droit civil avec les rapports de gestion communautaire (à titre d'exemple on mentionnera la communauté de biens des époux réduite aux acquêts). – La législation concernant l'attribution des bénéfices est certes une catégorie juridique de rang inférieur au droit civil, mais qui, précisément pour cette raison, remplit cependant parfaitement la fonction ici attendue de scinder le domaine individuel du droit civil en d'une part les affaires réalisées pour le compte propre du mandataire et celle réalisées à titre de mandataire pour le compte du mandant en ce qui concerne la gestion du capital et l'attribution des bénéfices. »

Page 154: « Il est évident que la prise en charge d'un risque (ex ante) et l'indemnisation du sinistre (ex post) ainsi que la tâche de placement des capitaux se greffant à l'assurance constituent une gestion des affaires d'autrui réalisée aux frais et dans l'intérêt des assurés d'une branche. Cependant la communauté qu'ils forment est en contradiction avec l'idée habituellement admise selon laquelle le rapport entre mandant et mandataire doit relever du droit civil. Cependant, le regroupement d'un grand nombre de personnes ayant des intérêts allant dans le même sens et donc communs a toujours été l'occasion d'isoler les capitaux consacrés à ce secteur économique commun et de le soumettre à une attribution individuelle des bénéfices, comme nous le montre un coup d'œil dans la société civile. La pratique actuelle de conduire les affaires de gestion d'assurances et du placement de capitaux comme des affaires propres de la compagnie d'assurances et de comptabiliser les résultats qui relèvent de la loi de la redistribution à son propre compte, en les amalgamant aux prestations de services, ne peut être justifiée ni par le manque de juridiction d'une comptabilisation séparée, ni par la corrélation des faits économiques. »

Page 155: « Cette alliance purement économique, c'est-à-dire résultant

des calculs et de l'offre contractuelle, de contrats d'assurance de même orientation d'une branche n'est certes évidemment pas, juridiquement parlant, le partenaire du contrat de gestion des biens, mais elle a, du fait des intérêts à la fois communs et propres, une position entraînant que la fonction du contrat de gestion doit être et est réalisée par la compagnie d'assurance à titre d'administrateur au profit des assurés (à titre de communauté non unie juridiquement): une activité de gestion indépendante, en prenant en considération des intérêts étrangers et donc désignée de relation fiduciaire visant la réalisation de bénéfices:. (cf. *Palandt-Thomas*, Anm. 1 à 4 concernant le § 675 du code civil allemand). Le fait de concentrer ses activités aux intérêts financiers d'autrui, à une activité de type économique dans le sens d'une relation avec le capital et à de telles affaires, que le partenaire du contrat devait à l'origine gérer lui-même en prenant en compte ses intérêts et de se concentrer à la prise en compte des obligations déjà existantes du partenaire du contrat, relève traditionnellement de la gestion de capitaux pour le compte d'autrui et est donc trop proche de l'économique tel que nous le définissons.

A défaut de partenaire du contrat et de fiduciaire, la gestion des affaires est exclusivement portée par les intérêts propres communs des assurés à l'encontre des intérêts des actionnaires. (notre argumentation: capital fiduciaire d'une communauté – gestion de l'assurance dans le sens de la réalisation d'une tâche étroitement liée à la communauté – cette gestion en tant que matière et objet de la gestion des affaires par l'administrateur laisse peu de place à la gestion en tant qu'aspect du contrat d'assurance individuel).

Page 156: « Autrement dit: ,incertitude dans les cas individuels' et ,communauté des risques' sont les deux éléments caractéristiques de la gestion dans le domaine de l'assurance. Le manque de fondement juridique de la communauté des assurés n'est donc pas un argument pour ne pas prendre en considération ses intérêts identiques (cf. *Schünemann*, *VersWissStud* 4^{ème} tome, page 53).

Il a été dit à maintes reprises que pour ce qui concerne la nature juridique litigieuse et le manque de réglementation du contrat d'assurance, il n'était pas possible de compléter le droit sans une analyse économique approfondie. Pour conforter la thèse de ses quatre critiques concernant les aspects juridiques sur des questions fondamentales du secteur de l'assurance, l'association des assurés a chargé trois économistes de l'université de Trèves de réaliser une expertise (*Matthias Lehmann, Karl Kirchgesser, Dieter Rückle*), dont les résultats sont maintenant disponibles dans le tome 5 des Etudes scientifiques sur l'assurance (*Versicherungswissenschaftlichen Studien*) publié par le Comité scientifique de l'Association des assurés: *Jürgen Basedow, Ulrich Meyer, Hans-Peter Schwintowski*).

Les trois scientifiques aboutissent unanimement à la conclusion que la comptabilisation actuelle des primes d'assurances au poste « chiffre d'affaires / produit » est fautive et qu'elle est à l'origine de nombreux errements dans le domaine de l'assurance. Les trois scientifiques sont partis de l'hypothèse de l'administration fiduciaire de l'assurance sur la base juridique de la redistribution des résultats qui découle de la structure économique du contrat d'assurance.

Dans un premier temps il sera démontré au moyen du contrat de prêt qu'il existe des contrats réciproques qui – comme le contrat d'assurance – n'entrent pas dans le schéma habituel selon lequel les contrats réciproques ne se définissent qu'en fonction du modèle « prestation contre rémunération ». Il convient de se libérer de cette association traditionnelle, de cette mise en parallèle viciée des concepts de « contre-prestation », « paiement » et « rémunération ». Tant que le juriste fait disparaître les paiements dans la marmite commune des 'prestations', il n'est pas en mesure de faire la différence entre les paiements de rémunération, de financement et d'indemnisation, de taxes et impôts et d'allocations. Le manque de perception de cette différenciation nécessaire est la source perpétuelle de malentendus, de conclusions erronées et de problèmes.

La comptabilisation actuelle de la prime au poste « chiffre d'affaires / produits » est une imprécision sciemment commise par l'assureur dans le contrat d'assurance qui devient un contrat unilatéral utilisé d'une manière arbitraire de la part de la compagnie d'assurance. Cette pratique ne se justifie pas d'un point de vue économique et elle est tout simplement dénuée de sens: aucune banque ne songerait à comptabiliser ses opérations de crédit et de placements dans un poste bénéficiaire et aucun économiste raisonnable ne transformerait des opérations de paiement d'indemnisation des sinistrés d'une communauté en « prestation contre rémunération ». La désignation de « prestation contre rémunération » n'est pas recevable pour expliquer aussi bien le contrat d'assurance avec son principe d'indemnisation que le contrat de prêt avec son principe bien spécifique de financement.

