

LA PORTÉE DU QUESTIONNAIRE SUR LE PRINCIPE DE LA DÉCLARATION SPONTANÉE, À LA LUMIÈRE DU DROIT COMPARÉ DES ASSURANCES TERRESTRES

Didier Lluelles*

Montréal

Le candidat à l'assurance doit-il, au stade de la proposition, déclarer à l'assureur un élément d'information susceptible d'influencer l'appréciation du risque soumis, alors que le questionnaire n'aurait, par hypothèse, contenu aucune question spécifique à ce sujet? Peut-il, au contraire, se contenter de répondre aux questions posées? En d'autres termes, la pratique, en principe facultative, du questionnaire remet-elle en cause—et jusqu'à quel point—le principe voulant que ce soit le proposant, et non l'assureur, qui ait l'initiative, au chapitre des informations relatives aux caractéristiques du risque proposé?

Après avoir constaté la relative ambiguïté du droit positif du Québec à cet égard, l'auteur présente, dans un tableau général et comparatiste, les deux thèses en présence et en souligne les avantages et les inconvénients respectifs. Préconisant le rapprochement des deux conceptions opposées en ce qu'elles ont de fondamentalement positif et compatible, l'auteur suggère des moyens de mise en oeuvre de cette synthèse, dans une perspective d'harmonisation des intérêts légitimes de l'une et l'autre parties contractantes.

In making an application for insurance, is an applicant obliged to disclose to the insurer information which may be relevant to the risk insured, even though the questionnaire contains no question on that point? May he, on the contrary, do no more than respond to the questions asked? In other words does the use, in principle not obligatory, of the questionnaire put in doubt—and if so to what extent—the principle that the applicant, and not the insurer, bears the obligation with respect to the information relevant to the nature of the risk to be covered?

Having shown the relative uncertainty of the current Quebec law on this question, the author states, by a general and comparative outline, the two

* Didier Lluelles, professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, Montréal, Québec. Le présent texte est à jour au 1er août 1987. L'article était déjà remis à l'éditeur lorsque parut, en décembre 1987, l'Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations: le lecteur comprendra donc que l'article ne tient pas compte des dispositions relatives à l'assurance (chapitre XV) de cet avant-projet, notamment des articles 2478, al. 2 et 2479 proposés. L'auteur remercie Monsieur le professeur Roger Bout, directeur de l'Institut des assurances de l'Université d'Aix-Marseille, Maître Pierre-Paul Côté, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, et Monsieur le Doyen François Chevette, de cette même faculté, pour leur patiente lecture et leurs précieux commentaires.

competing theses and highlights their respective advantages and disadvantages. The author favours bringing the two opposed views closer together using their positive and compatible aspects, and suggests methods of implementing this synthesis, with a view to the proper balancing of the legitimate interests of both contracting parties.

Introduction: cadre et objet de la problématique

A. L'obligation de déclaration initiale du risque

La souscription d'une assurance n'est pas un acte banal. Moyennant une contrepartie relativement modique—la prime—le preneur obtient de l'assureur l'engagement de prendre à sa charge les conséquences pécuniaires, souvent lourdes pour le seul preneur, de la réalisation d'un risque. Cette possibilité ne tient pas du merveilleux; elle s'explique par la prise en charge d'un très grand nombre de risques dont un petit nombre seulement se concrétisera.¹ La dispersion des risques, réalisée grâce aux enseignements de la statistique, permet donc un équilibre entre les recettes et les dépenses de l'assureur et fonde en grande partie la sécurité de l'opération.

Cet équilibre général peut cependant être rompu si un trop grand nombre de personnes obtient une assurance pour des risques trop dangereux ou plus dangereux que les "risques types".² Si trop de cancéreux se font assurer sur la vie, comme si de rien n'était, l'assureur s'expose à des difficultés financières sérieuses qui ne peuvent que se répercuter sur les intérêts de l'ensemble de la mutualité des assurés. Contrairement, en effet, à la plupart des contrats, le contrat d'assurance suppose non seulement une entente entre un assureur et un preneur, mais aussi l'adhésion de ce dernier à une mutualité, que l'assureur soit une mutuelle ou une société à fonds social.³

Il est donc normal que l'assureur ne s'engage pas à l'aveuglette, qu'il soit au fait des caractéristiques particulières du risque qu'on lui soumet. Cette nécessité logique et économique se traduit, sur le plan juridique, par un droit de l'assureur à l'information. L'article 2485 du Code civil du Bas-Canada fait peser sur le proposant et, le cas échéant, sur l'éventuel assuré s'il s'agit d'une personne distincte,⁴ une obligation de déclarer "toutes les circonstances connues de lui qui sont de nature à influencer de façon importante un assureur raisonnable dans l'établissement de la prime, l'appréciation du risque ou la décision de l'accepter".

¹ M. Picard et A. Besson, *Les assurances terrestres* (1982), no 12, p. 21.

² *Ibid.*, no 15, p. 25.

³ *Ibid.*, no 10, p. 19.

⁴ On remarquera que le législateur anticipe quelque peu sur les événements lorsqu'il emploie, à cette disposition, les termes "preneur" et "assuré"; le contrat n'étant encore qu'envisagé, il eût été plus juste de parler de "proposant" et "d'assuré virtuel ou éventuel".

Cette obligation légale vise donc à permettre à l'assureur, dûment informé des caractéristiques particulières du risque proposé, de prendre une décision en connaissance de cause. S'il apprend qu'un immeuble se situe dans une zone où les incendies sont fréquents, il pourra soit refuser l'assurance, soit assurer moyennant une prime plus élevée, soit assurer en imposant des conditions d'utilisation ou de prévention spécifiques.

Contrairement à l'obligation de déclarer en cours de contrat une aggravation de risque,⁵ l'obligation de déclaration initiale vise aussi bien les assurances de personnes que les assurances de dommages. Elle pèse sur les épaules du proposant non seulement au stade de la proposition, écrite ou verbale, mais aussi ultérieurement, jusqu'à l'entrée en vigueur de l'assurance.⁶ Cette même obligation de déclaration initiale s'impose au preneur à l'occasion, en cours de contrat, d'un avenant d'inclusion d'un nouvel élément à assurer,⁷ de même qu'elle existe en prévision du renouvellement d'une assurance⁸ ou à propos du rétablissement d'une assurance-vie préalablement résiliée pour non paiement d'une prime autre que la première.⁹

Donc, si le proposant n'a pas dévoilé au stade de la proposition un élément qu'il connaissait¹⁰ et qu'ignorait ou que n'était pas censé connaître l'assureur,¹¹ le preneur, le bénéficiaire ou l'ayant droit risque de

⁵ Cette obligation n'existe qu'à propos des assurances de dommages: cf. art. 2566 du Code civil. Voir cependant l'article 2533, al. 1 du Code civil relatif aux assurances-maladie ou accidents.

⁶ Ainsi le proposant doit-il dévoiler tout fait pertinent avant l'entrée en vigueur du contrat qu'il aurait omis de dévoiler au stade de la proposition ou qui se serait manifesté depuis; la situation, dans ce deuxième cas, ne doit pas être confondue avec une aggravation de risque en cours de contrat, sujette à un tout autre régime (cf. art. 2566 et 2533 du Code civil); *Angelillo c. La Prévoyance, cie d'assurance*, [1983] C.A. 305, à la p. 309; cf. *Stipcich c. Metropolitan Life Insurance Co.*, 277 U.S. 311, à la p. 318 (1928); voir: R.A. Hasson, *The Doctrine of Uberrima Fides in Insurance Law—A Critical Evaluation* (1969), 32 Mod. L. Rev. 615, aux pp. 635-636.

⁷ *Zurich, cie d'assurances c. Rossignol*, [1984] C.A. 264, à la p. 265.

⁸ *Turgeon c. Atlas Insurance Co.*, [1969] R.C.S. 286; *Lévesque c. Comtois*, [1979] C.S. 695, à la p. 697; cf. *Lambert c. Co-operative Insurance Society*, [1975] 2 Lloyd's Rep. 485, à la p. 487 (C.A.); R. Merkin, *Uberrimae Fidei Strikes Again* (1976), 39 Mod. L. Rev. 478, à la p. 480.

⁹ Art. 2519, al. 3 du Code civil; cf. *Johnson c. Eaton Life Assurance Co.*, [1983] I.L.R. 6464 (Ont. S.C.).

¹⁰ Art. 2485 du Code civil. La nécessité de la connaissance de l'élément pertinent à dévoiler n'est pas toujours allée de soi; il s'agit d'une règle partiellement de droit nouveau qui consacre législativement—en l'étendant à tous les contrats d'assurance—la solution que la jurisprudence avait fini par dégager en assurance-vie: *Fleury c. Canadian Woodman of the World* (1937), 63 B.R. 409, à la p. 412; *Lacroix c. L'industrielle, cie d'assurance-vie*, [1969] C.S. 565; *Bernier c. The Mutual Life Assurance Co.*, [1973] C.A. 892, à la p. 898; C. Belleau, *New Rules Concerning Misrepresentations and Warranties*, [1978] Meredith Lect. 23, aux pp. 30-32; cf. *Joel c. Law Union & Crown Insurance Co.*, [1908] 2 K.B. 863, aux pp. 880 et 884 (C.A.).

¹¹ Art. 2486, al. 2 du Code civil.

subir une sanction, en principe la nullité du contrat,¹² si cet élément avait l'importance requise par la loi. Quant à la bonne foi du proposant, elle n'entre pas en principe en ligne de compte: le proposant a peut-être été de bonne foi, mais il n'a pas été "de la plus haute bonne foi", cette bonne foi abstraite, idéale, requise pour ce contrat *uberrimae fidei* qu'est le contrat d'assurance.¹³

La sévérité du droit relatif aux déclarations initiales se trouve renforcée par la règle voulant qu'une sanction civile s'attache à tout manquement à l'obligation de déclarer, en l'absence même de tout rattachement du fait omis ou mal dévoilé au sinistre survenu.¹⁴

¹² Art. 2487 du Code civil.

¹³ On rencontre parfois, pour traduire cette idée exigeante de renseignements complets à donner à l'assureur, dans une perspective de totale confiance, l'expression "l'assurance est un contrat de bonne foi" (cf. Y. Lambert-Faivre, *Droit des assurances* (1982), no 110, p. 190; *London Assurance c. Mansel* (1879), 11 Ch. D. 363, à la p. 367 (Ch. D.)); cette expression est quelque peu redondante dans la mesure où la bonne foi doit présider à la conclusion—et à l'exécution—de tout contrat de droit civil, quel qu'il soit. L'expression "plus haute bonne foi", spécifique au contrat d'assurance, est plus appropriée dans notre contexte: R. Bout, *La déclaration frauduleuse de sinistre en assurance de dommages—étude comparée des droits français et québécois* (1987), 21 R.J.T. 385, no 1. Sur le principe même de l'absence d'importance de la simple bonne foi au niveau de l'obligation même de déclaration initiale de risque, voir *Turgeon c. Atlas Assurance Co.*, *supra*, note 8, à la p. 295; *Dunn c. La Mutuelle d'Omaha*, [1979] C.S. 967; cf. *Schoolman c. Hall*, [1951] 1 Lloyd's Rep. 139, aux pp. 143-144 (C.A.); *Yorke c. York-shire Insurance Co.*, [1918] 1 K.B. 662, à la p. 667 (K.B.D.); *Lambert c. Co-operative Insurance Society*, *supra*, note 8; Merkin, *loc. cit.*, note 8, à la p. 482.

Il convient de préciser toutefois que, depuis le 20 octobre 1976, date de l'entrée en vigueur des dispositions actuelles du Code civil relatives à l'assurance, la bonne foi du proposant peut jouer un rôle, en assurance de choses et de responsabilité, au niveau du degré de la sanction: si l'assureur, après avoir établi l'inexécution de l'obligation, ne rapporte ni la preuve de la mauvaise foi du proposant ni la preuve qu'il n'aurait pas assuré du tout s'il avait été dûment informé, le tribunal accordera certes une sanction, mais ce ne sera pas l'annulation du contrat. Il s'agira d'une réduction proportionnelle de la garantie (art. 2488 du Code civil; cette disposition s'inspire de l'article L. 113-9 du Code français des assurances). Contrairement au droit français, cependant, la réduction proportionnelle légale ne vise pas les assurances de personnes: dans ces dernières, la bonne foi n'affecte pas la sanction, sauf si—en assurance-vie par exemple—le contrat est en vigueur depuis au moins deux ans lors de la découverte du défaut du proposant: en ce cas, et exceptionnellement, la bonne foi joue un rôle au niveau même de l'obligation puisqu'aucune sanction ne s'appliquera, à moins que l'assureur ne rapporte la preuve de la fraude du proposant: art. 2515, al. 1 du Code civil; cf. *Dufour c. L'Industrielle, cie d'assurance sur la vie*, [1987] R.R.A. 218 (C.S.). Mais si, toujours en assurance de personnes, la sanction s'applique, ce sera nécessairement la nullité du contrat, même si l'élément omis ou inexactement dénoncé n'avait d'importance qu'au niveau du quantum de la prime: voir *Ouellet c. L'Industrielle, cie d'assurance sur la vie*, [1987] R.J.Q. 1804 (C.S.).

