

A qui appartiennent les 1.500 milliards de DM ? (situation 1998)

Controverse à propos des bases des assurances dans la République Fédérale d'Allemagne

Si l'on valorisait les problèmes juridiques d'après leurs conséquences financières, la question suivante, qui se poserait au gouvernement, aux hommes de loi, aux tribunaux et aux savants, pourrait être "le problème juridique le plus important qu'on ait jamais eu à résoudre" à savoir "A qui appartiennent les 1.500 milliards de DM gérés par l'ensemble des sociétés d'assurance allemandes?". Nous allons examiner ci-après, quelle réponse doit être donnée à cette question qui concerne tous les citoyens de la R.F.A., environ 550 millions de contrats d'assurance et plusieurs projets de loi actuellement discutés, pourquoi cette question n'a pas été résolue, pourquoi elle n'a même pas été posée ni étudiée.

I. Contradictions

Les investissements de capitaux de toutes les sociétés d'assurance allemandes ont atteint une valeur comptable de 1.300 milliards de DM. Il faut y ajouter encore les réserves cachées, c'est-à-dire les différences entre les valeurs comptables et les valeurs réelles (c'est le cas de biens de production entièrement amortis ou de titres sous-évalués). Il en résulte que les sociétés d'assurance allemandes administrent une fortune de 1.500 milliards de DM. Qui est le propriétaire de cette somme immense de capitaux placés? (Pour simplifier, les termes comme "propriété" et "appartenir" sont utilisés dans le texte suivant d'après leur définition dans le droit constitutionnel. Ils impliquent donc également des créances et des droits à d'argent et valeurs.)

Professeur Alex Möller (1), directeur général d'une société d'assurance vie à forme anonyme et ancien Ministre fédéral des finances (ayant été placé comme tel au-dessus de la Direction des assurances): "Les capitaux accumulés appartiennent aux assurés". Docteur Georg Büchner (2), Directeur général d'une société d'assurance à forme anonyme et Président de la FASA (Fédération Allemande des Sociétés d'Assurance): "Les capitaux placés appartiennent aux sociétés d'assurance". L'ancien Président de la Direction des assurances (BAV), Docteur Walter Rieger (3), se place entre ces deux opinions incompatibles avec une déclaration, du point de vue juridique, non qualifiée: "Bien qu'il ne soit rien mentionné à ce propos dans le code civil, les sociétés d'assurance administrent les capitaux pour leurs clients à titre fiduciaire."

Même une société, une institution ou une personne révèlent ces incompatibilités bien évidentes. Le service juridique, le service de la publicité ainsi que le comité de direction et le directeur général de la société "assurance vie", la plus importante en Allemagne, ont toujours été unanimes à déclarer qu'ils "administrent à titre fiduciaire tout l'argent que leurs clients leur confient" (4). Ils ont changé d'avis après que, fin 1981, une association représentant les intérêts des assurés a déposé une plainte pour cause de détournement. Elle reprochait aux sociétés d'assurance d'avoir prélevé constamment des montants

considérables de la caisse gérée fiduciairement. Le comité de direction affirme maintenant vis-à-vis du procureur et de la Direction des assurances (5), être lui-même propriétaire de tous les capitaux et fonds administrés. L'ancien Président de la Direction des assurances parle d'une administration quasi fiduciaire - expression non qualifiée du point de vue juridique - tandis qu'il permet tout à fait consciemment, que l'excédent, les bénéfices d'intérêt et l'augmentation de la valeur des fonds placés, soient encaissés en tant que "bénéfices". Monsieur Claus (6), par contre, administrateur de première classe du même office fédéral, et le secrétaire d'Etat du ministère fédéral des finances, le Docteur Böhme (7), ont constaté que les excédents du risque et des bénéfices d'intérêt ne doivent pas être traités comme bénéfices de la société. Cet argent devrait être utilisé entièrement au profit des assurés (8).

Tandis que le Président de la FASA affirme que les sociétés d'assurance sont les propriétaires des fonds placés, un autre membre du comité directeur de la même fédération, le Docteur Bach (9), Président du comité directeur d'une société d'assurance, pense que les compagnies d'assurance placent les capitaux de tiers à titre fiduciaire. De même, le rédacteur en chef du journal "Versicherungswirtschaft" de cette même fédération, le Docteur Feigler (10), prétend que l'argent est confié aux sociétés en tant qu'administrateurs fiduciaires. Le Professeur Docteur Dieter Farny (11), expert en matière d'assurance ainsi qu'en sciences politiques, a développé une théorie selon laquelle la prime d'assurance doit être le prix pour le produit "assurance". Conformément à cette théorie, conclusion logique, la prime en tant que prix devrait entièrement faire part de la propriété de la compagnie, sans aucune restriction. Dans ce même livre, où Monsieur Farny explique sa théorie, on trouve également la constatation étonnante (12): "La plus grande partie de cette fortune considérable n'est administrée qu'à titre fiduciaire". On cherche en vain de quelle manière il serait possible de créer par le paiement de prix une fortune gérée fiduciairement.

II. Manque d'expertises et de décisions

Jusqu'à présent, la question "propriété ou administration fiduciaire" et l'incompatibilité de toutes les déclarations à ce sujet n'ont pas été examinées d'une manière sérieuse. Il semble que les contradictions n'ont même pas été remarquées par les hommes responsables ou bien ils ne veulent pas les voir.

On comprend que les compagnies d'assurance n'ont aucun intérêt à éclaircir ce problème à présent; ils disposent des primes des assurés comme s'ils en étaient les propriétaires et ils tirent de cet argent qui leur est confié frais et bénéfices à volonté (13). La fonction fiduciaire une fois établie et reconnue, on considérerait l'habitude actuelle de prendre les bénéfices sur l'ensemble des primes comme acte de détournement. La gravité de ce sujet est prouvée par le fait que le comité directeur de la FASA a interdit à ses membres, fin 1980, de discuter ce sujet en public (14).