Sans avoir au préalable défini la prestation, on ne peut parler du caractère rémunérateur de la prime d'assurance. Dans le cas du contrat d'assurance, il s'agit, comme dans un jeu de hasard, d'une affaire de compensation entre un grand nombre de personnes. On peut parler de relation triangulaire: (1) un accord ayant une valeur juridique, (2) le paiement d'une cotisation pour chaque participant et (3) un paiement à une personne déterminée par le hasard en fonction de conditions définies. Les affaires de compensation sont manifestement spécifiques et ne se classent pas dans la catégorie « prestation contre rémunération ». Ainsi, les règlements de sinistres de la compagnie d'assurance ne sont pas des prestations au profit de l'assuré concerné, mais font partie de la catégorie des règlements compensatoires.

Si l'on comprend la compagnie d'assurance comme un prestataire de services ayant pour objet de référence ou pour moyen « l'argent », il convient alors de ventiler le montant de la prime d'assurance en une partie attribuée au service, qui,

en comptabilité, figurera au poste « chiffre d'affaires/produits » au profit des actionnaires et une partie risque qui doit être comptabilisée à un poste de résultats neutres au profit des assurés. Le concept de production du service dans le sens d'un moyen est ensuite ajusté à la procédure de comptabilité. Le contrat d'assurance englobe deux, voir même trois relations réciproques, dans le cas du contrat d'assurance vie par capitalisation. Seule l'une de ces relations, celle concernant la prestation de service, fonctionne selon le principe de rémunération. La relation réciproque typique d'une relation contractuelle fonctionne à l'inverse selon le principe de compensation et la partie placement des liquidités disponibles, selon le principe de financement (également en dehors de l'assurance vie par capitalisation).

Il est évident que l'on parle de trois relations réciproques partielles réunies dans un seul et même contrat avec le souscripteur de la police. Du point de vue du droit civil, il s'agit cependant d'un contrat (*cf. Schünemann, JZ 1995, page 433 1. Sp.*), d'une entité juridique unique et non pas d'un contrat combiné. Une seule enveloppe juridique englobe les relations réciproques partielles. Du point de vue du droit contractuel, la prestation de service (comme réalisation de la fonction de service) est un rapport réciproque synallagmatique dans le sens de prestation et rémunération et pas simplement une « contre-prestation ». La réalisation de la redistribution des sinistres, l'aspect spécifique du contrat d'assurance et le placement de capitaux sont quant à eux au contraire des relations réciproques non-synallagmatique.

En payant une prime d'assurance, l'assuré n'acquiert ni un droit d'indemnisation réel, ni un droit de créance pour le montant versé. – Ni l'assuré individuel, ni la communauté des souscripteurs (qui n'existe pas pour le droit civil) d'une branche, n'agissent en tant que donneur d'ordre ou agent d'affaires dans le cadre d'un contrat de gestion ou d'administration des affaires d'autrui. Il est évident que la prise en charge de risques (*ex ante*) et l'indemnisation du sinistre (*ex post*) ainsi que les tâches de placement des capitaux se greffant à la gestion d'assurance constituent un travail de gestion des affaires d'autrui réalisée aux frais et dans l'intérêt des assurés d'une branche. Cependant la communauté qu'ils forment est en contradiction avec l'idée habituellement admise selon laquelle le rapport entre mandant et mandataire doit relever du droit civil. Cependant, le regroupement d'un grand nombre de personnes ayant un intérêt allant dans le même sens et donc commun a toujours donné lieu à une scission du capital consacré à ce secteur économique commun et de le soumettre à une répartition individuelle des bénéfices, comme nous le montre un coup d'œil dans la société civile. La pratique actuelle de conduire les affaires de gestion d'assurances et du placement de capitaux comme des affaires propres de la compagnie d'assurances et de comptabiliser les résultats qui relèvent de la loi de la redistribution à son propre compte, en les amalgamant aux prestations de services, ne peut être justifiée ni par le manque de juridiction d'une comptabilisation séparée, ni par la corrélation des faits économiques.

Cette alliance purement économique, c'est-à-dire résultant des calculs et de l'offre contractuelle, de contrats d'assurance identiques d'une branche, n'est certes évidemment pas, juridiquement parlant, le partenaire du « contrat de gestion des biens » ni l'agent d'affaires, mais elle a, du fait des intérêts à la fois communs et propres, une position justifiant que la fonction du contrat de gestion doit être et est réalisée par la compagnie d'assurance en sa qualité d'administrateur au profit des assurés (à titre de communauté non unie juridiquement): une activité de gestion indépendante, prenant en considération les intérêts d'autrui et donc évidemment qualifiée « de relation fiduciaire destinée à la réalisation de bénéfices » (cf. *Palandt-Thomas*, Anm. 1 à 4 concernant le § 675 du code civil allemand). Le fait de concentrer ses activités aux intérêts financiers d'autrui, à une activité de type économique dans le sens d'une relation avec le capital et à de telles affaires, que le partenaire du contrat devait à l'origine gérer lui-même en prenant en compte ses intérêts et de se concentrer à la prise en compte des obligations déjà existantes du partenaire du contrat, relève traditionnellement de la gestion de capitaux pour le compte d'autrui et est donc trop proche de l'économique tel que nous le définissons.

A défaut d'agent d'affaires et de fiduciaire, la gestion et l'administration des affaires d'autrui est exclusivement portée par les intérêts propres et ayant une orientation commune des assurés à l'encontre des intérêts des actionnaires. Les arguments: « capital fiduciaire collectif – gestion d'assurance dans le sens de la réalisation d'une activité étroitement liée à la communauté – cette gestion en tant que matière et objet de la gestion des affaires d'autrui par l'administrateur » laisse peu de place à la gestion des affaires en tant qu'aspect du contrat d'assurance individuel).

« Incertitude dans le cas individuel » et « communauté des risques » sont les deux éléments clé caractéristiques de la gestion dans le domaine de l'assurance. Le manque de fondement juridique de la communauté des assurés n'est donc pas un argument pour ne pas prendre en considération ses intérêts communs (cf. également *Schünemann*, *VersWissStud* (Etudes sur l'assurance tome 4, page 53).

En conséquence, il existe avec la « redistribution des bénéfices » un concept élaboré depuis longtemps pour la gestion, pour le capital employé pour elle et pour la comptabilisation des deux. Il manquait par conséquent uniquement le transfert et l'intégration dans l'administration fiduciaire pour l'intérêt d'autrui également disponible. L'application à la société anonyme d'assurance en tant qu'administrateur fiduciaire de biens ajoute seulement les aspects de « incertitude du risque » et de « communauté » spécifiques de la gestion d'assurance. Par conséquent nous n'avons pas besoin dans un premier temps du législateur qui rédige une définition consistante du contrat d'assureur mais de l'étude conjointe du droit civil, de la gestion, de ses limites juridiques et de sa mise en œuvre au moyen d'un système de comptabilité.