¹⁴ Art. 2487 du Code civil: la nullité du contrat doit être prononcée "même en ce qui concerne les sinistres non rattachés aux risques ainsi dénaturés"; voir *Prudential of America c. Tremblay* (1934), 1 I.L.R. 33, à la p. 42 (B.R. Québec). Cette règle de l'indépendance de l'objet de la déclaration inexacte ou de la réticence par rapport au

Cette double sévérité est toutefois compensée par une autre règle, d'origine jurisprudentielle et codifiée depuis le 20 octobre 1976¹⁵ dans une disposition législative¹⁶ d'ordre public.¹⁷ Selon cette règle, le preneur, le bénéficiaire ou l'ayant droit est à l'abri de l'arbitraire de l'assureur, de ses déclarations "après coup".¹⁸ En effet, ce n'est pas à l'opinion de l'assureur en cause qu'il convient de se référer pour déterminer la pertinence et l'importance du fait omis ou inexactement dénoncé, mais bien à celle d'un "assureur raisonnable"—*prudent insurer*:¹⁹ l'évaluation est nécessairement effectuée *in abstracto*.²⁰

sinistre lui-même, commune aux systèmes civiliste et de *common law* (Picard et Besson, *op. cit.*, note 1, no 446, p. 702; R. Colinvaux, *The Law of Insurance* (1984), no 5-14, p. 102), est parfois violée dans certaines espèces, soit de manière flagrante (*Goupil c. L'Industrielle, cie d'assurance sur la vie*, [1980] C.P. 7), soit de manière implicite (*Cie d'assurance sur la vie la Sauvegarde c. Hébert* (1928), 45 B.R. 479, aux pp. 482 et 485), soit de manière indirecte (*Beaulieu c. L'Industrielle, cie d'assurance sur la vie*, [1986] R.J.Q. 222, aux pp. 226-227 (C.S.); cf. notre commentaire (1986), 20 R.J.T. 459, aux pp. 467-468)—dans la même perspective, il convient de déplorer les surprenantes prises de position de la Cour de cassation dans certaines espèces: Civ. 1re, 28 nov. 1972, R.G.A.T. 1973, 351, note A.B. et Civ. 1re, 2 mars 1976, R.G.A.T. 1977, 45, note A.B. La règle de l'indépendance devrait également trouver application dans le cadre de la réduction proportionnelle: cf. Picard et Besson, *op. cit.*, note 1, no 94, p. 159.

¹⁵ Loi sur les assurances, L.Q. 1974, c. 70, art. 2.

¹⁶ Art. 2485 du Code civil.

¹⁷ Art. 2500, al. 2 du Code civil.

¹⁸ *Alliance Insurance Co. of Philadelphia c. Laurentian Colonies & Hotels Ltd.*, [1953] B.R. 241; *Mutual Life Assurance Co. c. Bernier*, [1968] B.R. 595, à la p. 600.

¹⁹ *Mutual Life Insurance Co. of New York c. Ontario Metal Products Co.*, [1925] A.C. 344, à la p. 352 (C. privé); *Dunn c. La Mutuelle d'Omaha*, *supra*, note 13, à la p. 973; *Beaulieu c. L'Industrielle*, *supra*, note 14, à la p. 225; Collinvaux, *op. cit.*, note 14, no 5-13, p. 100; D. Houseman and B. Davies, *Law of Life Insurance* (10th ed., 1984), p. 26; E.R.H. Ivamy, *General Principles of Insurance Law* (1966), pp. 112-114; C. Brown and J. Menezes, *Insurance Law in Canada* (1982), no 5:2:12, p. 102; P. Catala, *La déclaration du risque en droit français et anglais comparé* (1966), 37 R.G.A.T. 449, aux pp. 461-462. Sur la position plutôt incertaine du droit français à cet égard, voir: C.J. Berr et H. Groutel, note sous Civ. 1re, 10 mai 1977, D. 1978, i.r., 235. Contrairement à une idée parfois avancée—sur la base d'une lecture quelque peu hâtive de l'arrêt *Alliance* (*supra*, note 18)—le critère de l'assureur raisonnable n'exclut nullement l'obligation de dénoncer, le cas échéant, des éléments du risque moral ("moral hazard"): *Madill c. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993, aux pp. 1000-1001 (C.A.); *Tomic c. Madill*, [1987] R.R.A. 462, à la p. 466 (C.S.).

²⁰ *Contra*: C. Belleau, *Réflexions sur les origines et l'interprétation de certains articles du Code civil en matière d'assurance* (1987), 21 R.J.T. 223, à la p. 239; Belleau, *loc. cit.*, note 10, à la p. 29; F.-X. Simard jr., *La déclaration initiale du risque dans le droit des assurances de la Province de Québec* (1973), 14 C. de D. 167, à la p. 260, à la note 285. Comp. avec notre point de vue dans *Droit des assurances—aspects contractuels* (1986), pp. 166-167. Voir toutefois notre remarque, *infra*, note 267, *in fine*.

B. Le principe de la déclaration spontanée

L'obligation de déclaration initiale du risque revêt deux formes: elle consiste, sans nul doute, à devoir répondre aux questions de l'assureur, portant sur des éléments pertinents, de manière complète et conformément à la vérité; elle consiste également, contrairement à certaines croyances, à devoir, indépendamment de toute question, informer l'assureur de tout élément connu du proposant, inconnu de l'assureur et pertinent au risque.

Que le proposant doive informer l'assureur de sa propre initiative, le législateur nous fournit au moins deux indices en ce sens. Ainsi, l'article 2485 du Code civil, loin d'employer une expression générale susceptible d'interprétations diverses du genre "l'assureur a le droit d'être informé . . .", voire une expression restrictive comme "le preneur doit répondre complètement et exactement . . .", recourt à une phraséologie qui ne cantonne pas l'obligation de déclarer à celle de répondre à des questions: "Le preneur . . . est tenu de déclarer . . .". L'autre indice en ce sens provient de l'emploi par plusieurs dispositions²¹ du couplet "déclaration et réticence". La réticence est, en effet, une abstention;²² elle consiste en une omission au moins consciente²³—mais non nécessairement frauduleuse²⁴—de dévoiler un élément d'information; elle n'implique pas forcément une question.²⁵

²¹ Art. 2486, al. 2; 2487; 2514 et 2515, al. 1 du Code civil. Voir aussi l'art. 92 de la Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., c. A-25.

²² J.-L. Baudouin, *Les obligations* (1983), no 154, p. 112.

²³ Cf. A. Létourneau, *Commentaires sur les dernières modifications à la Loi sur les assurances du Québec* (1981), 49 *Assurances* 74, à la p. 76; sur la notion de "Failure to Disclose" dans le droit canadien anglais de l'assurance-vie, voir: F.J. Laverty, *The Insurance Law of Canada* (1936), p. 211.

²⁴ Cf. Civ., 5 avril 1949, D. 1949, 289, note P.L.-P.; R.F. Feyaerts et J. Ernault, *Traité général des assurances terrestres* (1966), no 864, p. 190.

²⁵ Il arrive cependant que certains juristes recourent au terme "réticence", alors qu'une question précise a été posée au proposant, pour qualifier la réaction de ce dernier. D'aucuns seront tentés de voir une réticence si, à la question "Avez-vous été hospitalisé? Si oui, précisez où, quand, pourquoi", le proposant répond par la négative alors qu'il a été, de fait, l'objet de traitements hospitaliers, et omet—par le fait même—d'indiquer les précisions demandées (cf. *Beaulieu c. L'Industrielle*, *supra*, note 14, à la p. 224). A notre avis, il ne s'agit pas d'une réticence mais d'une déclaration inexacte, la non révélation des précisions demandées n'étant que l'accessoire de la réponse négative (cf. notre commentaire, *loc. cit.*, note 14, aux pp. 461-462, à la note 20). De même, le silence du proposant par rapport à une question précise n'est pas une réticence, malgré une opinion largement répandue; il constitue tout simplement une réponse négative implicite (d'ailleurs, l'intermédiaire chargé d'administrer le questionnaire risque d'indiquer la mention "non" à l'endroit approprié); voir, à ce sujet, *Zurich, cie d'assurances c. Rossignol*, *supra*, note 7, à la p. 267: "Une omission peut parfois être considérée comme une fausse déclaration."

Plus fondamentalement cependant, solidement établi en droit des assurances tant dans le système civiliste²⁶ que de *common law*²⁷—réserve faite du droit américain²⁸—le principe de la déclaration *proprio motu*, plongeant ses racines dans le droit de l'assurance maritime,²⁹ est fondé sur trois éléments: il repose sur l'indispensable climat de confiance qui doit régner, dès le départ de la relation contractuelle entre le proposant et l'assureur responsable des intérêts de la mutualité des assurés, sur la présomption selon laquelle le proposant connaît mieux que l'assureur les circonstances qui le concernent³⁰ et sur les contraintes économiques sérieuses d'une règle contraire qui placerait l'initiative des connaissances sur les épaules de l'assureur.³¹

C. La pratique du questionnaire

Il est toutefois rare, de nos jours, qu'aucune question ne soit posée au proposant. La pratique de greffer un questionnaire aux formulaires de proposition a fini par se généraliser, notamment dans les assurances individuelles de personnes, les assurances de dommages concernant les risques industriels et commerciaux et l'assurance automobile. Cette initiative de l'industrie de l'assurance, qui vise à faciliter la tâche du proposant,³²

²⁶ Pour le droit québécois, voir: *Alliance Insurance Co. of Philadelphia c. Laurentian Colonies & Hotels Ltd.*, *supra*, note 18, à la p. 256; *Prudential of America c. Tremblay*, *supra*, note 14, à la p. 42; *Turgeon c. Atlas Assurance Co.*, *supra*, note 8, aux pp. 294-295; *Ice Supply Co. c. Guardian Assurance Co.* (1935), 58 B.R. 335, à la p. 343; *Levesque c. Comtois*, *supra*, note 8, à la p. 697; *Angelillo c. La Prévoyance*, *supra*, note 6, aux pp. 309-310. Voir aussi la solution implicite dans *Madill c. Lirette*, *supra*, note 19, à la page 1000; cf. *Tomic c. Madill*, *supra*, note 19, à la p. 465.

Pour le droit français, voir: Civ., 5 avril 1949, *supra*, note 24; Civ., 26 janvier 1948, J.C.P. 1948, II, no 4178, obs. P.L.-P., D. 1949, 442, note A.B.; Civ. Ire, 2 novembre 1954, R.G.A.T. 1955, 37, note A.B.; Civ. Ire, 15 février 1983, Bull. civ. I, no 60, p. 52; Paris, 23 mars 1983, D. 1985, i.r., 190, note Berr et Groutel; Picard et Besson, *op. cit.*, note 1, no 74, pp. 128-129.

²⁷ *Lambert c. Co-operative Insurance Society*, *supra*, note 8, commenté par Merkin, *loc. cit.*, note 8; Houseman et Davies, *op. cit.*, note 19, à la p. 26; sur l'ensemble de la question, voir: Hasson, *loc. cit.*, note 6, aux pp. 615-632.

²⁸ *Stecker c. American Home Fire Assurance Co.*, 80 N.Y.S. 2d 145 (N.Y.S.C., App. Div.; 1948); G.J. Couch, *On Insurance* 2d (Rev. ed.) (1985), no 38:6, pp. 376-377; Appleman, *Insurance Law and Practice* (1981), no 7276, p. 332; voir cependant: *Hare & Chase Inc. c. National Surety Co.*, 60 F. 2d 909 (2nd Circ. C.A.; 1932).

²⁹ La sévérité du droit des déclarations de risque a pour origine historique la sévérité du droit des assurances maritimes, première forme d'assurance à s'être développée; ce droit présume, en effet, que l'assureur est à la merci de la diligence de l'armateur, puisque l'objet du risque, le navire, est bien souvent en haute mer et, de ce fait, hors de contrôle immédiat: cf. R.E. Keeton, *Basic Text on Insurance Law* (1971), p. 326.

³⁰ cf. *Rozanes c. Bowen* (1928), 32 Ll.L.R. 98 (C.A.).

³¹ Berr et Groutel, note sous Paris, 23 mars 1983, D. 1985, i.r., 190; L.F. Deprez et A. Truyens, *L'assurance contre l'incendie* (1966), no 462, p. 465.

³² Feyaerts et Ernault, *op. cit.*, note 24, no 861, p. 190; Lambert-Faivre, *op. cit.*, note 13, no 113, p. 192.

est d'autant bienvenue que la pertinence de l'information à dévoiler s'apprécie non par référence à l'opinion du preneur éventuel mais bien par référence à celle d'"un autre",³³ celle d'un assureur raisonnable.³⁴

La généralisation du questionnaire ne doit cependant pas faire illusion. D'abord, et contrairement à une opinion largement répandue dans le grand public, le questionnaire ne constitue qu'une pratique.³⁵ L'assureur, en effet, n'a aucune obligation légale de prendre l'initiative de la recherche de l'information relative au risque proposé.³⁶ L'usage du questionnaire n'est donc pas obligatoire, qu'il s'agisse des droits québécois,³⁷ français³⁸ ou anglais.³⁹ Au contraire de la solution législative de certains systèmes juridiques,⁴⁰ l'absence de questionnaire ne relève donc pas, en principe, le proposant de son obligation de déclaration spontanée.⁴¹ Ainsi, la personne chargeant son courtier de lui procurer une assurance-incendie résidentielle⁴² devrait, de sa propre initiative, fournir à cet intermédiaire

³³ Laverty, *op. cit.*, note 23, p. 209.

³⁴ *Mutual Life Insurance Co. of New York c. Ontario Metal Products Co.*, *supra*, note 19, aux pp. 350-351.