Le gouvernement et l'autorité de contrôle, l'organe qui, après la loi sur le contrôle des assurances privées (§ 81 Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) est obligé de prohiber tout abus, ne voient pas intérêt à s'accuser eux-mêmes de ne pas avoir remarqué ou bien d'avoir admis pendant des années que, en violation de la loi, des millions d'assurés ont été dépossédés de milliards de DM.

Personne ne voit clair dans cette matière. Les assurés, en considération de toutes les réglementations spéciales, ne savent pas et, tenant compte de la surveillance de l'Etat, ils ne peuvent guère croire que cette question se pose. Les assurés ont l'idée fausse,

suggérée par les sociétés (15), de donner leur argent en tant que " prix pour l'acquisition de sécurité" sans avoir plus tard le droit de participer aux sommes excédentaires ressortant régulièrement du règlement des dommages. Ces excédents représentent maintenant une fortune de 1.500 milliards de DM. Concernant le calcul des primes, la direction des assurances elle-même exige "des marges de sécurité importantes, ce qui mène normalement à la formation d'excédents considérables" (16)

Les sociétés d'assurance allemandes reçoivent chaque année environ 350 milliards de DM (250 milliards par les primes et 100 milliards par les revenus du capital placé sans augmentation en valeur) tandis qu'elles ne dépensent qu'une somme inférieure à 130 milliards de DM en tant que prestations d'assurance. Certains experts et certains fonctionnaires du gouvernement et des organes de surveillance sont d'avis (17) que les bénéfices ressortant du risque et les gains réalisés sur le loyer de l'argent ne doivent pas être considérés comme bénéfices de la société. Mais les sociétés s'en servent tout de même. Comment le petit consommateur pourrait-il comprendre cette controverse autour de centaines de milliards de DM et discerner la petite fraction de sa propre revendication dans cette somme immense ?

Pour les membres du Bundestag dont l'attention a été attirée sur tous ces problèmes concernant les assurances, en automne 1980, les "Wissenschaftliche Dienste des Bundestages" (Service Scientifique du Parlement) ont fait établir un rapport d'expertise (18) qui traite, à côté de la nature du contrat d'assurance, la question suivante: Quels droits de propriété existent vis-à-vis des sommes excédentaires ressortant du règlement des dommages et du placement des fonds (19) ? - Dans cette expertise, on ne trouve qu'une seule phrase, à ce propos, sans explication ni analyse des raisons (20): "Les primes feront en tout cas partie de la propriété des sociétés; elles ne représentent pas de capitaux de tiers confiés aux sociétés". A ce sujet, on se réfère seulement au Professeur Rudolf Gärtner (21) qui constate, sans en donner les raisons: "Il est clair que les capitaux placés sont la propriété des sociétés et ils ne sont pas administrés fiduciairement. Il apparaît étonnant qu'un fiduciaire de capitaux de tiers ait en même temps la possibilité de s'approprier des parties de cette fortune". A ce propos, on ne peut s'empêcher de répliquer qu'il est "bizarre" qu'un expert cherche à appuyer son affirmation sur le fait qu'on ne peut pas croire le contraire: Il serait impossible d'attribuer l'argent aux assurés parce que le fait de prélever les bénéfices sur cette somme d'argent, comme on le fait actuellement, devrait être qualifié de détournement. En fait, ce "détournement" est pratiqué jour après jour par millions. Parmi les motifs d'un projet de loi sur le contrôle des assurances privées (22), on admet et critique pour la première fois officiellement que les sociétés d'assurance débitent les pertes du domaine de la gestion administrative "entièrement aux dépens des assurés". En été 1982, la commission des finances et la commission économique du Bundestag ont pour la première fois formulé des critiques vis-à-vis de la pratique actuelle et décidé de réclamer une consultation au Bundestag.

Les tribunaux n'ont jamais dû s'occuper de cette question juridique, évaluée à 1.500 milliards de DM, parce que ce problème n'a jamais été en état d'être jugé (23). Et les experts qui s'occupent de la base du système des assurances, qu'en pensent-ils? - Il est déplorable qu'il y ait, du point de vue personnel et pécuniaire, des liens étroits entre ces personnages là et les sociétés ou fédérations d'assurance. La fédération allemande des sociétés d'assurance n'a même pas peur de révéler dans son rapport de gestion la "coopération harmonieuse" (24) et de qualifier les experts de "meilleurs assistants" (25). Ce que le Professeur Docteur Walter Schmidt-Rimpler constate est significatif (26): "Lorsqu'une controverse ne trouve pas sa fin dans le domaine scientifique et que même

une opinion prédominante n'aboutit à rien, il en résulte désignation et tout intérêt disparaît. Ceci est dû le plus souvent au fait que le problème est mal posé."

III. Les malentendus et leurs conséquences

En fait, actuellement, personne n'a une idée précise de ce qu'est "l'assurance" et les opinions divergent concernant la prestation et contre-prestation d'un contrat d'assurance et la question de savoir qui est le propriétaire des primes. Tout le monde semble croire que le transfert de la propriété des primes est effectué par le fait que les sociétés d'assurance produisent "l'assurance" et la vendent en acceptant la prime comme "prix".