Lehmann propose de transposer le concept élaboré en lois (à l'endroit cité page 168). Il s'agit à cet égard – d'après *Lehmann* – « dans une certaine mesure

seulement d'une modification rédactionnelle de la loi en raison de la formulation peu significative du § 1 VVG (code sur le contrat d'assurance allemand) ». Lehmann part du principe que les spécificités de la gestion d'assurance, à savoir « l'insécurité », « la communauté » et « la durée du contrat » ne permettent pas que les relations entre la compagnie d'assurance et l'assuré individuel soient totalement et entièrement consignées dans le contrat d'assurance. Les conséquences profondes des particularités économiques évoquées précédemment nécessitent toutefois de concevoir du côté de la compagnie d'assurance la fonction de gestionnaire fiduciaire comme une institution complémentaire de chaque contrat d'assurance.

Afin de faciliter aux juristes et aux néophytes leur familiarisation avec les aspects économiques complexes et la lecture des 300 pages d'explications exhaustives des économistes dans le tome 5 des Etudes scientifiques sur l'assurance (*Versicherungswissenschaftlichen Studien*), voici une compilation d'extraits des citations essentielles des auteurs concernant la valeur économique du contrat d'assurance (pour une meilleure compréhension, certaines des citations précédemment mentionnées seront partiellement répétées ici):

Dieter Rückle, La détermination et l'utilisation des excédents dans l'assurance vie par constitution de capitaux du point de vue de la juridiction sur le bilan, l'indemnisation et le placement de capitaux dans *VersWissStud* (Etudes scientifiques sur l'assurance) tome 5, 249:

Page 260: « Pour l'application juridique, il convient de déterminer le cœur économique véritable du contrat. »

Page 294: « On ne peut pas déduire de l'exercice de comptabilisation unifiée des primes des caractéristiques économiques. Il convient plutôt d'avoir en amont une analyse juridique et économique, puis en aval la comptabilisation. »

Page 293: « A l'avenir, il conviendra – pour répondre aux exigences de transparence et afin de créer les bases d'une véritable compétition – de rédiger des avis d'échéance de primes sur lesquels figurent clairement les différents éléments composant le calcul de la prime. Toutefois, le fait que les primes étaient jusqu'à présent globales ne doit pas laisser conclure que ce caractère de globalité est inhérent à la prime. L'appel de cotisations et le règlement d'une prime globale ne sont pas des arguments suffisants pour affirmer que la prime représente la rémunération d'une prestation de l'assureur. Une prime globale peut être ventilée pour les besoins de la comptabilité. Les opérations comptables et le bilan doivent découler des données économiques et non pas l'inverse. Pour le détail de la décomposition de la prime – ou à la rigueur son estimation approximative – il existe toute une série de modèles dans le droit comptable. » (Remarque: la citation se situe dans le contexte des remboursements de dettes et des contrats de leasing).

Page 259: « La doctrine traditionnelle de l'économie de l'assurance avance l'argument que les assureurs vendraient un produit complexe, au cœur duquel se trouve la garantie d'assurance, la prime étant la rémunération de la prise en charge d'un risque par la compagnie. Selon l'avis minoritaire que défend également l'auteur, il serait opportun, en raison des particularités de l'assurance, de décomposer la prime en une partie pour la rémunération d'un service et l'autre partie pour une dette. »

Karl Kirchgesser, La redistribution des bénéfices, l'utilisation des bénéfices et l'imposition des produits provenant de l'assurance de risques et du placement de capitaux: situation juridique et alternatives, dans *VersWissStud* (Etudes scientifiques sur l'assurance tome 5, 191:

Page 243: « « La situation juridique fiscale et celle réglementant actuellement la redistribution des résultats exerce une influence sur le conflit d'intérêt qui oppose les actionnaires et les souscripteurs d'une compagnie d'assurance en ce qui concerne d'une part la répartition entre les différents cercles d'intérêts du produit des rendements et d'autres part les primes exagérées, lequel conflit penche unilatéralement en faveur des actionnaires. »

Matthias Lehmann, Le contrat d'assurance et l'administration fiduciaire des assureurs du point de vue économique et de la distribution des bénéfices, dans *VersWissStud* (Etudes scientifiques sur l'assurance, tome 5, 17:

Page 169: « La procédure actuelle décrite n'est justifiée par aucune raison logique, si l'on refuse d'accepter comme raisons le manque de réflexion, la compréhension erronée des faits et le mélange intentionnel des différents métiers. »

Page 45: « Comparé au contrat réciproque typique comportant une prestation contre une rémunération, le contrat d'assurance tel qu'il existe actuellement est un contrat totalement unilatéral guidé par la pratique arbitraire de la compagnie d'assurance. »

Page 50: « La détermination unilatérale de la prestation par la compagnie d'assurance entraîne un second aspect du droit contractuel de l'annihilation comptable du détail du calcul de la prime et nous conduit dans le domaine des §§ 315 et suivants du code civil allemand (cf. à cet égard *Schiinemann*, dans *VersWissStud*, tome 4 page 43 à 49). L'enregistrement de la prime au poste « chiffre d'affaires / produits » est une imprécision du contrat d'assurance volontairement commise par l'assureur » - Page 154: « Il reste comme seule explication plausible de la procédure actuelle de passer la prime d'assurance sans la diviser au poste chiffre d'affaires/produits, l'intérêt propre que retire l'assureur de cette pratique. »

Page 19: « Selon la compréhension que l'on a actuellement de la science économique et juridique de l'assurance, la compagnie d'assurance fournit des prestations au souscripteur de contrat et reçoit en échange une rémunération sous la forme d'une prime d'assurance. Les primes sont encaissées selon la coutume au poste « chiffre d'affaires et produits » par la compagnie et les remboursements de sinistres sont logiquement attribués au poste des dépenses. »

Page 20: « Les contributions au risque comprises dans les primes d'assurances sont effectivement des fonds propres provenant des assurés destinés à être répartis entre les sinistrés. »

Page 33: « Il convient d'expliquer le contenu économique et la teneur des règles de ce contenu économique d'un type de contrat donné. Les directives juridiques données, à savoir le niveau de l'état de faits, ne constituent pas le point de départ. Par conséquent, il ne s'agit pas d'interprétation juridique au sens d'une considération économique, et pas non plus d'une analyse économique du droit contractuel de l'assurance. Ce n'est pas le droit qui est soumis à l'analyse mais l'application du droit. Le point de départ est par conséquent le niveau de l'état des faits matériels qui doit être analysé pour la compréhension et l'interprétation des directives juridiques (déjà appliquées et interprétées) (pour ce qui concerne la non prise en considération du niveau de l'état des faits dans le cadre de la doctrine juridique cf. *Lehmann*, Capital d'entreprise et capital particulier d'entreprises (Betriebsvermögen und Sonderbetriebsvermögen, Wiesbaden 1988, page 11 à 14). ... L'explication que l'on trouve habituellement dans la littérature des contrats réciproques comme contrats d'échanges comportant une prestation contre une rémunération, est trop restrictive et donc non appropriée tout au moins pour le contrat d'assurance (et pour le contrat de financement) .»