³⁵ En droit français: Catala, *loc. cit.*, note 19, à la p. 462; A.B., note sous Rabat, 13 février 1951, R.G.A.T. 1951, 150, à la p. 151; en droit anglais: Catala, *ibid.*, à la p. 463.

³⁶ En droit québécois: *Samson c. Sun Life du Canada*, [1986] R.R.A. 96, à la p. 101 (C.S.); en droit français: A.B., *loc. cit.*, note 35, à la p. 151; en droit anglais: *cf. Bates c. Hewitt* (1867), L.R. 2 Q.B. 595, à la p. 611; Hasson, *loc. cit.*, note 6, à la p. 620.

³⁷ Simard, *loc. cit.*, note 20, à la p. 233; nous verrons qu'un auteur québécois émet des doutes sur le caractère facultatif du questionnaire (*infra*, division I, A, 2, b).

³⁸ *Supra*, note 35; *contra*: Rabat, 13 février 1951, R.G.A.T. 1951, 144, note A.B.

³⁹ *Supra*, notes 34 et 35.

⁴⁰ Sur la solution des droits helvétique et allemand, voir: Deprez et Truyens, *op. cit.*, note 31, no 462, p. 465; G.E. Longo, La déclaration du risque à l'origine et en cours de contrat. Conséquences et sanctions (Rapport initial, 8e colloque juridique international de Venise) (1978), 49 R.G.A.T. 256, à la p. 264.

⁴¹ Au Québec: voir l'*obiter dictum* du juge McDougall dans l'arrêt *Alliance*, *supra*, note 18, à la p. 256; en Angleterre: *Lambert c. Co-operative Insurance Society*, *supra*, note 8, à la p. 487 (il s'agissait d'un renouvellement de contrat); en France: voir la position implicite de la Cour de cassation, dans un de ses récents arrêts, dans le sens de l'obligation de déclaration spontanée en l'absence de questionnaire: Civ. 1re, 2 juillet 1985, D. 1986, 509, note H. Groutel.

⁴² Il est rare, en effet, que dans ce genre d'assurance le proposant ait à répondre à des questions en provenance de l'assureur; généralement, le candidat à l'assurance s'adresse à un courtier—bien souvent au téléphone—qu'il charge de négocier une couverture adéquate auprès d'un assureur; s'il arrive qu'il lui soit posé des questions, il s'agit généralement d'une initiative du courtier, qui n'est généralement pas mandataire de l'assureur éventuel, dans le cadre de la constitution de son dossier; *cf. Angelillo c. La Prévoyance*, *supra*, note 6, à la p. 308.

tout élément pertinent afin que ce dernier puisse, en sa qualité de mandataire du proposant, le transmettre à l'assureur.⁴³ Certes, il est des circonstances où l'absence de questionnaire relève le candidat à l'assurance de son obligation de déclarer: il en est ainsi dans certains types d'assurances pour lesquelles les caractéristiques générales du risque à assumer ont déjà été prises en compte, telles l'assurance collective de personnes,⁴⁴ l'assurance couvrant les voyageurs contre le risque d'une catastrophe aérienne,⁴⁵ l'assurance de personnes en matière de crédit.⁴⁶ Il peut s'agir également d'assurances dont les circonstances de la souscription ne per-

⁴³ Si le courtier se garde de transmettre à l'assureur une information pertinente dévoilée par son client, ce dernier est censé, à cause de la théorie de la représentation inhérente au mandat—liant le courtier au demandeur d'assurance—avoir lui-même fait preuve de réticence à l'égard de son cocontractant, l'assureur, et pourra, de ce fait, subir une sanction, soit la nullité, soit la réduction proportionnelle: *Zurich, cie d'assurance c. Rossignol*, *supra*, note 7, à la p. 265; voir cependant la récente—et fort surprenante—opinion émise dans l'affaire *Pincourt Restaurant Inc. c. United States Fire Insurance Co.*, [1987] R.R.A. 444 (C.A.); le courtier engage toutefois sa responsabilité professionnelle à l'égard du client diligent ainsi lésé: *Therrien c. Dionne*, [1978] 1 R.C.S. 884; sur l'ensemble de la question, voir: R. Duquette, *Les obligations du courtier d'assurance face à la pratique et à la jurisprudence* (1987), 55 *Assurances* 177, aux pp. 184-185.

⁴⁴ Dans la mesure où l'on peut considérer qu'un groupe déterminé de personnes actives, notamment de gens "effectivement au travail", réunit des personnes dont l'état de santé est vraisemblablement supérieur à celui de la moyenne nationale, l'assureur aura tendance à ne pas soumettre les membres du groupe—les adhérents—à un questionnaire relatif à la santé ni à un examen médical, s'ils étaient déjà membres du groupe—à l'emploi du preneur par exemple—ou, comme dans le cas d'embauche ultérieure, s'ils n'avaient pas "réellement choisi" ce moment; si, par contre, un nouveau salarié qui, après avoir refusé d'être inclus dans le régime d'assurance, change soudain d'avis, l'assureur le soumettra probablement à un questionnaire, voire à un examen, puisqu'ici le nouveau membre exerce un choix—l'antisélection quant au moment de la souscription: l'obligation de déclarer—indépendamment même du questionnaire—renaît donc dans cette hypothèse. Sur le sujet des assurances collectives de personnes, voir: L. Plamondon, *Les assurances collectives de personnes en faveur des salariés* (1987), 21 *R.J.T.* 261, aux pp. 286-289.

⁴⁵ *Continental Casualty Co. c. Chartré*, [1954] B.R. 635, à la p. 641: "Ici, le risque c'est le voyage qui est connu dans tous ses détails par l'assureur. L'assureur . . . offre d'avance [cette protection] à qui que ce soit qui entreprend le voyage, quels que soient son âge, sa condition de santé . . .".

⁴⁶ Généralement, les assureurs acceptent ce risque sans information des assurés éventuels, lesquels n'ont aucune obligation de dévoiler un élément au chapitre des déclarations de risque initiales; toutefois, si ce genre d'assurance est souscrit par un débiteur parce qu'il est gravement malade et même condamné par la médecine, l'assureur pourrait se plaindre non d'une infraction à l'obligation de déclaration initiale, mais d'une réticence dolosive du droit commun des contrats (nous verrons plus en détail cette possibilité: *infra*, division V); cf. *National Life Insurance Co., of Florida c. Harriott*, 268 So. 2d 397 (Fla. Distr. C.A.; 1972); *Butler c. Vulcan Life & Accident Insurance Co.*, 179 So. 2d 642 (La. C.A.; 1965). Le fait pour l'assureur d'exiger du candidat à la protection d'assurance la souscription d'une déclaration de bonne santé implique un retour à la règle de l'obligation de déclarer: voir *Banque canadienne nationale c. Lessard*, [1978] C.S. 683.

mettent aucune possibilité pour le preneur de communiquer avec l'assureur.⁴⁷ Ces hypothèses sont toutefois exceptionnelles;⁴⁸ leur régime ne remet pas en cause, pour le reste, le principe de la déclaration spontanée.

L'autre raison pour laquelle la pratique du questionnaire ne doit pas faire illusion tient à ce qu'il est rarement—sinon jamais—exhaustif: que l'on songe, par exemple, au questionnaire relatif à l'assurance automobile, remarquable par sa concision. Et même dans les cas où il est particulièrement développé, comme en assurance sur la vie,⁴⁹ le questionnaire peut ne pas avoir comporté une question sur un élément connu du proposant, inconnu de l'assureur et néanmoins pertinent aux yeux d'un assureur raisonnable.

Malgré ce silence du questionnaire, le candidat à l'assurance est-il, malgré tout, en raison de l'obligation générale de déclarer spontanément, tenu de dévoiler cet élément à l'assureur? S'il en est ainsi le proposant, à qui le questionnaire d'une assurance-vie demanderait si l'un de ses parents ou grands parents a été atteint d'une maladie donnée, devrait préciser que son frère ou sa soeur en a été victime, même si le questionnaire est silencieux sur le cas des collatéraux, dans la mesure où cette information aurait joué un rôle important dans l'esprit d'un assureur raisonnable dans l'évaluation du risque.⁵⁰ Le questionnaire maintiendrait alors l'obligation de déclaration spontanée dans sa totalité, sans suppression ni diminution. Si la présence du questionnaire a, au contraire, pour effet de supprimer totalement cette obligation, dans notre exemple le proposant ne serait pas tenu de révéler qu'un de ses frères a subi la maladie en question, sa seule obligation consistant à dévoiler la maladie d'un de ses ascendants; bien plus, il ne serait même pas tenu de dénoncer le fait qu'il a subi un grave accident dont les séquelles sont susceptibles de diminuer son espérance de vie, dans la mesure où aucune question ne ferait référence à ce type d'événement. Une autre solution, mitoyenne celle-là, consisterait à maintenir l'obligation de déclaration spontanée mais en la limitant au contexte de la question litigieuse. Ainsi,

⁴⁷ Il peut s'agir d'assurances-voyage souscrites auprès d'une machine distributrice installée dans un aéroport, comme de propositions envoyées par la poste, sans sollicitation préalable du proposant, qui n'a qu'à remplir les espaces blancs et à retourner le document signé demandant une assurance-vie—et qui ne comprendrait, par hypothèse, ni questions ni espace permettant des déclarations.

⁴⁸ L'absence de questionnaire, dans le cas de certains risques importants, en matière commerciale ou industrielle pourrait, à la limite, plaider pour une absence du devoir de déclarer spontanément, si le contrat a été conclu au terme de pourparlers entre les parties ou d'études et de vérifications particulièrement approfondies de la part de l'assureur; cf. Civ. 1re, 10 mai 1977, D. 1978, i.r., 235, note Berr et Groutel; Paris, 23 mars 1983, *supra*, note 26.

⁴⁹ Plamondon, *loc. cit.*, note 44, à la p. 286; Deprez et Truyens, *op. cit.*, note 31, no 861, p. 190.

⁵⁰ Cf. Houseman et Davies, *op. cit.*, note 19, à la p. 26.

toujours dans notre exemple, le proposant n'aurait pas à dire à l'assureur qu'un de ses frères a contracté la maladie qui fait l'objet d'une question. Dans cette hypothèse toutefois, la limitation serait rivée au thème même de la question: le proposant devrait, de sa propre initiative, dévoiler l'accident dont nous venons de parler, même si le questionnaire est laconique à cet égard.

L'objet de la présente étude est précisément de déterminer l'impact d'un questionnaire sur l'obligation de déclarer. Le questionnaire a-t-il pour conséquence de restreindre cette obligation aux seuls éléments qu'il véhicule? Y a-t-il, au contraire, en dépit du questionnaire, survie de l'obligation de déclaration spontanée? En ce cas, cette survie serait-elle entière ou tempérée? Y a-t-il, en d'autres termes, maintien d'une obligation de déclarer *proprio motu* que l'on pourrait qualifier de *résiduelle*?⁵¹

Voyons, dans un premier temps, si le droit positif des assurances terrestres du Québec est fixé à cet égard.

I. *Les incertitudes du droit positif du Québec*

A. *Le caractère quasi lacunaire de la législation*

(1) *Un constat de carence*

Comme la législation antérieure au 20 octobre 1976,⁵² les dispositions actuelles relatives aux assurances terrestres ne proposent aucune solution directe au problème posé. Tout au plus font-elles allusion à l'éventuelle présence d'un questionnaire. Ainsi, à l'instar de l'ancien article 2486 du Code civil, le second alinéa de l'actuel article 2486 prévoit qu'il n'est pas obligatoire de dévoiler ce que l'assureur sait ou est censé savoir, "sauf en réponse aux questions posées".⁵³

A cette pure allusion à un questionnaire, ne comportant en soi aucun indice de solution au problème de l'existence d'une obligation résiduelle de déclarer, on peut ajouter la précision—nouvelle depuis la réforme de 1974-76—de l'article 2485 du Code civil voulant qu'outre le preneur éventuel, doit également déclarer "l'assuré si l'assureur le demande". Cette précision qui se contente de se référer à la réalité du questionnaire ne comporte guère davantage d'indice concernant l'existence d'une obligation résiduelle du proposant.

⁵¹ Nous empruntons cette notion d'obligation résiduelle—"Residual Duty to Disclose"—au dernier rapport de la Law Commission d'Angleterre chargée de proposer une réforme du droit anglais relatif aux déclarations de risque: The Law Commission, Insurance Law—Non-Disclosure and Breach of Warranty, Report no 104 (1980), no 4.56, p. 52. Pour traduire cette idée, on emploie, à l'occasion, l'expression "Overriding Duty to Reveal": D. Norwood, *Life Insurance Law in Canada* (1977), p. 248.

⁵² Simard, *loc. cit.*, note 20, à la p. 233.

⁵³ Belleau, *loc. cit.*, note 10, à la p. 35.