Cette idée propagée par les sociétés anonymes d'assurance il y a 150 ans et conservée jusqu'à nos jours se révélera, par contre, comme une erreur lourde de conséquences, si l'on jette un coup d'oeil sur la comptabilité nationale et sur la façon dont on comptabilise les transactions financières dans le domaine des assurances. Cette comptabilité nationale cherche à calculer, on le sait, le produit national brut. A cette fin, toutes les prestations dans le secteur économique sont disséquées et attribuées à ceux qui les ont effectuées. Après la comptabilité nationale, "l'assurance" doit être comprise comme mise à la disposition de capitaux avec le but d'une nouvelle répartition des revenus, elle est donc, sans aucun doute, considérée comme prestation de l'assuré, tandis que les sociétés d'assurance n'effectuent et ne vendent qu'un service organisateur dans cette opération de répartition dont la rémunération n'est représentée que par la quote-part des frais administratifs et jamais par la prime entière (27).

Celui donc, qui a l'intention sérieuse de trouver une solution à ces problèmes, est d'abord obligé de se débarrasser de l'idée que les sociétés d'assurance produisent et vendent "l'assurance". En fait, elles ne font pas plus qu'une entreprise de transport, la poste ou les banques qui ne font que répartir les biens qui leur sont confiés, lettres et sommes d'argent. Il en résulte qu'après la formule "prime = prix" actuellement appliquée et contrairement à notre comptabilité nationale, les sociétés d'assurance se font payer des prix pour des prestations et tirent des bénéfices de prestations qu'ils ne sont absolument pas capables de fournir après les constatations faites lors du calcul du produit national brut. Ces prestations, tout au contraire, sont effectuées par l'ensemble des assurés.

a) Pas de situation compétitive

Il en résulte - chose surprenante - que les sociétés d'assurance (l'assurance comme prestation des assurés) ne fixent pas de prix (quote-part des frais administratif + bénéfice) pour leur vrai produit, les "services organisateurs", ce qui s'oppose incontestablement au règlement sur l'indication des prix et le jugement de la Cour Suprême de Cassation au sujet de l'atteinte aux bonnes moeurs en ce qui concerne les contrats sans accord sur les prix. L'administration fédérale pour la réglementation des cartels comme l'autorité de surveillance ont été informée de cette situation déplorable; mais jusqu'à présent elle n'a pas réagi.

Il est superflu de donner plus de détails pour constater qu'il n'y aura pas de climat de compétition dans le domaine des services des sociétés d'assurance sans indication des prix, sans se mettre d'accord sur le prix lors de la souscription du contrat, fait qui est confirmé par un haut fonctionnaire de la direction des assurances (30).

Toute compétition était également empêchée par l'usage de conclure des contrats sur 10 ans, pour lesquels "on" avait obtenu une permission exceptionnelle par "la loi sur les

conditions générales de vente (AGBG)", étant donné que des contrats à long terme sont généralement défendus (31). Depuis le milieu de l'année 1994 la durée du contrat est de 5 ans. La compétition est encore gênée parce que l'assuré n'a pas la possibilité de corriger ses décisions et il ne peut guère changer de société. Par conséquent, en matière de coûts de gestion et des bénéfices, les compagnies d'assurance ne sont pas limitées à un certain montant, une quote-part de la prime; elles ne sont donc pas forcées d'entrer en compétition au sujet de leurs frais et services.

"L'enquête du gouvernement fédéral sur la concentration" (32) a constaté déjà en 1964: "La compétition dans le domaine des assurances est faible. Les recherches ont pour résultat que le facteur le plus important dans la concurrence est l'étendue des services extérieurs et, à un moindre degré, le prix ou la prestation". Et pour continuer avec les réflexions du Professeur Großmann (33): "Dans la plupart des cas, le client de l'assurance marche donc à tâtons dans l'obscurité. Ici, nous pouvons conclure que la décision d'un souscripteur d'assurance de s'assurer et, si oui, de contracter cette assurance, n'est influencée que partiellement par des motivations rationnelles et financières et que les lois du marché de l'offre et de la demande ne fonctionnent que d'une façon peu satisfaisante. Surtout les possibilités des agents d'assurance d'influencer le futur souscripteur sont presque illimitées".

Voilà une raison pour laquelle les sociétés d'assurance dépensent sans efficacité des milliards de DM pour la publicité et leurs services extérieurs.

b) Prélèvement à volonté de frais et de bénéfices sur la fortune gérée fiduciairement.

Etant donné que la propriété n'est pas définie en ce qui concerne la cotisation et les frais pour la prestation de service, les sociétés d'assurance ont la possibilité de prélever à volonté frais et bénéfices même sur le montant destiné au règlement des dommages. Ces opérations représentent un acte de détournement parce que, après notre pratique jurisprudentielle, les cotisations et les excédents effectués à ce sujet ne peuvent appartenir qu'aux assurés.

c) Situation fâcheuse dans le domaine de l'assurance vie.

Les données énumérées précédemment (a et b) touchent spécialement l'assurance vie qui présente la particularité de laisser les assurés confier aux sociétés d'assurance à côté de la prime un montant d'argent destiné à l'épargne. Par la méthode dite "méthode Zillmer" auprès de laquelle les sociétés d'assurance sont généralement autorisées à utiliser les trois premières primes annuelles pour leurs propres besoins (34), toute révision du contrat d'assurance et d'épargne, ainsi que tout changement de société, sont liés à des pertes financières considérables. On n'a pas trouvé de solution non plus à la question de la participation des assurés aux "réserves cachées" résultant de l'augmentation de la valeur des fonds investis, de l'argent que les assurés confient aux sociétés pendant 30 ans - à des conditions tout à fait indéfinies. Actuellement, les sociétés d'assurance sont les seules à tirer profit de ces "réserves occultes" afin de compenser des pertes, des frais supplémentaires ou d'augmenter leurs bénéfices.

d) Bénéfices résultant du règlement des dommages.