Page 22: « La compréhension que l'on a actuellement du contrat d'assurance suppose un rapport entre deux parties se caractérisant par « prestation contre rémunération » et fait ainsi abstraction soit des paiements d'indemnisation, soit de l'accord contractuel du paiement d'indemnisation pour des pertes subies.

Plutôt qu'une explication et une clarification factuelles de la fonction 'assurance' du contrat d'assurance type, une mutilation (guidée par intérêt) intervient pour déguiser le montant total de la prime d'assurance en rémunération et le comptabiliser comme produit d'une prestation ! – Nous développons pour la pratique actuelle le contexte à l'envers afin de montrer au lecteur la nécessité de reprendre depuis le début la définition économique et juridique de la gestion d'assurance. La question évidente de comment la prime d'assurance doit-elle être passée en écriture si elle doit l'être de façon scindée nous porte à nous poser la ques-

tion de savoir ce que l'on paye, d'un point de vue économique, lorsque l'on paye une prime d'assurance. »

Page 25: « Il devrait être clair que le nœud du problème réside dans l'enregistrement en comptabilité de la prime d'assurance. »

Page 27: « Le travail de rattrapage économique (matériel et comptable) est la condition préalable pour que puisse être réalisée une évaluation juridique juste du contrat d'assurance à la lumière du droit civil. Il échappe par conséquent de l'idée préconçue habituellement admise de prestation contre rémunération. »

Page 29: « Ainsi, ce que la compagnie d'assurance apporte comme prestation aux assurés et les raisons pour lesquelles elle encaisse une prime sont les deux questions les moins transparentes du contrat d'assurance

Page 40: « Sans une clarification de ce qu'est la prestation, il est impossible de définir le caractère rémunérateur de la prime d'assurance. ... Les paiements des sinistres par la compagnie d'assurance ne sont pas des prestations aux assurés concernés, mais ils appartiennent à une catégorie de paiements propre, à savoir celle des paiements compensatoires. La particularité des contrats d'assurance réside donc dans les procédures de paiements spécifiques dans le cadre de la fonction de la compagnie d'assurance de répartir les fonds aux sinistrés d'une communauté. En revanche, il n'existe aucune prestation typique du contrat d'assurance. »

Page 65: « Toutes ces explications – et 90 % de la littérature sur l'assurance – formulent de l'air et s'avèrent inutiles du fait du manque d'une analyse de la situation, car les thèses sur la prestation, la contre-prestation et la rémunération dans le contrat d'assurance s'appuient sur des procédures inexistantes. Tous ces éléments ne font pas partie de l'assurance: du fait de la spécificité de la branche, il s'agit en assurance d'intégrer la compensation de sinistres dans le contrat et de la réaliser. »

Page 71: « Dans le domaine de l'assurance on ne trouve même pas la prestation concrète de la distribution du produit suivant la conclusion du contrat si bien que la recherche d'une prestation productive s'avère vaine dès le départ ».

Page 78: « On ne constate aucune prestation de production spécifique (de garantie d'assurance). »

Page 81: « La contribution au risque comme partie de la prime d'assurance n'est pas une recette de rémunération et le paiement du sinistre n'est pas une dépense découlant du paiement d'une rémunération. Aucun des auteurs défendant la thèse de la doctrine selon laquelle l'assurance est une « économie de biens » de l'école de *Farny* ne s'est donné la peine de vérifier les affirmations contradictoires et totalement

abstruses sur les prestations et les paiements à la lumière de la passation en écriture comptable à des postes bénéficiaires. La raison de l'échec des thèses d'économie de l'assurance pour expliquer le contenu du contrat d'assurance est donc évidente: on part du principe de rémunération – car on ne voit ni ne connaît rien d'autre – et on pratique une comptabilité en conséquence. Il reste ensuite à trouver la prestation (dans le sens d'une activité non financière). Cette recherche est évidemment vaine. Car le principe de rémunération mettant en jeu deux parties n'est pas compatible avec le principe de compensation mettant en scène trois parties que l'on trouve dans le cas du contrat d'assurance. L'accord conditionnel du règlement d'un sinistre, la contribution périodique à un risque en vue d'une répartition des fonds aux sinistrés et le paiement de sinistres à certains assurés se situent dans un contexte. Celui-ci est réduit et dépecé par les tentatives de voir réalisé ce principe de rémunération. »

Page 83: « De cette façon, l'abondante littérature sur l'explication du contenu du contrat d'assurance peut être ordonnée et son caractère de vanité mis en évidence. Soit il manque le règlement du sinistre, soit il manque l'accord de compensation d'un sinistre. A cet égard, la théorie de la prise en charge d'un risque établit un lien uniquement entre l'accord conditionnel de compensation du sinistre et la contribution périodique au risque (comme partie de la rémunération) alors qu'elle fait abstraction du paiement d'un sinistre à certains déterminés par le hasard. La théorie d'une prestation financière quant à elle ne voit que le lien entre le paiement de sinistre à certains déterminés par le hasard et la contribution périodique au risque, alors que l'accord conditionnel de compensation du sinistre n'est pas prise en considération. On s'aperçoit donc que la dispute qui oppose ces deux théories ne peut être résolue, et que l'on ne peut en retirer d'information. Pour défendre le principe de la rémunération, la littérature et la jurisprudence s'efforcent depuis toujours de démontrer les théories de la bilatéralité, de la prestation non financière et celui de la rémunération. Dans ces efforts voués dès le départ à l'échec, ils méconnaissent le fait que l'assurance en général et le contrat d'assurance dans le cas particulier du souscripteur, réalisent le principe de compensation impliquant trois parties. »

Page 86: « Si l'on comprend la compagnie d'assurance comme un prestataire de service ayant pour objet de référence ou pour moyen « l'argent », il convient alors de diviser le montant de la prime d'assurance en une partie attribuée au service, qui figurera en comptabilité au poste « chiffre d'affaires/produit » au profit des actionnaires et en une partie risque qui est comptabilisée dans un poste de résultats neutres au profit des assurés. Le concept de production du service dans le sens « d'un moyen » est ensuite ajusté à la procédure de comptabili-

té. »