(2) Deux tentatives d'herméneutique législative

(a) Le recours à l'article 2485 du Code civil

Dans un récent *obiter dictum*, un juge de la Cour supérieure⁵⁴ a vu dans l'article 2485 du Code civil un indice niant l'obligation résiduelle de déclarer de la plupart des preneurs éventuels. Loin de prétendre que la précision "si l'assureur le demande" que contient cette disposition vise autant le preneur que l'assuré,⁵⁵ le juge, en insistant sur le terme "l'assuré", propose une solution qui, dans bien des cas, risque de mener à ce résultat. Selon lui, en effet, "il faut . . . que l'assureur établisse qu'il a fait une demande à l'assuré".⁵⁶

Certes, la personne à qui un questionnaire avait été adressé était assurée sur sa propre vie. Mais elle était en même temps cocontractant de l'assureur, soit le preneur du contrat. Cette précision est capitale car le membre de phrase "de même que l'assuré si l'assureur le demande" est, selon toute vraisemblance,⁵⁷ destiné au cas de l'assuré qui est distinct du preneur—distinction que ne connaissait pas la législation antérieure, du moins au plan du vocabulaire. Selon l'interprétation du juge, seul le preneur non assuré aurait, le cas échéant, une obligation de déclaration spontanée au contraire du preneur assuré, voire de l'assuré non preneur. Cette solution, peu vraisemblable et peu logique, devrait être écartée.⁵⁸

(b) Le recours à l'article 2482, al. 1 du Code civil

La section relative à la formation et au contenu du contrat d'assurance⁵⁹ contient une disposition qui a retenu l'attention d'un auteur. Il s'agit du premier alinéa de l'article 2482 du Code civil aux termes duquel "l'assureur ne peut invoquer de conditions ou *déclarations* qui ne sont

⁵⁴ *L'Industrielle cie d'assurance sur la vie c. Bourque*, [1986] R.R.A. 676 (C.S.).

⁵⁵ Ce qui, grammaticalement, serait insoutenable. En effet, la première virgule, suivant le mot "preneur", de même que la seconde, précédant les termes "est tenu", indiquent clairement que la précision "si l'assureur le demande" vise le seul "assuré".

⁵⁶ *L'Industrielle c. Bourque*, *supra*, note 54, à la p. 681.

⁵⁷ *Angelillo c. La Prévoyance*, *supra*, note 6, à la p. 310.

⁵⁸ En outre, en prenant pour acquis que la précision "si l'assureur le demande" ne vise que l'assuré distinct du preneur, il n'est pas dit que les réponses de cet assuré suffisent au chapitre de l'obligation de déclarer: l'obligation du preneur distinct de dévoiler un élément concernant l'assuré et pertinent au risque, en dépit du silence du questionnaire à ce sujet, n'est pas écartée par cet article; de même, n'est peut-être pas écartée l'obligation de l'assuré lui-même de dénoncer un élément pertinent, connu de lui—mais inconnu du preneur—, malgré le même silence du questionnaire. En effet, dans l'hypothèse où l'assureur désire des informations de l'assuré non preneur, le législateur dit simplement "si l'assureur le demande" et non "en réponse aux questions posées" (comp. art. 2486, al. 2 du Code civil): à ce sujet, voir notre ouvrage, *op. cit.*, note 20, p. 161; *contra*, cependant, l'*obiter dictum* dans *Angelillo c. La Prévoyance*, *supra*, note 6, aux pp. 309-310.

⁵⁹ Il s'agit de la section II des Dispositions générales du titre V du Code civil, laquelle précède immédiatement les articles consacrés aux déclarations de risque en général.

pas énoncées dans le contrat”⁶⁰. Sans adopter une position définitive, le Professeur Bergeron⁶¹ émet l’hypothèse suivante, en forme d’interrogation:⁶²

[L’]article 2482 ne nous permet-il pas de conclure que l’obligation de déclarer se limite aux questions posées?

L’auteur se demande, en outre, si l’assureur n’est pas “obligé de poser des questions en vertu de cet article”⁶³.

Dans la mesure où le terme “déclarations” utilisé à l’article 2482, al. 1 du Code civil se réfère aux déclarations relatives au risque,⁶⁴ la double interrogation ci-dessus mérite réflexion. Pour répondre à la question de savoir si cette disposition—qui, *a priori* du moins, ne vise pas l’obligation de déclarer en tant que telle—a pour effet d’annihiler l’obligation de déclaration spontanée de manière générale—et, par voie de conséquence, toute obligation résiduelle—le plus sûr moyen, à notre avis, consiste à déterminer le but vraisemblablement recherché par cette disposition.

En prévoyant que l’assureur ne peut obtenir une sanction dans le cas de déclarations inexactes qui ne seraient que verbales—qui ne seraient “pas énoncées dans le contrat”⁶⁵—le législateur a sans doute voulu protéger le preneur, le bénéficiaire ou l’ayant cause au chapitre de la preuve du contenu des déclarations du preneur ou de l’assuré distinct, afin d’éviter toute possibilité d’erreur.⁶⁶ Dans cette même perspective de sécurité, le premier alinéa de l’article 2478 du Code civil oblige l’assureur à remettre au preneur une copie de la proposition qui aurait été couchée par écrit,⁶⁷ document dont un des volets contient les réponses

⁶⁰ Cette prescription semble s’inspirer de l’ancien article 2570; pour une comparaison des deux dispositions, voir: L. Plamondon, *Life Insurance in Quebec since 1976: Some Points of Interest*, [1978] *Meredith Lect.* 69, aux pp. 88-89.

⁶¹ J.-G. Bergeron, *Le droit des assurances et l’entreprise* (1983), 14 *R.D.U.S.* 113.

⁶² *Ibid.*, à la p. 162.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Plamondon, *loc. cit.*, note 60, aux pp. 78 et 83; J.V. O’Donnell, *The New Quebec Insurance Act: Some General Comments and Some Potential Problems*, [1978] *Meredith Lect.* 1, à la p. 5.

⁶⁵ Ou, plus exactement, “dans la proposition”, laquelle contient un volet questionnaire s’ajoutant au volet demande d’assurance. Sur la notion de “contrat”, à cette disposition, voir: J.-G. Bergeron, *Droit des assurances* (1979-80), à la p. 160.

⁶⁶ Rappelons que, par son emplacement, cette disposition ne vise pas, au premier chef, le droit relatif aux déclarations de risque (*supra*, note 59). Sur cette idée d’erreur à éviter, voir: O’Donnell, *loc. cit.*, note 64, à la p. 5.

⁶⁷ S’il est vrai que cette prescription vise à permettre au preneur de vérifier si la police—que l’assureur doit lui délivrer en vertu de ce même texte—ne contient pas de divergences par rapport au contenu “normatif” de la proposition (*cf.* art. 2478, al. 2 du Code civil), il n’en reste pas moins vrai qu’elle s’attache également à permettre au preneur de voir si la partie de la proposition qui contient ses réponses aux questions posées ne révèle aucune erreur de transcription: *cf.* Plamondon, *loc. cit.*, note 60, à la p. 78.

au questionnaire. Il convient également de souligner la possibilité laissée par l'article 2491 du Code civil de combattre par une preuve testimoniale contraire la transcription incorrecte, due à tout intermédiaire, d'une réponse du proposant ou de l'assuré.⁶⁸

L'article 2482, al. 1 du Code civil joue certes un rôle au chapitre des déclarations de risque puisqu'il épargne toute sanction au preneur ou au réclamant d'une prestation, en cas de déclaration inexacte qui n'aurait pas été couchée par écrit dans la proposition. Nous ne croyons pas, cependant, que cette disposition s'attache à la notion même d'obligation de déclarer; elle n'oblige pas l'assureur à poser des questions;⁶⁹ elle ne confère pas d'immunité en cas de réticence.⁷⁰

Outre qu'il est difficile d'imaginer une réticence couchée par écrit,⁷¹ il paraît peu probable de retenir la suggestion en forme d'interrogation ci-dessus. Si elle devait se traduire en une réalité du droit positif, elle reviendrait à vider, dans le cas des réticences,⁷² d'une partie importante de leur substance les dispositions où le législateur, tant en assurance de personnes qu'en assurance de dommages, se réfère clairement à la notion de réticence;⁷³ la solution suggérée serait d'autant plus intenable que l'article 2482 vise toutes les catégories d'assurances terrestres.

⁶⁸ D'aucuns voient dans cet article une disposition inutile, si l'erreur est due à l'agent mandataire de l'assureur, ou dangereuse si elle est imputable au courtier mandataire du proposant: O'Donnell, *loc. cit.*, note 64, aux pp. 5-6.

⁶⁹ Du reste, si le législateur obligeait clairement l'assureur à soumettre un questionnaire au proposant, on pourrait lui reprocher un manque de cohérence: en effet, depuis l'entrée en vigueur, le 22 juin 1979, de la Loi modifiant la Loi sur les assurances et modifiant de nouveau le Code civil (L.Q. 1979, c. 33, art. 42) il est clair que la rédaction d'une proposition formelle—et, par voie de conséquence, d'un questionnaire—n'est pas obligatoire: voir l'article 2478, al. 1 du Code civil ainsi modifié.

⁷⁰ Cf. Zurich, *cie d'assurances c. Rossignol*, *supra*, note 7, à la p. 267: le preneur d'une assurance-automobile avait passé sous silence un élément pertinent, alors que le questionnaire ne comportait aucune question à cet égard; pour éviter la sanction alors applicable, la nullité du contrat, il avait plaidé une disposition de la formule type alors en vigueur, l'article 1 des Conditions générales, qui prévoyait: "Les déclarations faites par l'assuré au moment de sa demande d'assurance ne lui sont opposables que si elles apparaissent par écrit à la proposition ou aux conditions particulières . . .". Pour la Cour d'appel, cette disposition contractuelle—qui ressemble à l'actuel article 2482, al. 1 du Code civil—ne pouvait écarter l'obligation résiduelle du proposant de dévoiler l'élément pertinent en cause: "Cette clause ne couvre que les déclarations . . . Une omission peut parfois être considérée comme une fausse déclaration" [s'il s'agit du silence à une question, par exemple], "mais je ne crois pas qu'on puisse parler dans notre cas d'une fausse représentation. Il s'agit d'une omission portant sur un élément essentiel du risque."

⁷¹ Sauf, sans doute, dans le cas du silence à une question, interprété par l'intermédiaire comme une réponse négative et retranscrite comme telle. Il ne s'agit pas, toutefois, d'une réticence à proprement parler, mais tout simplement d'une déclaration inexacte tacite: *supra*, notes 25 et 70.

⁷² Au sens propre du terme.

⁷³ *Supra*, note 21.

La législation québécoise actuellement en vigueur n'offre donc aucun indice clairement exprimé à portée générale, ni directement ni par interprétation probable, dans le sens d'une obligation résiduelle ou dans le sens contraire. L'étude de la jurisprudence du Québec s'impose de toute évidence. C'est l'objet du prochain développement.

B. L'ambiguïté de la jurisprudence domestique

La jurisprudence québécoise est déchirée entre deux tendances opposées, l'une affirmant le principe de l'obligation résiduelle (2), l'autre plus réticente, voire hostile, à son égard (1).

(1) L'école québécoise de l'inexistence d'une obligation résiduelle

A première vue, ce courant⁷⁴ apparaît prépondérant, au moins au plan quantitatif. L'idée de ce courant est résumée par cette opinion du juge L.-P. Pigeon:⁷⁵ "lorsqu'un assureur consigne dans un formulaire les questions auxquelles il exige une réponse avant de délivrer une police, il limite par le fait même l'obligation qu'a l'assuré (*sic*) de lui déclarer les faits pertinents." La seule obligation du proposant consiste alors à répondre correctement aux questions posées. Plusieurs décisions abondent dans ce sens.

Ainsi, la Cour supérieure a-t-elle écarté, dans le cas du proposant d'une assurance sur la vie de son enfant, toute obligation de déclarer, de sa propre initiative, en dehors du cadre des questions posées—dont la plupart concernaient l'état de santé physique et mental de l'éventuel assuré—le fait que cet enfant fréquentait une institution pour enfants attardés: l'assureur n'avait qu'à poser une question précise en ce sens.⁷⁶

La Cour d'appel avait déjà, à propos de contrats d'assurance en matière industrielle et commerciale, adressé le même reproche, avec la même conséquence, à l'assureur qui, n'ayant posé aucune question en ce sens, ne pouvait s'en prendre à son cocontractant pour ne pas lui avoir dénoncé le refus d'assurer d'un autre assureur⁷⁷ ou, dans une autre espèce, pour ne pas lui avoir dévoilé l'absence de permis de vente d'alcool de l'hôtel à assurer.⁷⁸

Ce courant bienveillant à l'égard des proposants, surtout lorsqu'ils sont inexpérimentés,⁷⁹ n'hésite pas, à l'occasion, à réduire la portée des questions qui auraient pu, avec quelque vraisemblance, fonder une obliga-

⁷⁴ Simard, *loc. cit.*, note 20, aux pp. 236-237.

⁷⁵ *Turgeon c. Atlas Assurance Co.*, *supra*, note 8, à la p. 301.

⁷⁶ *Legault c. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1968] C.S. 577, à la p. 583.

⁷⁷ *Western Assurance Co. c. Garland* (1903). 12 B.R. 530, à la p. 541.

⁷⁸ *Royal Insurance c. Gauthier*, [1964] B.R. 861, à la p. 888.