On comprend très bien que, par la possibilité d'utiliser les excédents résultant du règlement des sinistres pour leurs propres besoins, les sociétés d'assurance sont particulièrement intéressées pour payer le moins possible, ce qui cause souvent beaucoup

d'ennuis en cas de dommage, restriction et refus de paiement (ainsi que des retardements et la formation de réserves non justifiées) entraînant automatiquement des "bénéfices" dans les sociétés.

e) Traitement préférentiel de l'industrie au détriment du consommateur.

Il est incontestable qu'en ce moment l'industrie est avantagée par des réductions de primes ou par des conditions spéciales. Ces pertes sur le plan des assurances industrielles sont compensées par des excédents ressortant des assurances du petit consommateur (36), ce qui est - sans aucun doute - en contradiction avec le principe de l'égalité de traitement dans une communauté d'assurés. Les primes destinées à la compensation des risques une fois réparties à l'intérieur de cette communauté, personne ne sera autorisé à accorder pour des raisons commerciales des réductions sur ces primes. Là encore, il faut abandonner l'idée que "l'assurance" est un acte de commerce où la société est autorisée à accorder des rabais.

f) Inégalité dans le traitement des automobilistes soumis à l'assurance obligatoire.

L'utilisation illégale des bénéfices ressortant des excédents sur les primes confiées aux sociétés est finalement, là aussi, la raison de l'inégalité dans le traitement des automobilistes au point de vue des assurances automobiles. D'après les tarifs actuellement appliqués selon le "règlement sur les tarifs" et acceptés par la direction des assurances, la prime d'un ouvrier habitant dans une grande ville est de 50 % plus élevée que celle d'un fonctionnaire vivant à la campagne (37), bien que les deux aient le même passé en tant qu'automobiliste conduisant la même voiture. Cela se trouve, sans équivoque, en contradiction avec la technique actuarielle qui exige les mêmes cotisations pour les mêmes risques (38).

C'est tout naturel que la cotisation d'un détenteur de véhicule est différente lorsqu'on la fait dépendre du domicile et du genre de profession de celui-ci, de même qu'il y aurait des taux d'imposition différents si l'on envisageait de déterminer le taux fiscal selon le domicile ou la profession du contribuable au lieu de considérer son revenu individuel. Cette différenciation selon le domicile et la profession aboutit nécessairement à une inégalité de traitement des individus considérés égaux. C'est ce traitement qui est pratiqué actuellement au sujet des automobilistes soumis à l'assurance obligatoire.

Etant donné que les excédents provenant des deux formes d'assurance sont incorrectement considérés comme "bénéfice de la société d'assurance", le gouvernement et la direction des assurances ont consenti à la division en tarifs régionaux et professionnels pour procurer aux sociétés d'assurances l'égalité des chances en ce qui concerne la réalisation d'un excédent (d'un gain hypothétique) (39). Dans ce contexte, on aurait dû remarquer que le gouvernement est obligé d'exercer par des décrets son influence sur les bénéfices hypothétiques des sociétés parce que celles-ci n'en sont pas capables. Par contre, il devrait être possible d'influencer soi-même les bénéfices tirés de sa propre prestation. On a également fermé les yeux sur le fait que, après la comptabilité nationale, le domaine où les sociétés peuvent réaliser leurs bénéfices, ne devrait être que le secteur bien délimité des services.

g) Manque de surveillance du côté de l'Etat

Il est évident qu'un office gouvernemental de surveillance et de contrôle des assurances a été créé justement à cause de la mauvaise structure des assurances, à cause du fait que

la propriété des fonds n'est pas définie et que les frais et les bénéficiaires sont retirés à volonté sur des fonds gérés fiduciairement. Cet office devrait, par conséquent, veiller à ce que les cotisations, conformément à des règlements fondamentaux, soient utilisées et réparties d'une manière juste et raisonnable (41). Etant donné que la mauvaise structure du système de nos assurances n'a même pas été remarquée, la Direction des assurances n'a pas reconnu non plus sa tâche propre et n'a rien entrepris jusqu'ici (42).

h) Entente au détriment des assurés.

Bien que le gouvernement, les ministères, la direction des assurances et l'administration fédérale pour la réglementation des cartels aient été prévenus depuis longtemps, que le système des assurances actuel se trouve en contradiction avec l'ordre juridique et économique, tous ces organismes n'ont jusqu'ici rien fait, même pas d'enquêtes. Lors d'une enquête au sujet de la structure régionale dans l'assurance automobile, ordonnée par le ministère fédéral des affaires économiques, l'examen de cette question de principe a même été expressément exclue. Il est vrai que cet essai étrange de faire approuver cette régionalisation anticonstitutionnelle de l'assurance automobile dont le ministère des affaires économiques porte une part de la responsabilité, a été anéanti par une contre-expertise (43). A présent, le ministère des affaires économiques, le ministère de la justice, le ministère des finances et la direction des assurances sont de nouveau obligés de s'occuper de la question des tarifs pour étrangers (tarif "Turc"), de trouver la sortie de ce dilemme qu'ils ont eux-mêmes provoqué.

Tous les hommes responsables ainsi que tous les représentants des assurances et les experts se taisent à ce propos. On a presque l'impression que la décision du comité directeur de la FASA d'interdire toute discussion publique à ce sujet est valable pour toute une nation jusqu'aux médias. Il est incompréhensible que ces questions qui concernent 1.500 milliards de DM, 550 millions de contrats d'assurance, pour ainsi dire tout citoyen, n'aient pas fait l'objet d'une discussion publique (44).

Quand on lit les déclarations suivantes, on est tenté de soupçonner qu'il s'agit là d'une collaboration.