Page 87: « Si l'on comprend la prestation de la compagnie d'assurance comme un service financier, alors la conséquence obligatoire en sera la ventilation du montant de la prime d'assurance en une partie attribuée au service, comptabilisée au poste des rendements et une autre partie attribuée au risque enregistré à un poste comptable de résultats neutres: (pour le point de vue inverse: la rémunération de la prestation de service *en argent* et la contribution au risque en vue du paiement des sinistrés *en argent* également, sont amalgamées en un seul et même paiement, la « prime d'assurance »; cf. Meyer ZRP 1990, S. 427; *ders.*, Versicherungs(un)wesen - eine Branche jenseits von Recht und Wettbewerb, Munich 1993, page 65 et suivantes (L'assurance, une branche au delà du droit et de la compétition). »

Page 88: « Finalement l'argent / le paiement, n'est pas une caractéristique nécessaire de l'activité typique de la société d'assurance. L'assurance, du point de vue de l'individu et la transformation du risque du point de vue de la compagnie, peuvent indemniser les sinistrés sans activité financière dans un premier temps, du point de vue purement mathématique, puis du point de vue de l'accord juridique. Le législateur, qui pense en terme de fiscalité et donc en terme de principes économiques a reconnu cet aspect: « dans le sens de cette loi, valent comme contrat d'assurance tout entente entre plusieurs personnes... voulant prendre en charge ensemble de telles pertes ou sinistres, qui peuvent constituer l'objet d'une assurance (§ 2 alinéa 1 VersStG 1996, loi sur la taxe d'assurance) ». – Ainsi, les tentatives échouées de décrire la production de prestations de distribution contre une rémunération dans le domaine de l'assurance sont balayées. ... Le modèle ‚prestation contre rémunération’ est un modèle qui ne convient pas pour l'explication aussi bien du contrat d'assurance avec son principe de compensation que pour celle du contrat de prêt avec son principe de financement. La comparaison entre « assurance » et « financement » se justifie car ces deux types de contrats échappent au modèle d'explication habituel du contrat synallagmatique. »

Page 89: « Le contrat d'assurance englobe deux, voir trois dans le cas du contrat d'assurance vie par capitalisation, relations partielles. L'une seulement, celle concernant la prestation de service répond aux critères du principe de rémunération. La relation réciproque du contrat type en revanche remplit les critères du principe de compensation et la branche du placement des capitaux disponibles correspond au principe de financement (également dans d'autres domaines que celui de l'assurance vie par capitalisation). Nous expliquerons la dernière relation mentionnée en nous appuyant sur l'exemple du contrat de prêt. Ainsi nous présentons un contrat comparable bien connu qui, cepen-

dant, tout comme le contrat d'assurance, échappe à l'idée généralement admise que les contrats réciproques se définissent entièrement d'après le schéma de « prestation contre rémunération ». Il convient de se libérer de ce préjugé traditionnel avant de s'attacher au contrat d'assurance. Pour ce faire, il convient, en bref, de se distancer de la mise en parallèle erronée des concepts de « contre-prestation », « paiement » et 'rémunération' . »

(De même page 109: « Il faut se distancer du schéma ,prestation contre rémunération' du contrat civil et d'autre part considérer l'idée que les paiements, ou les différents composants du paiement, ne sont pas forcément des paiements de rémunération dans le cadre d'un acte juridique bilatéral. Dans le domaine du contrat de prêt, ceci est considéré comme une évidence qui n'a pas besoin d'être clarifiée en disparaissant derrière des concepts flous de prestation et contre-prestation. »)

Page 102: « Les gains du jeu reposent sur le principe de cumul des mises: un grand nombre de personnes paie un montant minime et le hasard donne à l'une d'elles le privilège de remporter un montant considérable. Ce processus de répartition de l'argent n'a rien à voir avec une rémunération: l'argent et ses mouvements sous la forme des paiements sont un moyen de remplir une fonction économique d'un type spécifique en marge du principe de rémunération. La compensation de préjudices pratiquée par la compagnie d'assurance est l'inverse de cumul des mises. »

Page 114: « La confusion commence par le fait que le juriste spécialisé dans le droit contractuel comprend la prestation dans l'association « prestation et contre-prestation » dans le sens d'une prestation économique et de la mise en œuvre des dispositions contractuelles, et indépendamment de cela il emploie le terme « prestations » pour les paiements de toutes sortes. Nous rétablissons cette mauvaise habitude par la distinction entre prestation et paiement pour différencier les différentes catégories de paiements. Par conséquent l'indemnisation du sinistre à l'assuré concerné n'est pas une prestation mais un paiement. Du fait qu'il ne s'agit pas dans cette affaire d'un paiement de rémunération à l'assuré, on peut parler d'une spécificité du paiement de l'indemnisation d'un sinistre. Ces paiements devant être financés, la part de prime à imputer au risque d'après le calcul, est une recette de compensation et non pas une rémunération (cf. également *Schiinemann*, *VersWissStud* (Etudes scientifiques sur l'assurance, tome 4, page 51).

Pour l'inverse de l'assurance, à savoir pour le jeu de hasard avec de l'argent, nous disposons d'une analyse perspicace du problème. Pour la chance de gain contre une mise de départ, la question qui se pose est

celle de savoir si le montant total de la mise du joueur est également une rémunération dans le sens de son assujettissement ou non à l'impôt sur le chiffre d'affaires. A plusieurs reprises, l'avocat général F. G. Jacobs constate que les activités telles que les jeux et les paris – et parmi elle les assurances – ne sont pas, du fait de leur structure, appropriées à un assujettissement à l'impôt sur le chiffre d'affaires / au prélèvement d'une taxe sur la valeur ajoutée » (Jacobs, UR 1994, page 180 et suivantes. La question est reprise dans le cadre de la décision de renvoi FG Bad.-W. du 21.8.1995, EFG 1995, pages 948-950. Ici, comme pour l'assurance, le juriste ne comprend pas la notion de communauté/mutualité économique qui est un élément essentiel dans cette problématique). Ayant établi la constatation de principe que la mise du joueur est égale à la contre-prestation qui est égale à une rémunération, il s'en suivra la tâche difficile de tronquer le paiement du gain si le solde est pris comme base de calcul de l'impôt. Les paiements des gains, ne sont ni des dépenses de prestations reçues préalablement par les joueurs, ni il y a un impôt préalable, pour n'assujettir que la plus-value par le biais du solde. Il est admis à juste titre que la prestation de service (dans le sens de sa réalisation) est à différencier du jeu. ... L'analogie par rapport à l'assurance est évidente: elle suit le principe de la compensation du sinistre alors que le jeu de hasard suit le principe de cumul d'avantages. Dans les deux cas, il y a une redistribution de l'argent entre les participants qui n'a rien à voir avec la rémunération d'une prestation, avec un rendement, une plus-value / de la création de valeur ou du bénéfice. Il faut se distancer de l'idée récurrente selon laquelle la prime d'assurance (ou la mise au jeu) représenterait dans tout son montant une rémunération et que le paiement du sinistre (ou le paiement du gain au joueur) représenterait une prestation à titre onéreux alors qu'il ne s'agit que d'un paiement non rémunérateur. »