⁷⁹ *Legault c. Metropolitan Life Insurance Co.*, *supra*, note 76, à la p. 580; *L'Industrielle c. Bourque*, *supra*, note 54 (solution implicite); cf. *Rodgers c. Canada Health & Accident Assurance Corp.*, [1956] C.S. 219.

tion de répondre. Ainsi, dans l'affaire *Legault*,⁸⁰ la Cour supérieure a-t-elle, au nom de l'interprétation *contra proferentem*,⁸¹ refusé de voir, dans le retard cérébral d'un écolier, la déficience mentale à laquelle se référait une question du questionnaire. Dans une décision récente, un juge a même dépouillé de son contenu, à toutes fins utiles, une question qui avait été posée—et qui ne manquait pas de précision. Cette question demandait au candidat s'il avait "déjà abusé des boissons alcooliques"; le proposant, qui consommait de l'alcool régulièrement et en abusait à l'occasion, avait répondu par la négative. Pour le juge, cette réponse n'était pas inexacte car la question, trop générale, ne pouvait viser son cas.⁸² Loin d'avoir fait une déclaration inexacte, le proposant n'avait pas davantage commis une réticence répréhensible puisque le questionnaire ne l'interrogeait pas sur sa *consommation* d'alcool—pourtant réelle et régulière—ni sur des abus occasionnels. Pour le magistrat, l'"assureur voudrait ajouter au contenu de cette proposition!"⁸³

(2) *L'école québécoise de l'existence d'une obligation résiduelle*

Cet autre courant⁸⁴ compte au moins trois décisions qui ont accordé la sanction exigée par l'assureur, faute par le proposant d'avoir pris l'initiative de dénoncer un ou plusieurs éléments susceptibles d'intéresser un assureur raisonnable, bien que le questionnaire n'ait comporté aucune question à cet égard: le nécessaire climat de confiance exige du proposant qu'il ne se cantonne pas dans un rôle purement passif.⁸⁵

C'est ainsi que la Cour supérieure a récemment annulé un contrat d'assurance-vol pour le motif que le proposant n'avait pas signalé à l'assureur qu'un des coffres-forts, qui contenait la moitié des bijoux en valeur du commerce à assurer, se trouvait en dehors de l'établissement, bien qu'à l'intérieur de la bâtisse. Cet élément, considéré par la cour comme de prime importance au chapitre de la sécurité, aurait donc dû être dénoncé,⁸⁶ même si le questionnaire n'y faisait pas référence directe.⁸⁷

De même, la Cour d'appel, renversant un jugement de la Cour supérieure, a annulé un avenant à un contrat d'assurance automobile par lequel on ajoutait au parc automobile assuré du preneur un véhicule qui ne lui appartenait pas, circonstance non dénoncée à l'assureur. La cour a

⁸⁰ *Legault c. Metropolitan Life Insurance Co.*, *ibid.*, à la p. 583.

⁸¹ Cf. *Daoust c. Cie d'assurance Élite*, [1969] C.S. 377, aux pp. 381-382.

⁸² *L'Industrielle c. Bourque*, *supra*, note 54, à la p. 680.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Simard, *loc. cit.*, note 20, aux pp. 237-238.

⁸⁵ *Italchain c. Madill*, [1984] R.L. 175, à la p. 181 (C.S.).

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Le questionnaire interrogeait le proposant sur les mesures de sécurité prises contre d'éventuels cambriolages.

refusé de considérer comme déterminant le mutisme du formulaire d'avenant au sujet de la propriété des véhicules.⁸⁸

Enfin, la Cour supérieure vient d'annuler un contrat d'assurance-vie fautive par le proposant d'avoir dévoilé à l'assureur une tentative de suicide et l'usage de drogues—circonstances pourtant absentes du questionnaire—et ce en dépit de l'autorisation qu'il avait accordée à son médecin traitant de fournir à l'assureur tout renseignement sur son état de santé.⁸⁹

À ces décisions,⁹⁰ il convient d'ajouter l'opinion majoritaire de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Turgeon*.⁹¹ Lors de la souscription initiale d'une assurance-automobile, le proposant avait correctement répondu par la négative à une question relative à des suspensions de permis de conduire. Plus tard, en cours de contrat, l'assuré fut l'objet d'une telle mesure qu'il se garda de dévoiler à l'assureur au stade du renouvellement. Le juge Fauteux, au nom de la majorité, refusa de suivre le raisonnement de la cour de première instance—et celui du juge dissident en Cour suprême, l'honorable L.-P. Pigeon⁹²—voulant que la formule du certificat de renouvellement, qui invitait l'assuré "à renouvel[er] et

⁸⁸ *Zurich, cie d'assurances c. Rossignol*, *supra*, note 7, à la p. 265. Cette solution est d'autant plus remarquable que le formulaire de proposition concernant le contrat proprement dit d'assurance-automobile, alors en vigueur et approuvé par le Surintendant des assurances (art. 242 de l'ancienne Loi des assurances, S.R.Q. 1964, c. 295), silencieux également sur le sujet de la propriété, prévoyait très nettement que ne pouvait être sanctionnée que l'omission "touchant quelque circonstance dont la proposition exige qu'elle soit portée à la connaissance de l'assureur" (art. 10 de la formule de proposition afférente à la police type FPQ no 1 approuvée le 25 avril 1966). Le juge, en effet, a, au nom de la cour, refusé d'appliquer cette disposition à la demande d'avenant, laquelle figurait sur une formule ordinaire qui ne comportait pas cette précision.

⁸⁹ *Samson c. Sun Life du Canada*, *supra*, note 36, à la p. 101.

⁹⁰ La Cour supérieure a, de manière implicite, fait sien le principe de l'obligation résiduelle dans une affaire où l'assureur n'a pas eu gain de cause (*Richard c. Charette*, [1970] C.S. 367). La cour n'a pas, en effet, prononcé la nullité d'un contrat d'assurance-automobile en dépit de l'omission du proposant de signaler l'âge, inférieur à vingt-cinq ans, du fils du proposant, appelé à utiliser l'automobile paternelle, circonstance non prévue au questionnaire. Mais cette solution repose uniquement sur la restriction que contenait, en matière d'assurance-automobile, la formule de proposition de l'époque, limitant l'obligation de déclarer aux questions du questionnaire (*supra*, note 88)—et que contenait également la formule approuvée par la suite par le Surintendant des assurances sous l'empire de l'article 2479 du Code civil (art. 10 des Conditions particulières, A.C. 420-79, 14 février 1979, R.R.Q. 1981, c. C.C.B.C., r. 1). Cette restriction était empruntée à la formule type en vigueur dans les provinces de *common law* (cf. Brown et Menezes, *op. cit.*, note 19, no 5:2:38, p. 113). Implicitement donc (*ibid.*, aux pp. 370-371), la cour sous-entend qu'il eût été obligatoire de dévoiler l'âge d'un des conducteurs si la formule type n'avait pas comporté cette restriction. Notons que cette restriction a disparu de l'actuelle formule type, approuvée par l'Inspecteur général des institutions financières le 17 juin 1983, et obligatoire depuis le 1er juillet de la même année.

⁹¹ *Turgeon c. Atlas Assurance Co.*, *supra*, note 8.

⁹² *Ibid.*, aux pp. 299-300.

réaffirm[er] au jour dudit renouvellement les déclarations [de la] proposition", revînt simplement à exiger de l'assuré qu'il confirme que ce qu'il avait déclaré en vue de la conclusion du contrat initial était bien alors, à l'époque (!), la vérité. En refusant⁹³ une interprétation qui vidait de toute utilité la demande de l'assureur formulée dans le certificat, la majorité—même si elle ne le dit pas expressément—se trouve à rejeter la solution implicite de la Cour supérieure et du juge Pigeon⁹⁴ selon laquelle l'assuré qui n'a pas, dans la perspective du renouvellement, été interrogé sur une suspension du permis de conduire subie *depuis* la conclusion du contrat, n'a pas à dévoiler, de sa propre initiative, pareille circonstance.

Ainsi, pour ce courant jurisprudentiel,⁹⁵ le fait pour l'assureur de proposer un questionnaire au demandeur d'assurance n'a pas pour conséquence de le dispenser de manière globale de l'obligation de fournir des éléments d'information importants, même si le questionnaire n'en fait pas mention. En outre, si une renonciation à ce devoir d'information *proprio motu* peut, à l'occasion, s'inférer exceptionnellement du questionnaire, elle ne peut qu'être relative au contenu même des questions.⁹⁶ Ainsi, le juge McDougall, dans un *obiter dictum*,⁹⁷ a précisé que si l'assureur demande à l'assuré éventuel de lui indiquer le nombre d'incendies subis au cours des trois années précédant la demande, il renonce, par le fait même et selon toute vraisemblance, à être informé de la survenance d'un incendie cinq ans auparavant.⁹⁸ Cette renonciation ne devrait cependant pas affecter les autres éléments d'information que le proposant doit, en principe, dénoncer en raison de leur pertinence, malgré le mutisme du questionnaire à leur sujet.⁹⁹

(3) *Bilan des deux courants jurisprudentiels*

Même si l'école du maintien d'une obligation de déclaration spontanée, en dehors des cadres du questionnaire, ne comporte que trois

⁹³ *Ibid.*, aux pp. 292-293.

⁹⁴ *Ibid.*, à la p. 301.

⁹⁵ Nous n'incluons pas dans cette liste l'arrêt *Angelillo c. La Prévoyance* (*supra*, note 6, aux pp. 309-310), car il pose plus le principe de l'obligation de déclaration spontanée—en dehors de tout questionnaire—que celui de l'obligation résiduelle; en effet, les seules questions qui avaient été posées à l'assuré éventuel—qui ne traitaient pas des menaces d'incendie non dévoilées—provenaient du courtier, mandataire du seul proposant. Il n'y avait donc pas de "questionnaire" au sens strict.

⁹⁶ Belleau, *loc. cit.*, note 10, aux pp. 34-35.

⁹⁷ Arrêt *Alliance*, *supra*, note 18, à la p. 256.

⁹⁸ Nous reviendrons plus loin sur ce point (*infra*, IV.).

⁹⁹ L'obligation de déclarer *proprio motu* ne serait alors pas épuisée pour autant: le proposant devrait donc dénoncer, le cas échéant, un élément pertinent qui échapperait au cadre de la question litigieuse et qu'aucune autre question n'envisagerait (voir, en droit comparé: Catala, *loc. cit.*, note 19, à la p. 462), probablement même sans limitation dans le temps (*cf. Schoolman c. Hall*, *supra*, note 13, aux pp. 141-142 et 144; Merkin, *loc. cit.*, note 8, à la p. 479).

décisions¹⁰⁰ accordant la sanction réclamée par l'assureur,¹⁰¹ alors que l'école de l'obligation limitée aux seules questions du questionnaire, lorsqu'il y en a un, comporte quatre décisions refusant de prononcer une quelconque sanction,¹⁰² sans compter l'opinion du juge Pigeon,¹⁰³ ce léger déséquilibre quantitatif ne doit pas faire illusion. Tout d'abord, en effet, la position du juge Pigeon s'inscrit dans le cadre d'une dissidence;¹⁰⁴ ensuite et surtout, les décisions de l'école niant une obligation résiduelle sont loin d'être concluantes: dans deux d'entre elles, le rejet de semblable obligation est clairement *obiter*,¹⁰⁵ et dans deux autres espèces, il est difficile de conclure que pareil rejet s'inscrit dans la *ratio decidendi*: ainsi, dans l'affaire *Legault*,¹⁰⁶ même si la cour ne se prononce pas vraiment sur le sujet,¹⁰⁷ elle semble peu encline à voir, dans la fréquentation d'une école pour enfants attardés, un élément pertinent aux yeux d'un assureur raisonnable.¹⁰⁸

¹⁰⁰ *Italchain c. Madill*, *supra*, note 85; *Zurich, cie d'assurances c. Rossignol*, *supra*, note 7; *Samson c. Sun Life*, *supra*, note 36. Nous ne rangeons pas dans cette catégorie de décisions les arrêts *Angelillo* (*supra*, note 6) et *Turgeon* (*supra*, note 8), le premier, pour la raison déjà indiquée (*supra*, note 95), et le second, parce qu'il concerne un renouvellement et non une conclusion à proprement parler et surtout parce qu'il n'implique pas un questionnaire à véritablement parler, dans la perspective du renouvellement.

¹⁰¹ Et encore! En effet, une de ces trois décisions prononce, de toute façon, l'annulation du contrat (en l'espèce, une assurance sur la vie) pour une autre raison qui, à vrai dire, aurait suffi: le suicide de l'assuré dans les deux ans du contrat: *Samson c. Sun Life*, *supra*, note 36, aux pp. 96-101.

¹⁰² *Legault c. Metropolitan Life Insurance Co.*, *supra*, note 76; *Western Assurance Co. c. Garland*, *supra*, note 77; *L'Industrielle c. Bourque*, *supra*, note 54; *Royal Insurance c. Gauthier*, *supra*, note 78.

¹⁰³ *Turgeon c. Atlas Insurance Co.*, *supra*, note 8, à la p. 301.

¹⁰⁴ Il faut de plus tenir compte de l'insistance du juge Pigeon sur la méthode de renouvellement utilisée par l'assureur, soit l'envoi direct d'un certificat de renouvellement, méthode rendant difficile toute déclaration préalable (*ibid.*, à la p. 301).

¹⁰⁵ Cf. *Western Assurance Co. c. Garland*, *supra*, note 77: le point n'a pas été plaidé (à la p. 541); de plus, la cour a tenu compte du fait que l'assureur n'avait pas réagi à l'espace blanc qu'avait laissé son agent, en marge d'une question figurant dans un document soumis à cet agent après que le proposant eut répondu au questionnaire de l'assureur—lequel questionnaire ne comportait pas, lui, semblable question (à la p. 542). Voir aussi *Rodgers c. Canada Health & Accident Assurance Corp.*, *supra*, note 79, à la p. 221; dans ce même ordre d'idées: *Royal Insurance c. Gauthier*, *supra*, note 78: la preuve de la pertinence de l'élément non dévoilé n'a pas été apportée; en outre, cet élément était connu du représentant de l'assureur.