Monsieur Vogel, en qualité de Ministre fédéral de la justice, constate (45): "Les sociétés d'assurances et la fédération allemande des sociétés d'assurance d'une part et mon ministère d'autre part, vivent depuis longtemps dans un état de coexistence pacifique".

Monsieur Apel, en tant que Ministre fédéral des finances (placé au-dessus de la direction des assurances) fait valoir (46): "L'État et l'ensemble des compagnies d'assurance se sont entendus assez bien au cours des dernières années. Il se pourrait bien d'ailleurs, qu'une tierce personne ait l'impression que cette entente ait été créée au détriment des assurés".

Le Sénateur des Etats Unis, Monsieur Metzenbaum (47), membre du comité juridique du Sénat, a constaté, en qualité de "Chairman" lors d'une audition, que les lois sur les assurances ne sont faites ni par le législateur ni par l'autorité de surveillance; ce sont, en revanche, les sociétés d'assurance qui prescrivent leurs fonctions.

Par égard à la "coopération harmonieuse" entre les sociétés d'assurance et les experts mentionnés ci-dessus, et compte tenu de la constatation faite dernièrement par l'ancien Président de la direction des assurances qu'il n'occupait que la fonction d'un "gardien de nuit", la question juridique, au fond assez simple mais très importante - à savoir: "Qui est le propriétaire des 500 milliards de DM?" - doit être considérée comme un problème

juridique d'une portée extraordinaire. En outre, comment peut-on représenter les intérêts des assurés et de quelle manière les faire participer au contrôle sur l'affectation de leurs fonds (49)?

IV. La réglementation incomplète de l'article 1 de la loi sur le contrat d'assurance.

Tous ces problèmes ainsi que la question de la propriété concernant les fonds des sociétés d'assurance ne se poseraient pas, s'il y avait sur le contrat d'assurance une réglementation claire et conforme à la loi. Celui qui pense qu'on devrait trouver cette clarté dans la loi sur le contrat d'assurance comprenant 200 articles, se trompe. Si l'on soumet l'article 1 de la loi sur le contrat d'assurance (datant de 90 ans) à un examen détaillé, on voit que cette loi ne peut être considérée comme le "chef-d'oeuvre de la législation", telle qu'elle est appelée souvent par les représentants des sociétés d'assurance et par les experts (50), donc par ses auteurs. Actuellement, cette même catégorie de personnes est en train de mettre au point "ses" lois européennes (51), de même qu'aux Etats Unis - après le Sénateur Metzenbaum - les lois sur les assurances sont faites par ceux qu'elles concernent. Monsieur Vogel a également tort lorsqu'il dit que "la stabilité dans ce domaine juridique prouve la qualité de la codification". Il est bien possible que quelque chose de faux soit et reste stable, aussi longtemps qu'il y a une "coexistence pacifique" voulue par le législateur et par les intéressés qui ont aidé à préparer ces lois. Mais cette coexistence apporte des avantages considérables à tous, à l'Etat en tant que receveur des impôts concernant les bénéficiaires et à titre de débiteur d'un montant de plusieurs milliards de DM (fonds des assurances), aux sociétés d'assurances, dans le fait qu'elles ont la possibilité de gaspiller et de tirer profit des fonds qui leur sont confiés.

D'après l'article 1 de la loi sur le contrat d'assurance, "l'assureur" est obligé de fournir une prestation d'assurance tandis que l'assuré a l'obligation de payer une prime ou une cotisation. Il en ressort toute une série de questions de qualité économique ainsi que juridique: Qu'est-ce qu'on entend par "assurance" et "assureur"? - Qui peut être appelé assureur, la société d'assurance ou l'ensemble des assurés? - Par qui et comment le paiement de cette prestation d'assurance est-il fourni et effectué en tant que prestation économique et quelle est sa relation avec le droit des obligations? - Celui qui a payé sa prime mais qui n'a pas causé de dommage et ne reçoit donc pas de prestation d'assurance, que reçoit-il en contrepartie de la part de l'assureur, de la communauté des assurés ou du côté de la société d'assurance? - Lorsque la plupart des assurés ne reçoit pas de prestations d'assurance, la prime peut-elle être le prix pour la prestation d'assurance en tant que contre-prestation de la même valeur? - L'article 1 de la loi sur le contrat d'assurance est-il valable de la même manière non seulement pour les sociétés d'assurance à forme anonyme et les mutuelles, mais aussi pour tous les divers modes d'assurance et même pour l'assurance vie combinée avec la formation de capital d'épargne?

On pourrait multiplier les questions. Le Professeur Schmidt-Rimpler parle d'un conflit de théories sans opinion dominante qui, par résignation, a perdu toute considération. Dans le "rapport d'expertise du Bundestag (54)", on fait valoir qu'on n'est pas arrivé à ce jour à définir les notions dans cette matière et à établir une terminologie reconnue par tous". Littéralement (55): "Au cours de cette discussion de longue durée sur la nature du contrat d'assurance, on a oublié de se demander s'il est envisageable que l'une des théories puisse être à la base de tous les contrats dans toutes les branches d'assurance. Par égard à la multiplicité des modes d'assurance tout à fait différents, il faut en douter profondément. D'ailleurs, personne n'a essayé de prouver par écrit que le contrat

d'assurance est un contrat de prestation de services qui comprend l'organisation et la répartition de l'argent confié aux sociétés par les assurés".