Page 118: « La base de la structure du contrat d'assurance sont les éléments qui le composent destinés à remplir des fonctions de divers types. Il convient à cet égard de différencier (1) la fonction de prestation de service (2) la transformation du risque / la redistribution d'argent aux sinistrés et (3) le placement des liquidités disponibles. Il est évident que l'on parle de trois relations réciproques partielles qui sont réunies dans un contrat unique avec le souscripteur. Du point de vue du droit civil, il s'agit d'un seul contrat (cf. *Schiinemann*, JZ 1995, S. 433 1. Sp.), d'un acte juridique unique et non pas d'un contrat combiné (ou d'une combinaison de contrats). Une seule et même enveloppe juridique regroupe les trois relations réciproques partielles. »

Page 120: « Du point de vue du droit contractuel, l'activité de prestation de service (comme concrétisation de la fonction du service) est une relation réciproque synallagmatique dans le sens de prestation et

rémunération – et non pas simplement une contre-prestation. L'indemnisation des sinistrés dans une mutualité d'assurés – activité typique du contrat d'assurance – et le placement de capitaux sont des relations réciproques non synallagmatiques. »

Page 122: « La prime d'assurance est, du point de vue économique, un alliage de divers paiements. Parmi les quatre éléments identifiés, la taxe d'assurance, de rendement neutre, est actuellement enregistrée, sans explication, au poste des « engagements » (cf. *Farny*, *Buchführung und Periodenrechnung im Versicherungsunternehmen* (comptabilité et calcul périodique dans la compagnie d'assurance, 4^{ème} édition, Wiesbaden 1992, page 48. Cette pratique contredit l'article § 7 alinéa 4 de la loi sur la taxe d'assurance) (VersStG): « Dans la relation entre l'assureur et le souscripteur, la taxe est considérée comme une part de la rémunération d'assurance ... ». Le lecteur comprendra le manque de réflexion criant existant dans le contexte du contrat d'assurance), les trois autres éléments de la prime sont portés en bloc sans être scindés, et également sans explication, au compte « chiffre d'affaires/produits » au profit des actionnaires. Cette procédure ne se justifie pas du point de vue économique et elle est tout simplement insensée: aucune banque n'enregistrerait ses opérations de placement et de crédit à un poste bénéficiaire et aucun économiste responsable ne songerait à transformer les opérations de paiement dues à la compensation des sinistrés au sein de la mutualité en prestation contre rémunération. L'activité de couverture d'un risque (ex ante) et l'indemnisation des sinistres (ex post) au moyen d'argent, nécessitent une contribution sous la forme de versements de la part de tous les assurés, afin de permettre le financement des sinistres des sinistrés de la communauté. Cette partie de l'activité de la compensation de pertes suite à un sinistre est typique de l'assurance et peut être comparée au paiement de compensation d'avantages et de cumul de bénéfices pratiquée dans les jeux de hasard ou lors de collectes de dons. En permanence, l'association du processus juridique ex ante avec le seul processus de paiement possible ex post est la raison qui empêche de pouvoir classer le procédé juridique comme « prestation (juridique) contre rémunération. »

Page 124: « Le souscripteur de l'assurance n'a rien en main. Il ne connaît pas le calcul, mais paie la prime en résultant, alors que l'assureur ne tient pas sa parole économiquement parlant, pour s'approprier la différence entre la recette calculée et ce qui est obligatoirement à régler pour respecter le contrat d'assurance. Il est inhérent à la profession de l'assurance que le souscripteur n'a pas droit à cette différence, et c'est la raison pour laquelle la jurisprudence lui démontre qu'il n'a rien à perdre. Le juriste se retranche derrière la constatation que le contrat est bien respecté et l'économiste le soutient par une ky-

rielle de concepts contradictoires les conduisant à affirmer à l'unisson que le souscripteur en souscrivant un contrat reçoit une prestation de la part de la compagnie d'assurance désignée de prise en charge d'un risque, transfert de risque, ou encore garantie ou protection d'assurance et c'est pourquoi la prime serait une contre-prestation à régler, ou autrement dit, la rémunération de la prestation dans le cadre du contrat d'assurance. »

Page 129: « Les obligations juridiques de la comptabilité deviennent apparentes lorsque l'on prend en considération la dimension temporelle du contrat d'assurance à partir du calcul de la prime et de l'offre. Cela s'impose également juridiquement car l'activité d'assurance ne se déroule pas selon le principe de « prestation contre rémunération » mais selon la procédure spécifique de compensation de pertes (on retrouve cela avec une clarté inégalable dans le jugement du tribunal régional supérieur de Nuremberg du 23.5.1991 - 8 U 1687/90 - VuR 1991, page 274-281. Le lien réel entre les parts de primes imputables au risque et les parts de primes pour les paiements de compensation des sinistres devient apparent ainsi que le caractère provisoire du calcul et de l'encaissement préalable de la prime par rapport à l'évolution réelle du sinistre, page 277). »

Page 143: « Il devrait être devenu évident que le modèle de comptabilité actuel qui attribue l'ensemble des excédents et des capitaux au profit des actionnaires n'est pas une base convenable pour expliciter et résoudre les sept problèmes suivants:

- Différences de calcul dans le sens de déviations entre les dépenses de sinistres calculées mathématiquement et les dépenses imputables aux sinistres réellement survenus, en particulier lorsque les calculs de dépense en sinistres ont été trop larges
- Les réserves cachées dans les provisions techniques d'assurance pour les affaires d'assurance, notamment leur formation, leur existence et leur dissolution
- Détermination des véritables remboursements de primes dans la délimitation de la participation aux (véritables) bénéfices,
- Revenus du capital
- Bénéfices sur les ventes en ce qui concerne la répartition entre les assurés et les actionnaires
- les réserves cachées dans les postes de l'actif au sens de la différence entre le montant supposé d'un poste du bilan et la valeur d'exploitation du marché d'un objet du patrimoine
- La détermination et la délimitation des bases de calcul de la taxe. »

Page 151: « Dans cette section, nous avons repris les bases économiques du rapport d'administration fiduciaire, explicité jusqu'à présent seulement du point de vue juridique. Nous les avons généralisées au

sujet de l'administration de l'assurance = gestion pour le compte d'autrui.