¹⁰⁶ *Legault c. Metropolitan Life Insurance Co.*, *supra*, note 76.

¹⁰⁷ *Simard, loc. cit.*, note 20, à la p. 236.

¹⁰⁸ Dans cette affaire *Legault* (*supra*, note 76), en effet, le juge insiste sur le témoignage d'un psychiatre: "l'enfant fonctionnait bien, pouvait passer inaperçu sur le plan social" (à la p. 580); le magistrat souligne, en outre, l'absence de relation de cause à effet entre la situation particulière de l'enfant et son décès, dû à une néphrite rénale (aux pp. 583-584), frôlant ainsi l'hérésie juridique! (cf. l'ancien art. 2487 du Code civil, au même effet que l'actuel art. 2487; *supra*, note 14). Une autre décision est colorée

Une comparaison purement comptable des deux tendances jurisprudentielles québécoises apparaît donc aléatoire bien que, dans l'ensemble, l'école du devoir résiduel donne plus de satisfaction au plan de la force de conviction: elle comporte, en effet, davantage de *rationes decidendi* que l'école opposée;¹⁰⁹ elle est en outre exempte des erreurs de droit véhiculées dans l'école du refus de l'obligation résiduelle.¹¹⁰

Le droit jurisprudentiel du Québec sur la portée du questionnaire qui, déjà en 1973, était "loin d'être bien fixé sur cette question",¹¹¹ ne l'est guère davantage quatorze ans plus tard. Non seulement est-il périlleux de désigner un vainqueur, comme nous venons de le voir, mais encore les deux courants apparaissent-ils irréconciliables. En d'autres termes, ils ne constituent pas chacun le côté d'une même médaille. Cela aurait pu être le cas si le fil conducteur de l'ensemble des décisions était la position expérimentée ou non du proposant, considérant qu'il est plus vraisemblable de présumer chez l'expérimenté la connaissance d'une obligation résiduelle de renseignements—de même que la pertinence de l'élément à dévoiler¹¹²—que de présumer semblable connaissance chez le proposant "ordinaire"—le *layman*,—ainsi que le suggèrent deux décisions de l'école libérale.¹¹³ Certes, les trois décisions à proprement parler de l'école de l'obligation résiduelle impliquent des proposants relativement expérimentés, soit dans le domaine des affaires,¹¹⁴ soit dans le domaine professionnel,¹¹⁵ mais l'opinion implicite favorable à un devoir résiduel émise

d'*obiter dictum*, soit *L'Industrielle c. Bourque*, *supra*, note 54: elle ne concerne pas un véritable cas de réticence, puisqu'une question avait été posée sur le sujet passé sous silence, question au demeurant précise, mais jugée générale.

¹⁰⁹ Cf. *Italchain c. Madill*, *supra*, note 85; *Zurich, cie d'assurance c. Rossignol*, *supra*, note 7; on peut, à la rigueur, ranger dans cette catégorie la décision *Samson c. Sun Life*, *supra*, note 36: certes, elle comporte un élément d'*obiter dictum*, dans la mesure où la cour utilise également un autre motif pour annuler le contrat; il n'en demeure pas moins que la preuve de la réticence et celle de la pertinence de cette dernière ont été clairement apportées. On pourrait formuler la même remarque *mutatis mutandis* à propos de la solution implicite de l'affaire *Richard c. Charette*, *supra*, note 90.

¹¹⁰ Comme la prétendue nécessité pour la réticence d'être frauduleuse afin de justifier une sanction au chapitre des déclarations de risque: cf. *Legault c. Metropolitan Life Insurance Co.*, *supra*, note 76, à la p. 583; *L'Industrielle c. Bourque*, *supra*, note 54, à la p. 680. Or, la mauvaise foi n'est nécessaire, en principe, ni pour la déclaration inexacte ni pour la réticence (voir, entre autres, l'opinion majoritaire de la Cour suprême en ce sens dans *Turgeon c. Atlas Insurance Co.*, *supra*, note 8, à la p. 295).

¹¹¹ Simard, *loc. cit.*, note 20, à la p. 234.

¹¹² Hasson, *loc. cit.*, note 6, à la p. 633.

¹¹³ *Legault c. Metropolitan Life Insurance Co.*, *supra*, note 76, à la p. 580; *Rodgers c. Canada Health & Accident Assurance Corp.*, *supra*, note 79, à la p. 221.

¹¹⁴ *Italchain c. Madill*, *supra*, note 85; *Zurich cie d'assurances c. Rossignol*, *supra*, note 7.

¹¹⁵ *Samson c. Sun Life*, *supra*, note 36: le proposant de l'assurance-vie en cause était docteur en médecine.

dans l'affaire *Richard*¹¹⁶ concernait un proposant "ordinaire"; en outre, l'école libérale de l'inexistence d'une obligation résiduelle comprend des cas n'impliquant pas des gens ordinaires.¹¹⁷

Il est regrettable qu'un problème aussi crucial, sur les plans juridique, économique et social, que celui de la portée du questionnaire sur l'obligation de déclarer ne puisse trouver d'indices sûrs de solution dans le droit québécois des assurances, les textes étant plutôt laconiques et la jurisprudence n'étant guère concluante, ni sur la solution dominante ni sur les motivations proposées.

Aussi une réflexion d'ensemble sur les coordonnées du problème nous apparaît-elle opportune. Nous nous proposons de l'aborder à la lumière du droit comparé, à l'aide, entre autres, des expériences anglaise—au sens large du qualificatif—et française, dans la mesure où notre droit contemporain des assurances puise son inspiration générale, à des degrés divers il est vrai, aux deux systèmes juridiques,¹¹⁸ et dans la mesure où les législations civilistes "continentales" sont, au chapitre de l'obligation de déclarer, dominées par la même "idée fondamentale" que celle qui a inspiré la *common law*.¹¹⁹ La jurisprudence et la doctrine américaines sur le sujet pourront aussi offrir sinon des éléments de solution—la prudence s'impose en raison de différences notables par rapport aux droits français et anglais—du moins des occasions de réflexion.

Nous étudierons d'abord le sort réservé par le droit comparé ainsi défini à chacune des deux thèses (II et III). Nous tenterons ensuite, après avoir identifié le cœur du problème (IV), de proposer quelques avenues de solution dans une perspective de conciliation (V).

II. La thèse générale de l'inexistence d'une obligation résiduelle

La thèse niant l'obligation de dévoiler des éléments en dehors des cadres du questionnaire comporte certes des partisans au Canada,¹²⁰ notamment au Québec,¹²¹ voire en Angleterre¹²² et en France,¹²³ autant d'États où elle n'est pas majoritairement acceptée.¹²⁴ Mais c'est surtout aux États-

¹¹⁶ *Richard c. Charette*, *supra*, note 90.

¹¹⁷ *Western Assurance Co. c. Garland*, *supra*, note 77; *Royal Insurance c. Gauthier*, *supra*, note 78: ces deux affaires concernent des commerces.

¹¹⁸ Belleau, *loc. cit.*, note 20, aux pp. 225-227.

¹¹⁹ P. Van der Meersch, La déclaration du risque à l'origine et en cours de contrat. Conséquences et sanctions (Rapport final), *loc. cit.*, note 40, p. 297, à la p. 307.

¹²⁰ Laverty, *op. cit.*, note 23, à la p. 210.

¹²¹ *Supra*, I, B, (1); voir aussi: Bergeron, *loc. cit.*, note 61, aux pp. 161-162.

¹²² Hasson, *loc. cit.*, note 6; Merkin, *loc. cit.*, note 8.

¹²³ Voir, par exemple, Rabat, 13 février 1951, *supra*, note 38.

¹²⁴ Nous verrons plus loin (*infra*, III, *in fine*) que le droit français est peut-être en passe de basculer dans le camp de la thèse de l'absence d'obligation résiduelle depuis une récente décision de la Cour de cassation (Civ. 1re, 2 juillet 1985, *supra*, note 41).

Unis qu'elle a connu—et connaît encore—le succès le plus net. On peut même affirmer, sans être excessif—en tenant compte des particularités législatives de certains États—que cette thèse fait, en principe et au chapitre des assurances terrestres, partie du droit positif américain. Au contraire de la solution anglaise,¹²⁵ le droit américain refuse de transposer dans les assurances non maritimes la *Marine Policy Rule* qui impose, dans ce type d'assurance, une obligation de déclaration spontanée, générale ou résiduelle.¹²⁶ Jurisprudence¹²⁷ et doctrine¹²⁸ sont éloquentes à cet égard.

La notion de contrat “de la plus haute bonne foi”, pourtant fréquemment rappelée par la jurisprudence américaine relative aux assurances terrestres,¹²⁹ subit donc un rétrécissement certain: en effet, aux termes de l'*Ordinary Rule*, seule la réticence frauduleuse pourrait, en l'absence d'une question sur le sujet, justifier l'annulation du contrat.¹³⁰

Examinons, à présent, les fondements et les moyens de mise en oeuvre de cette thèse, aussi bien là où elle triomphe que là où elle n'est que minoritaire.

A. Les justifications de la théorie libérale

(1) La présomption de non-pertinence

Cette présomption s'appuie sur la réaction psychologique probable du proposant face à l'existence d'un questionnaire. Le preneur éventuel a sûrement pensé que l'assureur ne désirait pas d'autres informations que celles réclamées dans le questionnaire. Cette réaction supposée¹³¹ est même prise en considération par certains tenants de l'obligation résiduelle.¹³² Mais, alors que ces derniers envisagent cette impression¹³³ de

¹²⁵ *Lambert c. Co-operative Insurance Society*, *supra*, note 8, à la p. 487; *Yorke c. Yorkshire Insurance Co.*, *supra*, note 13, à la p. 667.

¹²⁶ *Morton c. Home Insurance Co.*, 299 N.Y.S. 2d 642, à la p. 643 (N.Y.S.C.; 1969); *Gates c. Madison County Mutual Insurance*, 5 N.Y. 469, à la p. 474 (N.Y.C.A.; 1851).

¹²⁷ *Infra*, II, A.

¹²⁸ W.R. Vance, *Handbook on the Law of Insurance* (1951), pp. 371-372; Couch, *op. cit.*, note 28, no 38:5, pp. 372-374; Appleman, *op. cit.*, note 28, pp. 330-334; Keeton, *op. cit.*, note 29, pp. 326-328.

¹²⁹ *Stipcich c. Metropolitan Life*, *supra*, note 6, à la p. 316; *Ashley c. American Mutual Liability Insurance Co.*, 167 F. Supp. 125, à la p. 128 (U.S. Distr. Ct., N.D. Cal.; 1958); *Hare & Chase, Inc. c. National Surety Co.*, *supra*, note 28, à la p. 911; *Southard c. Occidental Life & Accident Insurance Co.*, 142 N.W. 2d 844, à la p. 848 (Wisc. S.C.; 1966); voir Couch, *op. cit.*, note 28, no 38:72, p. 443.

¹³⁰ *Ibid.*, *infra*, II, A, (3).

¹³¹ Cf. l'*obiter dictum* dans *Hare & Chase, Inc. c. National Surety Co.*, *supra*, note 28, à la p. 911.

¹³² Houseman et Davies, *op. cit.*, note 19, à la p. 26; Law Commission, *op. cit.*, note 51, no 3.20, p. 26.

¹³³ Law Commission, *ibid.*, no 4.52, p. 50.

non-pertinence dans l'esprit du proposant comme une simple probabilité, les adeptes de l'école opposée vont plus loin, voyant le problème en termes de certitude: pour eux, le proposant n'a pu que croire à l'absence de pertinence du sujet extérieur au questionnaire,¹³⁴ surtout si le thème général du questionnaire est étranger au sujet non dévoilé.¹³⁵

Cette présomption dans l'esprit du preneur éventuel repose en quelque sorte sur le rôle normal du questionnaire, celui de diriger le déclarant. L'absence de question sur un sujet constituerait une mauvaise direction:¹³⁶ à l'assureur donc de "faire preuve d'imagination et de diligence"¹³⁷ et de prévoir un questionnaire complet.¹³⁸

Mais entre l'existence, dans l'esprit du proposant, d'une présomption de non-pertinence et l'établissement d'une telle présomption dans l'esprit des juristes—et surtout des juges—il y a une marge: en effet, l'évaluation du manquement au devoir de déclarer s'effectue, en principe, par référence à l'appréciation d'un assureur—que l'appréciation soit *in abstracto* ou *in concreto*—et non par référence à celle d'un proposant.¹³⁹ Il est loin d'être évident qu'une telle omission dans le questionnaire était volontaire de la part de l'assureur.¹⁴⁰ Certains auteurs¹⁴¹ et certains juges,¹⁴² sans doute conscients de la difficulté due à la multitude de facteurs susceptibles d'expliquer l'absence d'une question, soucieux néanmoins de l'opinion du proposant, adoptent un point de vue modéré: l'assureur *court le risque* de ne pas réussir à convaincre le juge de la pertinence de l'élément absent du questionnaire. Mais le pas que d'aucuns se refusent à franchir trop catégoriquement, d'autres n'hésitent pas à le franchir carrément en postulant comme un *a priori* la présomption de

¹³⁴ *Penn Mutual Life Insurance Co. c. Mechanics' Savings Bank & Trust Co.*, 72 F. 413, à la p. 435 (U.S. Circ. C.A.; 1896); Vance, *op. cit.*, note 128, pp. 371-372.