Cette constatation n'est pas tout à fait correcte. Il y a quelques années, l'auteur de cette analyse a déjà essayé de prouver une telle théorie. Il est regrettable qu'on ait refusé la publication en faisant valoir qu' "il faille prendre en considération les intérêts des assurances, le seul groupe à viser" ou en disant que "nous ne sommes pas d'accord avec les opinions de l'auteur". Il est donc nécessaire de réanimer cette controverse si longtemps réprimée et de recommencer à discuter pour clarifier les problèmes dans notre système d'assurance, en théorie ainsi qu'en pratique (56).

a) La conception actuelle de l'assurance du point de vue juridique.

Naturellement, les théoriciens ne pouvaient pas ignorer la contradiction évidente dans le libellé de l'article 1 de la loi sur le contrat d'assurance, à savoir que la partie non lésée ne reçoit pas de prestation en contrepartie de la prime payée (57). Il faut dire que les experts en général ne contestent pas que l'article 1 de la loi sur le contrat d'assurance comporte un règlement imparfait, mais cet état de fait n'a dérangé personne, même pas le législateur et cela pendant 90 ans, jusqu'à nos jours, bien que cet article doive régler des affaires d'une valeur de plusieurs milliards de DM.

Alors, pour faire de la prestation d'assurance une prestation (produit) de la société d'assurance et du contrat d'assurance un contrat synallagmatique, on a conçu une "théorie porteuse de danger" ("Gefahrtragungstheorie"), selon laquelle la contre-prestation de la société (comme telle, elle ne figure pas dans la loi) consiste à assurer des risques, à prendre des dispositions pour la compensation de ces risques par une couverture monétaire, la réassurance et la formation de réserves etc. et de ce fait, à prendre en charge "un danger" en faveur des assurés. L'utilisation du mot "danger" dans ce contexte montre d'une manière éclatante la confusion totale dans la terminologie d'assurance, car une société d'assurance ne peut et ne veut certainement jamais assumer un danger comme - par exemple - feu, vol, accident. Il est évident qu'on a voulu dire: assumer un "risque", le fait de prendre en charge la situation "être en danger". (Cette théorie ne peut certainement pas être appliquée sur la possibilité d'épargne dans l'assurance vie.)

La théorie décrite ci-dessus doit être considérée comme absurde, si l'on examine ce que "assurance" veut dire en réalité. Assurance est une mesure pour rendre quelque chose sûr, pour changer l'incertitude en certitude. C'est pourquoi "assurance" veut dire: assurer qu'il n'y aura plus de risque financier pour l'assuré. Après cette interprétation, il faut entendre par "assurance": élimination des risques (financiers) par un apport de fonds, effectué par les assurés pour compenser les dommages.

Le risque financier une fois écarté, les sociétés d'assurance n'ont plus besoin d'assumer ou de compenser des risques quelconques. Il va de soi qu'elles ne peuvent pas prendre en charge des risques qui n'existent plus.

En outre, cette théorie suggère que le fait de "s'exposer à un danger d'assumer un risque" ne peut jamais représenter une prestation relative au droit des obligations. Les mesures prises dans cette situation (58) ne peuvent représenter que des dispositions préparatoires (59) en vue de la prestation d'assurance. Là aussi, la question de la réciprocité n'est pas tranchée. D'ailleurs, dans ce cas-là, "la prestation d'assurance" reste aussi la prestation des assurés. (Voir ci-dessus le Professeur Mahr) (27).

D'une manière très lapidaire, le commentaire Prölss/Martin (60), qui rejette, lui aussi, la théorie décrite ci-dessus, exprime l'opinion suivante: "La controverse n'a pas beaucoup d'importance, étant donné que nous sommes aussi d'accord que le contrat d'assurance est un contrat à titre de réciprocité". A ce propos, les commentaires se réfèrent à "l'essai de solution" de Monsieur Schmidt-Rimpler (61), qui prétend qu'"un paiement inconditionnel de primes et une prestation conditionnelle d'assurance pourraient très bien se trouver dans une relation synallagmatique, une relation qui repose toujours sur un accord des partis sur ,les bases de l'appréciation"' (62).

Cette opinion omet complètement le fait que, dans un ordre juridique, lorsqu'on se met d'accord sur les bases d'appréciation, on n'a jamais le droit de ranger un contrat imparfait à titre de réciprocité sous l'étiquette "contrat synallagmatique", tel qu'il est défini par la loi. Dans ce cas, l'appréciation ne doit pas être unilatéralement valable. La disposition de l'article 306 du code civil qui dit qu'un contrat visant à une prestation impossible est non valable, ne devrait pas être appliqué - par exemple - lors de l'achat d'un billet pour un voyage sur la lune, au moment où l'acheteur, seul, juge réalisable ce "voyage dimanche prochain". Après la "théorie d'appréciation par des partis", non seulement le contrat de transport serait valable en tant que contrat synallagmatique, mais encore l'acheteur du billet, en dépit de la contre-prestation non fournie, n'aurait pas le droit au dédommagement.

Monsieur Schmidt-Rimpler nous en donne la justification (63): "Il va de soi que l'une des partis peut s'engager à juste raison et fournir une prestation sans se soumettre à des conditions, tandis que l'autre n'effectue qu'une prestation conditionnelle (ou impossible)." Peut-être que ces possibilités d'appréciation peuvent être perçues dans la renonciation au remboursement de prestations fournies ou bien dans la renonciation à une contre-prestation (donation), mais ces contrats là ne doivent jamais être considérés comme contrats synallagmatiques qui, après leur définition, règlent toujours l'échange de prestation et contre-prestation, et cet échange doit nécessairement avoir lieu en tout état de cause.

En définitive, le contrat d'assurance, tel il est réglé et appliqué aujourd'hui, ne peut pas être considéré comme contrat à titre de réciprocité. Le contrat entre la société d'assurance et l'assuré ne peut devenir contrat synallagmatique qu'à partir du moment où l'on a fixé exactement quelle prestation peut être et sera en réalité fournie par la société vis-à-vis de l'assuré.

b) La conception actuelle de l'assurance du point de vue économique.