Dans ce type de gestion pour le compte d'autrui, le problème essentiel réside dans la délimitation des intérêts propres de l'administrateur des biens. Le problème de la gestion fiduciaire n'est pas tant celui du pouvoir juridique démesuré de l'administrateur de biens découlant de sa position de mandataire pour la gestion de biens meubles et immeubles par rapport à celui de son mandant, mais bien davantage la séparation des affaires et le contrôle de celle-ci. – Pour ce faire, la gestion fiduciaire se sert à l'évidence du calcul prescrit et contrôlé par la loi sous la forme des principes de comptabilité réglementaire. »

Page 152: « Le point de vue des juristes sur le rapport entre administrateurs fiduciaires et mandants laisse peu d'espoir en ce qui concerne la gestion de l'assurance: en payant une prime d'assurance, l'assuré n'acquiert ni droit réel d'indemnisation, ni droit de créance pour le montant versé. – Ni l'assuré individuel, ni la communauté des souscripteurs d'une branche (qui n'existe pas pour le droit civil), n'agissent en tant que donneur d'ordre ou agent d'affaires dans un contrat de gestion ou d'administration des affaires d'autrui. – Si la fonction économique n'est réalisable qu'au moyen de la communauté, cette dernière s'affranchit ainsi de la structuration du droit civil habituel. La référence à la littérature concernant le principe de la solidarité comme fondement d'une gestion convenue contractuellement aux frais de la communauté pourrait suffire pour expliquer les difficultés qu'éprouve le spécialiste en droit civil avec les rapports de gestion communautaire (à titre d'exemple on mentionnera la communauté de biens des époux réduite aux acquêts). – La législation concernant l'attribution des bénéfices est certes une catégorie juridique de rang inférieur au droit civil, mais qui, précisément pour cette raison, remplit cependant parfaitement la fonction ici attendue de scinder le domaine individuel du droit civil en d'une part les affaires réalisées pour le compte propre du mandataire et celle réalisées à titre de mandataire pour le compte du mandant en ce qui concerne la gestion du capital et l'attribution des bénéfices. »

Page 154: « Il est évident que la prise en charge d'un risque (ex ante) et l'indemnisation du sinistre (ex post) ainsi que la tâche de placement des capitaux se greffant à l'assurance constituent une gestion des affaires d'autrui réalisée aux frais et dans l'intérêt des assurés d'une branche. Cependant la communauté qu'ils forment est en contradiction avec l'idée habituellement admise selon laquelle le rapport entre mandant et mandataire doit relever du droit civil. Cependant, le regroupement d'un grand nombre de personnes ayant des intérêts allant dans le même sens et donc communs a toujours été l'occasion d'isoler

les capitaux consacrés à ce secteur économique commun et de le soumettre à une attribution indépendante des bénéficiaires, comme nous le montre un coup d'œil dans la société civile. La pratique actuelle de conduire les affaires de gestion d'assurances et du placement de capitaux comme des affaires propres de la compagnie d'assurances et de comptabiliser les résultats qui relèvent de la loi de la redistribution à son propre compte, en les amalgamant aux prestations de services, ne peut être justifiée ni par le manque de juridiction d'une comptabilisation séparée, ni par la corrélation des faits économiques. »

Page 155: « Cette alliance purement économique, c'est-à-dire résultant des calculs et de l'offre contractuelle, de contrats d'assurance de même orientation d'une branche n'est certes évidemment pas, juridiquement parlant, le partenaire du contrat de gestion des biens, mais elle a, du fait des intérêts à la fois communs et propres, une position entraînant que la fonction du contrat de gestion doit être et est réalisée par la compagnie d'assurance à titre d'administrateur au profit des assurés (à titre de communauté non unis juridiquement): une activité de gestion indépendante, en prenant en considération des intérêts étrangers et donc désignée de relation fiduciaire visant la réalisation de bénéficiaires: (cf. *Palandt-Thomas*, Anm. 1 à 4 concernant le § 675 du code civil allemand). Le fait de concentrer ses activités aux intérêts financiers d'autrui, à une activité de type économique dans le sens d'une relation avec le capital et à de telles affaires, que le partenaire du contrat devait à l'origine gérer lui-même en prenant en compte ses intérêts et de se concentrer à la prise en compte des obligations déjà existantes du partenaire du contrat, relève traditionnellement de la gestion de capitaux pour le compte d'autrui et est donc trop proche de l'économique tel que nous le définissons.

A défaut de commettant et de fiduciaire, la gestion des affaires est assurée exclusivement par les propres intérêts communs des assurés dans la relation réciproque avec les intérêts des actionnaires. (Notre argumentation, capital *collectif* en administration fiduciaire – Gestion d'assurance dans le sens de la réalisation d'une tâche, indissociable du collectif – cette gestion commune comme matière et objet de l'administration des affaires par l'administrateur fiduciaire laisse peu de place à l'administration des affaires sous l'aspect du contrat d'assurance individuel.) »

Page 156: « Autrement dit: 'incertitude dans les cas individuels' et 'communauté des risques' sont les deux éléments caractéristiques de la gestion dans le domaine de l'assurance. Le manque de fondement juridique de la communauté des assurés n'est donc pas un argument pour ne pas prendre en considération ses intérêts identiques (cf. *Schiinemann*, *VersWissStud* 4^{ème} tome, page 53). Cependant la pratique ac-

tuelle aboutit à ne vouloir reconnaître qu'un seul domaine de la gestion, à savoir celui qui va dans l'intérêt des actionnaires et ne réaliser qu'une comptabilité et qu'une redistribution des bénéfices dans l'intérêt unique des actionnaires. La distinction du type des différentes parties du paiement, en d'un côté la partie imputable au risque et celle réservée à l'épargne, et de l'autre côté la partie prévue pour la rémunération du service ayant été éclipsée et remplacée par une comptabilisation globale au poste chiffre d'affaire – produits et rendements, il en résulte par conséquent une erreur réelle du fait que les calculs n'ont pas été dissociés. Il est évident que ce type de calcul arbitraire ne peut pas être expliqué uniquement par l'argument de l'absence d'un commettant dans le contrat d'administration des affaires, d'autant plus que le législateur a, comme on le sait, peu réfléchi au contrat d'assurance et n'est par conséquent pas enclin à vouloir prendre en considération ses particularités. »