¹³⁵ *Zurich General Accident & Liability Insurance Co. c. Morrison*, [1942] 2 K.B. 53, à la p. 64 (C.A.); comp.: *Schoolman c. Hall*, *supra*, note 13, à la p. 142.

¹³⁶ Cf. Belleau, *loc. cit.*, note 10, à la p. 35.

¹³⁷ H. Groutel, note sous Civ. 1re, 2 juillet 1985, D. 1986, 509.

¹³⁸ Berr et Groutel, *loc. cit.*, note 30, à la p. 191; Couch, *op. cit.*, note 28, no 38:5, pp. 373-374.

¹³⁹ *Mutual Life Insurance Co. of New York c. Ontario Metal Products Co.*, *supra*, note 19, aux pp. 350-351; Civ. 1re, 23 octobre 1967, J.C.P. 1968, II, no 15376, obs. R.L. Certaines législations prévoient, cependant, le critère de l'appréciation de la pertinence par le proposant: cf. l'article 332 du Code des assurances de l'État de Californie, en vigueur lors des faits de l'affaire *Ashley c. American Mutual Liability Insurance Co.*, *supra*, note 129, à la p. 129.

¹⁴⁰ *Infra*, III, A, (1).

¹⁴¹ Ivamy, *op. cit.*, note 19, à la p. 115.

¹⁴² *Newsholme Bros. c. Road Transport & General Insurance Co.*, [1929] 2 K.B. 356, à la p. 363 (C.A.); *McCormick c. National Motor Accident Insurance Co.* (1934), 40 Com. Cas. 76, à la p. 78 (C.A.).

non-pertinence dans l'esprit des magistrats.¹⁴³ Cette présomption de non-vraisemblance¹⁴⁴ a de farouches partisans: un auteur anglais la qualifie de *claire*,¹⁴⁵ tandis qu'un commentateur français la présente comme *irréfragable*.¹⁴⁶

(2) La protection du non-initié

Cette autre justification de la thèse libérale repose sur un fondement d'ordre éthique. Quand on considère, en effet, que même le plus diligent des proposants "n'est pas certain de satisfaire à tout coup à la curiosité d'un assureur prudent",¹⁴⁷ que penser de l'état d'esprit d'un candidat à l'assurance-vie qui n'est ni médecin ni actuaire et qui, au surplus, n'a pas un bagage d'études particulièrement pesant? La dimension morale du problème est présentée avec force par un juge américain en ces termes:¹⁴⁸

Good faith demands that the insurer deal with laymen as laymen and not as experts in the subtleties of law and underwriting.

Ainsi donc, tant aux États-Unis¹⁴⁹ que chez les partisans minoritaires, notamment au Canada, de la thèse libérale,¹⁵⁰ le proposant inexpérimenté ne peut se faire reprocher de n'avoir pas dévoilé, de sa propre initiative, un élément non prévu au questionnaire en dépit de sa pertinence. En toute logique—et à supposer que l'on puisse aisément tracer la frontière séparant les "initiés" des "ordinaires"—le critère du *layman* devrait être considéré comme une condition d'application de la préten-

¹⁴³ *Penn Mutual Life Insurance Co. c. Mechanics' Savings Bank & Trust Co.*, *supra*, note 134, à la p. 435; *Fordorchuk c. Car & General Insurance Corp.*, [1931] 3 D.L.R. 387, aux pp. 390-391 (Alta. S.C.).

¹⁴⁴ *Stipcich c. Metropolitan Life Insurance Co.*, *supra*, note 6, à la p. 316; Couch, *op. cit.*, note 28, no 38:72, p. 443.

¹⁴⁵ Merkin, *loc. cit.*, note 8, à la p. 380: il ne s'agit que d'une opinion personnelle de l'auteur, exprimée de *lege ferenda* puisque, de son aveu même (*ibid.*, aux pp. 479-480), le droit anglais contemporain n'admet pas, règle générale, la thèse de la présomption de non-pertinence; à ce sujet, voir: *Schoolman c. Hall*, *supra*, note 13, à la p. 142.

¹⁴⁶ Groutel, *loc. cit.*, note 137, à la p. 510 (cette opinion est formulée dans le cadre du commentaire d'un arrêt de la Cour de cassation qui semble laisser la porte ouverte, en droit français, à la thèse libérale, *supra*, note 124).

¹⁴⁷ Catala, *loc. cit.*, note 19, à la p. 462; Merkin, *loc. cit.*, note 8, à la p. 479: "... the insured person must possess clairvoyant powers to discover what a reasonable insurer will regard as material "; voir aussi: Rabat, 13 février 1951, *supra*, note 38, à la p. 146.

¹⁴⁸ *Merchants Indemnity Corp. c. Eggleston*, 179 A. (2d) 505, à la p. 509 (N.J.S.C.; 1962).

¹⁴⁹ *Stecker c. American Home Fire Insurance Co.*, 84 N.E. (2d) 797, à la p. 800 (N.Y.C.A.; 1949).

¹⁵⁰ *Rodgers c. Canada Health & Accident Assurance Corp.*, *supra*, note 79, à la p. 221; *Legault c. Metropolitan Life Insurance Co.*, *supra*, note 76, à la p. 583; de manière générale, cf. *Johnson c. Eaton Life Insurance Co.*, *supra*, note 9, à la p. 6466.

due présomption de non-pertinence,¹⁵¹ laquelle ne *devrait* donc pas avoir de raison d'être dans le cas du proposant initié.¹⁵²

(3) *L'absence de fraude du proposant*

L'immunité du proposant, déjà limitée par la thèse libérale—en apparence du moins—au cas des non-initiés ne devrait pas, selon cette même thèse, être, en toutes hypothèses, retenue en présence d'une réticence frauduleuse. Ainsi qu'un auteur américain l'a si bien exprimé, la présomption de non-pertinence "*must not transcend the bounds of good faith*".¹⁵³

Le principe de l'*Ordinary Rule* du droit américain des assurances terrestres connaît donc une limite d'importance: le proposant, initié ou non, qui tait un élément d'information pertinent dans le but de tromper l'assureur devrait être sanctionné sur le plan civil. Cette limite, constamment rappelée par les autorités américaines,¹⁵⁴ constitue en quelque sorte le prérequis indispensable de l'obligation de déclaration spontanée. Cette solution a même été retenue, de manière isolée, par certains juges d'Angleterre¹⁵⁵ et du Québec,¹⁵⁶ en violation de la règle de la non nécessité de la mauvaise foi, au chapitre des déclarations de risque, règle qui fait clairement partie du droit positif de ces deux États.¹⁵⁷

La fraude serait constituée par la volonté de taire un élément que le proposant connaît et qu'il sait pertinent,¹⁵⁸ même si la souscription du contrat est envisagée en dépit de l'existence de cet élément.¹⁵⁹ A plus forte raison existera-t-elle lorsque le proposant sollicite une assurance

¹⁵¹ Sur la situation respective des initiés et des non initiés en droit anglais, voir: Hasson, *loc. cit.*, note 6, à la p. 633: l'auteur déplore le traitement en général plus favorable accordé aux proposants non ordinaires.

¹⁵² Mais nous verrons (*infra*, IV, A, (2)) que cette conclusion n'est peut-être que théorique; c'est pourquoi le mode conditionnel est ici utilisé: cf. *Southard c. Occidental Life Insurance Co.*, *supra*, note 129, à la p. 846; *Ashley c. American Mutual Liability Insurance Co.*, *supra*, note 129, à la p. 129.

¹⁵³ Vance, *op. cit.*, note 128, p. 372.

¹⁵⁴ *Sebring c. Fidelity-Phenix Fire Insurance Co.*, 174 N.E. 761, à la p. 763 (N.Y.C.A.; 1931); *Penn Mutual Life Insurance Co. v. Mechanics' Savings Bank & Trust Co.*, *supra*, note 134, à la p. 435; *Keeton, op. cit.*, note 29, no 38:72, p. 443; Vance, *op. cit.*, note 128, p. 372.

¹⁵⁵ *Hambrough c. Mutual Life Insurance Co.* (1895), 72 L.T. 140, à la p. 141 (C.A.); *Wheelton c. Hardisty* (1852), 2 El. & Bl. 232 (H.L.); là-dessus, voir: Hasson, *loc. cit.*, note 6, à la p. 621.

¹⁵⁶ *Legault c. Metropolitan Life Insurance Co.*, *supra*, note 76, à la p. 583; *L'Industrielle c. Bourque*, *supra*, note 54, à la p. 680.

¹⁵⁷ *Supra*, note 13.

¹⁵⁸ *Sebring c. Fidelity-Phenix Fire Insurance Co.*, *supra*, note 154, à la p. 763.

¹⁵⁹ *Supra*, note 154.

précisément à cause de la connaissance d'un fait important comme, en assurance-vie, un cancer avancé.¹⁶⁰

Officiellement donc, l'école niant, dans le cas des *laymen* surtout, une obligation résiduelle de déclarer l'accepte exceptionnellement en cas de fraude.¹⁶¹ En principe, par conséquent, la réticence frauduleuse—caractère qui, du propre aveu de certains juges américains, pourrait s'établir par la simple preuve de la pertinence concrète du fait omis (*palpable materiality*)¹⁶²—devrait pouvoir justifier l'annulation du contrat.¹⁶³

B. Les moyens de mise en oeuvre de la théorie libérale

(1) Le moyen direct: la négation d'une obligation résiduelle de déclarer

Ce procédé est le plus simple. Il consiste à postuler l'inexistence d'une telle obligation: l'assureur aurait dû poser une question sur le sujet dont il n'a pas été informé.¹⁶⁴ Le proposant n'a donc pas l'obligation "*to rack his memory for circumstances of possible materiality not inquired about*".¹⁶⁵ Une décision française isolée résume, quoique de manière un peu caricaturale, le procédé en notant que si "le contractant doit tout dire", il est nécessaire "pour l'assureur de tout demander"!¹⁶⁶

(2) Le moyen indirect: la lecture serrée du questionnaire

C'est assez souvent sous couvert d'une lecture étroite d'une question du formulaire de proposition que les tribunaux de cette école vont absoudre le proposant qui n'a pas dénoncé un élément pertinent: la sanction recherchée par l'assureur n'est pas accordée, non pas parce que le proposant n'avait pas l'obligation de le dénoncer *proprio motu*—les tribunaux qui recourent à cette technique étant alors, en règle générale, silencieux à cet égard,¹⁶⁷ elle est refusée parce que la réponse à une

¹⁶⁰ *National Life Insurance Co. c. Harriott*, *supra*, note 46, aux pp. 398-399; *Penn Mutual Life Insurance Co. c. Mechanics' Savings Bank & Trust Co.*, *supra*, note 134, à la p. 435.

¹⁶¹ *Sebring c. Fidelity-Phenix Fire Insurance Co.*, *supra*, note 154, à la p. 763; *Stecker c. American Home Fire Assurance Co.*, *supra*, note 28, à la p. 147.

¹⁶² *Penn Mutual Life Insurance Co. c. Mechanics' Savings Bank & Trust Co.*, *supra*, note 134, à la p. 435; comp.: Civ., 5 avril 1949, *supra*, note 24.

¹⁶³ Par prudence, nous employons ici également le conditionnel (*infra*, IV, A, (2)).

¹⁶⁴ *Penn Mutual Life Insurance Co. c. Mechanics' Savings Bank & Trust Co.*, *supra*, note 134, à la p. 435; *Zurich General Accident & Liability Insurance Co. c. Morrison*, *supra*, note 135, à la p. 65; *Royal Insurance c. Gauthier*, *supra*, note 78, à la p. 888; *Legault c. Metropolitan Life Insurance Co.*, *supra*, note 76, à la p. 583; cf. Merkin, *loc. cit.*, note 8, à la p. 479.

¹⁶⁵ *Penn Mutual Life Insurance Co. c. Mechanics' Savings Bank & Trust Co.*, *ibid.*, à la p. 435.

¹⁶⁶ Rabat, 13 février 1951, *supra*, note 38, aux pp. 146-147.

¹⁶⁷ Il arrive tout de même qu'un tribunal, après avoir procédé à une telle lecture de la question litigieuse, nie formellement, par la suite, l'obligation résiduelle de déclarer, en faisant grief à l'assureur de ne pas avoir posé une question spécifique sur le sujet:

question posée ne pouvait être inexacte dans la mesure où l'élément passé sous silence ne s'insérerait tout simplement pas dans le cadre de la question.

(a) *La règle "contra proferentem"*

La règle suggérant une interprétation défavorable à l'assureur, lorsque les textes qui émanent techniquement de ses services manquent de clarté ou pèchent par ambiguïté, loin d'être cantonnée aux polices elles-mêmes,¹⁶⁸ est assez fréquemment utilisée dans le cas des questionnaires figurant dans les formules de proposition pour épargner une sanction au proposant qui n'a pas tout dit.¹⁶⁹

C'est en recourant expressément à cette technique d'interprétation que l'on a, à propos d'une assurance-vie, refusé d'inclure—nous l'avons vu—dans la notion de déficience mentale à laquelle s'intéressait une question les "difficultés" intellectuelles d'un élève,¹⁷⁰ que l'on a limité aux plaintes formelles les plaintes pour erreur professionnelle dont l'existence devait être signalée par un candidat à l'assurance de responsabilité médicale, aux termes d'une question de la proposition,¹⁷¹ que l'on n'a pas assimilé à l'"annulation ou suspension du permis de conduire" l'interdiction de conduire prononcée par un tribunal dans le cadre d'une condamnation pour conduite avec facultés affaiblies.¹⁷² Parfois même, cette règle d'interprétation est utilisée d'une manière purement implicite.¹⁷³

Legault c. Metropolitan Life Assurance Co., *supra*, note 76, à la p. 583; *Fordorchuck c. Car & General Insurance Corp.*, *supra*, note 143, aux pp. 390-391; il se peut aussi, inversement, qu'une cour, après avoir interprété étroitement une question de manière à exclure de son emprise un élément non dévoilé, reconnaisse ensuite le principe de l'obligation résiduelle de dévoiler cet élément: *Yorke c. Yorkshire Insurance Co.*, *supra*, note 13, aux pp. 666-667 (sur l'intérêt, dans cette espèce, de procéder d'abord à l'interprétation de la question en cause, voir, *infra*, note 184).