D'après une opinion très répandue mais complètement irréaliste, la prime d'assurance doit être "le prix pour la marchandise invisible: couverture d'assurance" (64). Il en résulte que l'assurance devrait même être rangée sous l'étiquette: production de biens, et le contrat d'assurance devrait être considéré comme un contrat de vente (65). Si l'on considère la prestation de service d'un médecin comme "vente de la marchandise invisible: santé" au lieu d'y voir le traitement d'un patient, c'est-à-dire le service dispensé, nous constatons comment ce jugement est absurde. Selon une opinion prédominante, l'"assurance" est une prestation de service (66) produite par les entreprises d'assurance et vendue contre paiement d'une prime. La fourniture du dédommagement représente donc le facteur "coûts" (66), les primes sont les "prix" (67) et l'excédent, ce qui reste après que l'on ait déduit les coûts des primes, doit être considéré comme "gains" (68).

Cette conception fait ressortir une série de particularités que je ne peux qu'ébaucher sous forme de quelques questions: Comment se peut-il que les compensations doivent être considérées comme coûts, étant donné que la somme d'argent destinée au dédommagement est proposée par les assurés à titre gratuit? - Cet argent n'est donc pas procuré et utilisé par les sociétés en tant que facteur de production, mais, au fond, il est réparti en tant que "facteur d'objet". Lorsque l'"assurance" est considérée comme prestation de service, que faut-il entendre par "facteur externe" ou "facteur-objet" (69) (qui appartient au souscripteur d'assurance et qui, s'il s'agit d'un service, doit être traité comme l'argent dans une banque et la chemise dans l'établissement de nettoyage)? - Si la propriété des assurés, l'argent à répartir, doit passer en tant que prix, dans la propriété de l'entreprise d'assurance, comment comprendre que les primes soient "des prix", si des représentants du gouvernement, des organes de surveillance et de la science prétendent que les excédents destinés à la compensation des risques ne doivent pas être considérés comme bénéfices de l'entreprise, qu'ils doivent, par contre, être remboursés aux assurés, ce qui est - chose étonnante - obligatoire à un certain degré dans l'assurance vie et l'assurance automobile? - Pourquoi, dans la comptabilité nationale, la recette totale des primes n'est-elle pas comptée dans les prestations de service, mais seulement la fraction des frais administratifs qui - chose curieuse - doit être évaluée (70) en tant que prix proprement dit? -

L'"assurance" est une prestation économique des assurés. Il est donc absurde de parler "d'assurance", étant donné qu'il ne peut y avoir que "prestation d'assurance" (71). Des indemnités prélevées sur une somme proposée gratuitement ne peuvent jamais être considérées comme frais. Il est donc incohérent de parler de coûts en relation avec le dédommagement et de parler de calcul en relation avec la fixation des cotisations. La prime d'assurance ne peut pas représenter le prix pour les prestations des services proprement dites des sociétés d'assurance.

Les compagnies d'assurance confondent actuellement le prix pour le service rendu avec le "facteur d'objet" de leur prestation des services, à savoir l'argent qui leur a été confié pour la compensation des dommages et qui doit, au fond, rester la propriété des assurés en tant que souscripteurs (72).

De cette confusion, les sociétés d'assurance tirent les avantages évoqués ci-dessus: Elles ne sont pas obligées de fixer un prix pour leurs prestations des services, elles n'ont donc pas besoin de calculer les prix pour leurs prestations des services d'une manière précise et rigoureuse. Elles ne sont pas forcées d'entrer en compétition à propos de leurs prestations des services, de viser une amélioration de la productivité et une diminution des dépenses; en revanche, pour la couverture des coûts, même s'ils ont dépassé le montant des frais fixes auparavant, ils ont la possibilité de prélever n'importe quelle somme sur les fonds confiés par les assurés. Ils peuvent aussi comptabiliser et encaisser des excédents comme "gains", parce que la propriété des assurés ne peut plus être discernée dans cette somme. Les conséquences d'une mauvaise gestion sont imposées aux assurés. Les faillites sont pratiquement impossibles.

c) Pas de transfert de propriété de la cotisation.

Avant d'être utilisée comme bénéfice, la propriété de cet argent doit être transmise à la société d'assurance. De même que les experts n'arrivent pas à faire considérer la prime comme prix, ils n'ont jusqu'ici pas encore réussi à justifier "le transfert de propriété indispensable avant l'utilisation des bénéfices (73)". S'il en est ainsi et si le transfert de propriété n'a pas lieu, aucune réglementation sur l'établissement des comptes et aucune

loi sur les sociétés anonymes ne pourront abroger le droit à la propriété garantie par la constitution, ni d'autres lois concernant la propriété et ainsi permettre aux entreprises d'assurance de se servir de capitaux de tiers à titre de "bénéfices et profits" (74). A proprement parler, il est impossible de faire, à partir du détournement de capitaux de tiers, une affaire légitime. Même la comptabilisation frauduleuse de capitaux de tiers en tant que "propriété de l'entreprise" n'y change rien.

La nouvelle théorie: séparation de l'assurance et des services d'assurance

Pour tracer les contours exacts de cette problématique, il faut partir des contradictions entre les théories juridiques et économiques actuellement en vigueur et notre ordre juridique et économique tel qu'il est défini par la loi.