Page 157: « Leur scission de capital conformément à la loi sur la redistribution des résultats (la scission de capital dans l'assemblage du capital d'entreprise) appliquée à l'administration fiduciaire de l'assurance, est également à comprendre comme une construction juridique. Une telle construction juridique concerne forcément une compétence juridique . »

Page 160: « Par conséquent il existe avec la redistribution des bénéfices un concept élaboré depuis longtemps pour la gestion du capital, pour le capital utilisé pour cette gestion et pour la comptabilisation des deux. Il manquait donc seulement le transfert et l'intégration dans l'administration fiduciaire pour compte d'autrui également disponible. L'application aux sociétés anonymes d'assurance en tant qu'administrateur fiduciaire n'ajoute plus que les aspects spécifiques de la gestion d'assurance d'incertitude du risque et de communauté. Par conséquent il n'est pas nécessaire dans un premier temps que le législateur rédige une définition consistante du contrat d'assurance, mais il faut une vision d'ensemble du droit civil, de la gestion, de ses limites juridiques et de sa réalisation au moyen d'un système de comptabilité. »

Page 167: Lehmann a proposé de transposer le concept élaboré dans un cadre légal. « Il s'agit d'une modification de loi dans un certain sens uniquement stylistique du fait des formulations peu significatives du § 1 sur le contrat d'assurance: le manque d'efforts du législateur, également intentionnel, faits jusqu'à présent, a permis que la compréhension et la pratique actuelles dans le sens de 'la prestation d'assurance', la rémunération, le poste chiffres d'affaires et produits et le bilan de l'assurance correspondant puisse s'imposer. Finalement le législateur, responsable de la fiscalité, s'est également servi récemment de la situation dépendant depuis longtemps de l'arbitraire de certains intérêts en

augmentant le taux de la taxe d'assurance, bien que le EuGH lui ait signifié à ce moment là qu'il ne pouvait purement et simplement persister dans sa thèse sur la rémunération dans la taxation de la TVA (pour les machines à sous) (cf. revue sur la TVA 1994, pages 178-183, BStBl. II, 1994, page 548 et suivantes). »

Page 171: « Les trois spécificités de la gestion d'assurance à savoir, l'incertitude, la communauté, et la durée ne permettent pas que la relation entre la compagnie d'assurance et l'assuré individuel soient totalement contrôlée. Les conséquences profondes des particularités économiques mentionnées nécessitent, du côté de la compagnie d'assurance, de concevoir également l'administration fiduciaire de l'assurance, comme une institution complémentaire du contrat d'assurance individuel.

(1.) La compréhension actuelle ignore les particularités du métier de l'assurance et prend les obligations du contrat d'assurance individuel comme occasion pour allouer des postes passifs du bilan annuel au compte des dépenses. Il est donc fait abstraction de la durée sur laquelle les paiements de primes sont effectués ainsi que du grand nombre des contrats d'assurance – et donc de la communauté – puis un bilan est réalisé comme s'il s'agissait de production de saucisses.

(2.) Le fait de constater qu'il existe en dehors du principe de rémunération d'autres principes de gestion, est l'argument décisif contre l'idée, défendue en particulier par le juriste spécialiste du droit contractuel, de constamment devoir et pouvoir réduire le débat au principe de « prestation contre rémunération ». Le fait que les banques et les assureurs ne soient pas assujettis à la TVA est une preuve du manque de capacité de pouvoir distinguer le contexte économique de chaque paiement: dans ces deux types d'entreprises, de la plus-value est bien entendu créée, mais il est évident que les paiements correspondant au financement et au capital, à savoir les paiements destinés à l'indemnisation des sinistrés dans une communauté d'assurés, ne sont pas à classer parmi les paiements de rémunération. »

Page 173:

(25.) « La partie de la prime allouée à la prestation de service, fixée au moyen d'un calcul, est une rémunération et est à comptabiliser au poste « chiffre d'affaires/produits au profit des actionnaires. Seule cette partie de rémunération dans la prime serait susceptible d'être assujettie à l'impôt sur la circulation et les marchandises (taxe d'assurance, à proprement parler, TVA), alors qu'actuellement la taxe d'assurance est calculée sur le montant total.

(26.) La deuxième relation juridique partielle englobe l'aspect risque, typique de l'assurance (ex ante), et l'indemnisation du sinistre (ex post). Ces deux points n'ont rien à voir avec le modèle « prestation

contre rémunération » et correspondent au principe de compensation. Ce dernier regroupe la compensation d'avantages, la compensation de pertes et de cumul de capital (dans les jeux d'argent).

(27.) La relation triangulaire est caractéristique de ce type d'affaires de compensation: (1) un accord juridique (2) une cotisation de chaque participant et (3) un paiement à une personne choisie par le hasard assorti à certaines conditions.

(28.) Les affaires de compensation sont typiques et particulières et elles ne correspondent pas au modèle « prestation contre rémunération ». Du fait cependant qu'il est admis de penser selon le schéma « prestation et contre-prestation », le principe de rémunération est mis au dessus du principe de compensation. Ainsi les primes d'assurance deviennent des rémunérations d'assurance, les mises de jeu deviennent des recettes de rémunérations assujetties à la TVA et le paiement de compensation dans la discussion sur la succession devient une dépense d'acquisition de la part du payeur et une rémunération de vente pour le bénéficiaire du paiement.

(29.) Tant que le juriste fera disparaître les paiements dans la marmite commune ‚prestations‘, il ne sera pas en mesure de faire la différence entre les paiements de rémunération, de financement, d'indemnisation, de fiscalité et de donation. Le manque de perception de cette différenciation nécessaire est la source perpétuelle de malentendus, de conclusions erronées et de problèmes construits de toutes pièces. »

Page 175:

(33.) « Le traitement actuel de la partie d'épargne à titre de rémunération et la comptabilisation correspondante au poste « chiffres d'affaire produits » est purement et simplement déroutant. Le droit de l'épargnant ou souscripteur du contrat d'assurance au rendement du capital provenant de la partie épargne de la prime n'est pas pris en compte. L'épargnant est dépossédé du produit de son capital au bénéfice de la comptabilité allant au profit des actionnaires. Ce droit de l'épargnant est réactivé dans le cadre de la constitution d'une réserve au jour du bilan et son dédommagement au moyen du calcul d'un intérêt minime et d'une participation aux bénéfices n'est pas seulement inapproprié, en raison de la situation du placement de capitaux destiné à rapporter des rendements, mais le met également à la merci des propres intérêts de la direction de la compagnie qui agit pour elle-même et pour ses actionnaires. »