Résumons les questions non résolues dans le domaine juridique: pas de contre-prestation pour les parties non lésées - pas de contrat à titre de réciprocité - pas de transfert de propriété concernant le montant des primes reportées - pas de droit à une participation aux bénéfices. Les points litigieux dans le domaine économique: incompatibilité avec la comptabilité nationale - pas d'indication des prix - pas de compétition - pas de définition (facteur d'objet) de la prestation de service de la société - la somme d'argent destinée au dédommagement ne peut jamais être un facteur de production, de même qu'elle ne peut jamais entraîner des frais.

Le point de départ pour une solution de ces problèmes est l'analyse des opérations économiques dans les assurances (75).

D'après les données de la comptabilité nationale, il faut discerner deux actes différents: la mise à disposition de fonds dans le but d'une nouvelle répartition (assurance) et l'organisation de cette opération de distribution (prestation de service). La première prestation est effectuée par la communauté des assurés, la deuxième est fournie par les sociétés d'assurance.

Cette distinction représente la solution de tous les problèmes théoriques et pratiques dans ce domaine. C'est par la séparation de ces deux genres de prestation et leur rattachement d'une part aux assurés et d'autre part aux compagnies d'assurance que la conformité avec la comptabilité nationale est acquise. Cette séparation en deux procédés différents entraîne naturellement la nécessité de diviser le contrat d'assurance, jusqu'ici compris comme unité: le contrat d'assurance au sens propre, établi entre chaque assuré et la communauté des assurés ("assureurs") (76) et, à côté, le contrat de service à titre onéreux, conclu entre l'assuré et la société ayant pour objet l'administration et la répartition des cotisations d'assurance. En cas d'assurance vie de capital, il faut y ajouter encore le contrat d'épargne comme troisième facteur.

Par la distinction entre ces trois procédés (contrat d'assurance, contrat d'épargne et contrat de service), les conditions d'un contrat synallagmatique entre les sociétés d'assurance et les assurés sont remplies. Chaque assuré - même celui qui ne touche pas de prestation - obtient une contre-prestation de la part de la société en tant que service de renseignement, conclusion du contrat, organisation et administration de la communauté des assurés, répartition et placement des capitaux destinés à la couverture de l'assurance. Cet argent représente le "facteur d'objet" de la société, facteur qui n'existait pas jusqu'ici, et le seul à être mis à la libre disposition de la société. Il faut que la prime soit divisée et que les sociétés d'assurance soient obligées de fixer un prix pour leurs services. A ce

moment là, le coût de la gestion administrative n'a plus besoin d'être "estimé" lors de l'établissement de la valeur de la production brute.

Les revendications établies dans la réglementation sur l'indication des prix et, par là, les conditions d'une compétition, sont remplies. Seul, ce prix là, destiné à couvrir les frais administratifs, fait partie de la propriété de la société, et les excédents résultant de ces prix sont uniquement considérés comme bénéfiques. La cotisation d'assurance, par ailleurs, doit être payée et comptabilisée en tant que propriété de l'assuré. Ces capitaux - déposés à échéance convenue - pourraient très bien rapportés des gains à titre d'intérêt.

Actuellement, des restrictions et des refus de paiement lors de la compensation d'un dommage entraînent automatiquement des gains auprès des sociétés d'assurance. Le nouveau contrat n'offrirait plus cette possibilité. Les sociétés d'assurance pourraient favoriser, à leur gré, leurs clients dans l'industrie, mais seulement par des réductions sur leurs frais administratifs. Elles n'éprouveraient plus aucun intérêt à tirer des bénéfices différents de l'assurance automobile. On pourrait renoncer à la différenciation entre domicile et genre de profession. Chaque automobiliste serait traité de la même manière (77). La définition de la propriété et le partage des primes résoudraient aussi tous les problèmes dans l'assurance vie. Les compagnies d'assurance devraient - comme les banques - fixer de temps en temps le taux d'intérêt pour l'administration des capitaux, et les assurés, après avoir comparé, auraient la possibilité de changer de société sans préjudice (78). Le point litigieux "Surveillance de l'Etat et compétition" serait réglé par la séparation du secteur contrôle "assurance" du secteur non surveillé "services" (79).

VI. Perspective

La controverse exprimée ci-dessus mène à la conclusion qu'il est indispensable d'analyser et de réformer à fond notre système d'assurance pour atteindre la conformité avec notre ordre économique et juridique. Personne ne devrait encore s'appuyer sur la stabilité de la législation, à savoir la loi sur le contrat d'assurance, la réglementation sur l'établissement des comptes, la loi sur les sociétés par action, la loi sur l'assurance obligatoire, la loi réglant les conventions collectives et les règlements exceptionnels dans la loi sur les cartels et dans la loi sur les conditions générales de vente. Ces lois - tant qu'elles concernent les assurances - et la pratique actuelle violent incontestablement les libertés individuelles, telles qu'elles sont définies dans la loi fondamentale (autonomie particulière, garantie de la propriété, principe de l'égalité de traitement, compétition) et encore d'autres règlements juridiques et économiques. La surveillance de l'Etat et la direction des assurances n'apportent aucun remède. La Direction des assurances n'a jamais fait ce qu'elle aurait dû faire, c'est-à-dire empêcher les sociétés d'assurance de disposer à volonté des capitaux des assurés, c'est-à-dire créer une situation de vraie compétition économique et discerner entre la propriété de la société et celle des assurés (80).

Jusqu'à présent, les tribunaux n'ont pas encore été saisis de cette affaire. Mais, étant donné que depuis longtemps toutes les personnes responsables, bien que prévenues de cette situation contrariante, n'ont pas réagi, on pourrait s'imaginer qu'une action en responsabilité de l'Etat (pour cause de forfaiture) pourrait trancher cette question et conduire à un jugement d'une portée inimaginable.

contact <mailto:hansdmeyer@versanet.de>