¹⁶⁸ Cf. *Great West Life Assurance c. Paris*, [1959] B.R. 349, à la p. 358; Belleau, *loc. cit.*, note 10, à la p. 35.

¹⁶⁹ Lavery, *op. cit.*, note 23, à la p. 210; *Johnson c. Eaton Life Insurance Co.*, *supra*, note 9, à la p. 6466.

¹⁷⁰ *Legault c. Metropolitan Life Insurance Co.*, *supra*, note 76, à la p. 583.

¹⁷¹ *Ashley c. American Mutual Liability Insurance Co.*, *supra*, note 129, à la p. 131: le proposant n'avait donc pas à dévoiler la plainte d'une patiente exprimée seulement au téléphone à une infirmière qui n'était pas de service.

¹⁷² *Daoust c. Cie d'assurances Élite*, *supra*, note 80, aux pp. 381-382. Il convient de signaler qu'aux termes de l'article 6(A) de l'actuelle formule de proposition d'assurance-automobile (FPQ no 1), autorisée par l'Inspecteur général et en vigueur depuis le 1er juillet 1983, la phraséologie du questionnaire n'est pas la même que celle utilisée à l'époque des faits de l'affaire *Daoust*: il n'y est plus question d'annulation ou de suspension de permis de conduire, mais d'"interdiction quelconque . . . de la part d'autorités compétentes, touchant la conduite . . . d'un véhicule" (on trouvait cette même nouvelle formulation dans la formule approuvée en 1979). Le doute ne serait plus permis de nos jours: l'interdiction de conduire prononcée par une cour de justice constitue bien une "interdiction quelconque" émanant d'une "autorité compétente". De toute façon, même si—par extraordinaire—un magistrat était, malgré tout, enclin à voir également une

(b) *La règle "ejusdem generis"*

Cet autre procédé s'apparente à celui de l'interprétation stricte dans la mesure où il peut, le cas échéant, mener au même résultat: l'exclusion d'un sujet du champ d'une question. Il consiste à déterminer le fil conducteur des éléments de la question litigieuse et de le comparer au thème de l'information qui n'a pas été transmise. Ainsi, pour une cour américaine, la question relative à des attaques cardiaques, au diabète, au cancer, à des affections pulmonaires, à des traitements de la pression sanguine ou à toute autre maladie sérieuse, comportait des éléments qui tous concernaient l'état de santé général du proposant et se référaient à des pathologies requérant des traitements médicaux continus, catégorie à laquelle la quadraplégie du proposant ne pouvait appartenir.¹⁷⁴

Ce procédé peut aussi consister à comparer une question avec une autre ou plusieurs autres voisines, dont le thème éclairera sa portée. Ainsi a-t-on considéré que la question d'une proposition d'assurance-incendie demandant si le proposant avait déjà subi un incendie ne pouvait que concerner les sinistres de la seule bâtisse à assurer, parce que les questions précédant immédiatement cette question se référaient toutes à ce seul bâtiment.¹⁷⁵

ambiguïté dans l'actuel libellé de cette question et s'il avait, par conséquent, la tentation de refuser de voir dans une condamnation judiciaire l'interdiction d'une autorité compétente (en restreignant le sens d'"autorités" aux autorités administratives), la sanction recherchée pourrait, cependant, être prononcée. En effet, alors qu'à l'époque des faits de cette affaire—et, depuis lors, jusqu'au 1er juillet 1983—la formule en vigueur avait pour effet de dispenser le proposant de déclarer spontanément les éléments qui ne figuraient pas dans le questionnaire (*supra*, note 90), depuis le 1er juillet 1983, cette restriction a disparu de la formule FPQ no 1, dont la caractéristique générale est de comporter une phraséologie fidèle aux dispositions du Code civil issues de la réforme de 1974-1976.

¹⁷³ *L'Industrielle c. Bourque*, *supra*, note 54, à la p. 680: question jugée trop générale; *Southard c. Occidental Life Insurance Co.*, *supra*, note 129: alors que l'état quadraplégique du candidat à une assurance sur la vie a, sans l'ombre d'un doute, été jugé pertinent au risque en raison des accidents mortels susceptibles de se produire (à la p. 847), la cour refuse de le ranger dans la catégorie des maladies sérieuses—*serious illnesses*—auxquelles se référait le questionnaire, doutant qu'un tel état puisse même être considéré comme une maladie (à la p. 846): "*there can be healthy handicapped people*" (à la p. 847)!

¹⁷⁴ *Southard c. Occidental Life Insurance Co.*, *supra*, note 129, à la p. 846; voir aussi, implicitement: *Daoust c. Cie d'assurances Élite*, *supra*, note 80, aux pp. 381-382, où la cour semble retenir de la question en cause, relative à des suspensions ou annulations de permis de conduire, que cette dernière s'attache principalement à des documents d'ordre administratif ("permis", "licence", "certificat" . . .); l'annulation de ces documents, dont la délivrance émane des autorités administratives, ne peut qu'émaner, elle aussi, de ces mêmes autorités.

¹⁷⁵ *Fordorchuk c. Car & General Insurance Corp.*, *supra*, note 143, à la p. 390. La cour a, de plus, conclu à l'absence d'obligation résiduelle de déclarer un incendie subi par un autre immeuble—éloigné, au demeurant—sur la base de la présomption de non-pertinence due à l'inexistence d'une question précise à ce sujet (*ibid.*, aux pp. 390-391); l'obligation générale de la *common law* de dévoiler semblable incendie, dont

III. La thèse générale de l'affirmation d'une obligation résiduelle

La thèse voulant qu'une réponse complète et exacte au questionnaire "n'épuise pas l'obligation du proposant",¹⁷⁶ qui doit "alors [le] compléter . . . par toutes déclarations utiles",¹⁷⁷ est celle que privilégie la majorité des autorités doctrinales de France et de Belgique¹⁷⁸ d'une part, et d'Angleterre¹⁷⁹ et du Canada anglais¹⁸⁰ d'autre part.

Il en est de même de leur jurisprudence dominante. Tant en droit civil¹⁸¹ qu'en *common law*,¹⁸² l'obligation est maintes fois rappelée sans

la pertinence est incontestable, puisqu'il s'attache au risque moral (*Melvin c. British American Assurance Co.*, [1933] 1 D.L.R. 678 (N.S.S.C.); cf. *Western Assurance Co. c. Harrison* (1903), 33 R.C.S. 473; *Gillis c. Canada Fire Insurance Co.* (1888), 26 C.S. 166; voir: Laverty, *op. cit.*, note 23, à la p. 212; en droit français, A.B., note sous Civ. 1re, 5 décembre 1972, R.G.A.T. 1973, p. 354), a donc été considérée, dans cette affaire *Fordorchuk*, comme écartée par le questionnaire de l'assureur. Si les faits de la cause avaient été postérieurs à l'entrée en vigueur en Alberta de la Loi uniforme sur l'assurance incendie (cf. *Alberta Insurance Act*, S.A. 1926, c. 31), le résultat eût été le même, mais plus direct puisque, dans ce type d'assurance, aux termes d'une des conditions statutaires, non seulement la réticence doit, au contraire de la déclaration inexacte, être frauduleuse mais elle doit aussi porter sur un élément en rapport avec l'objet à assurer: "*the contract is void as to any property in relation to which the misrepresentation or omission is material*" (voir: Brown et Menezes, *op. cit.*, note 19, no 5:2:22, p. 106, et no 5:2:28, pp. 109-110).

¹⁷⁶ Catala, *loc. cit.*, note 19, à la p. 462.

¹⁷⁷ Lambert-Faivre, *op. cit.*, note 13, no 113, p. 192.

¹⁷⁸ A.B., *loc. cit.*, note 175, à la p. 354; Berr et Groutel, *loc. cit.*, note 19, à la p. 89; Catala, *loc. cit.*, note 19, à la p. 462; Lambert-Faivre, *op. cit.*, note 13, no 113, p. 192; Fayaerts et Ernault, *op. cit.*, note 24, nos 88 et 888, p. 193; Deprez et Truyens, *op. cit.*, note 31, no 462, p. 465; E. Beyens, *L'assurance des véhicules automoteurs* (1966), no 328, p. 629.

¹⁷⁹ Ivamy, *op. cit.*, note 52, à la p. 248.

¹⁸⁰ Norwood, *op. cit.*, note 52, à la p. 248.

¹⁸¹ Civ., 5 avril 1949, *supra*, note 24: obligation du propriétaire d'une jument, destinée aux courses d'obstacles, de dévoiler à l'assureur, en vue d'une assurance mort accidentelle, la saillie de l'animal, élément pertinent à cause de la vulnérabilité physique que représente, pour une bête vouée à des exercices exigeants, la gestation qui devait s'ensuivre—en dépit du silence du questionnaire sur le sujet (la Cour de cassation a renvoyé la cause à une autre cour d'appel, uniquement toutefois pour la détermination du caractère frauduleux de cette omission, détermination importante en droit français dans la mesure où la nullité ne peut être prononcée qu'en cas de mauvaise foi, étant entendu qu'en cas contraire il y aura une sanction, mais mitigée, la réduction proportionnelle de l'indemnité: art. L. 113-8 et L. 113-9 du Code des assurances; cf. Civ. 1re, 16 octobre 1979, D. 1980, i.r., p. 94); Civ., 26 janvier 1948, *supra*, note 26: obligation du candidat à une assurance de responsabilité de dévoiler une condamnation d'ordre pénal pour blessures par imprudence causées à un tiers, même si le questionnaire ne se référait qu'aux réclamations en suspens, puisque cette condamnation pénale "permettait de prévoir une réclamation de la victime"; Civ. 1re, 4 juin 1980, D. 1981, 88, note Berr et Groutel: obligation du proposant de dévoiler, en vue d'une assurance contre les accidents corporels, malgré l'absence—et pour cause!—d'une question en ce sens dans le questionnaire, qu'il était "exposé à des représailles" de la part d'un rival en matière sentimentale à qui il avait administré une "correction"! Voir aussi Civ. 1re, 28 novembre

équivoque—en dépit, dans l'un et l'autre systèmes, de l'absence de toute clause contractuelle en ce sens,¹⁸³ et malgré, en droit anglais, la présence éventuelle dans la police d'une clause précisant que les réponses données constituent "*the basis of the contract*".¹⁸⁴ Cette affirmation se fait parfois même au mépris de la règle *contra proferentem*—le proposant ne pouvant se retrancher derrière le caractère incomplet,¹⁸⁵ voire ambigu,¹⁸⁶ du questionnaire—ou au détriment de la règle *ejusdem generis*.¹⁸⁷

1972, *supra*, note 14, à la p. 352: le non dévoilement d'une hémiparésie n'a pas été fatal aux réclamants de la prestation d'une assurance-vie, non pas sur la base de l'absence de question sur le sujet mais sur celle de l'absence de preuve de la pertinence de cet élément: voir, cependant, Civ. 1re, 2 juillet 1985, *supra*, note 41, qui semble remettre en cause une jurisprudence bien établie (*infra*, III, *in fine*).

¹⁸² *Schoolman c. Hall*, *supra*, note 13, aux pp. 141-142: obligation pour le proposant d'une assurance-vol concernant une bijouterie d'informer l'assureur d'un passé criminel—même lointain—malgré l'absence de toute question ou de tout indice en ce sens dans la formule de proposition et en dépit de la sympathie de la cour due à la bonne foi du candidat (*ibid.*, aux pp. 143-144); *Yorke c. Yorkshire Insurance Co.*, *supra*, note 13, aux pp. 666-667: obligation de principe pour le proposant d'une assurance-vie de dénoncer une consommation habituelle de narcotiques, même si le questionnaire ne visait que la consommation d'alcool; si la sanction réclamée n'a pas été prononcée sur cette base, c'est pour l'absence de preuve de pertinence de cet élément; *Glicksman c. Lancashire & General Assurance Co.*, [1927] A.C. 139, à la p. 143 (H.L.), conf. [1925] 2 K.B. 593, à la p. 609 (C.A.): obligation d'un des deux associés demandant une assurance-vol pour leur établissement de dévoiler un refus d'assurer antérieur, que n'avait pas subi l'autre proposant, même si le questionnaire qui posait une question sur le sujet concernait, par hypothèse, l'un et l'autre proposants, considérés ensemble; *Taylor c. Eagle Star Insurance Co.* (1940), 67 Ll.L. Rep. 136, à la p. 140 (K.B.): obligation, en assurance-automobile, de dévoiler une condamnation pour consommation d'alcool en dehors de toute conduite automobile, alors que le questionnaire n'interrogeait le proposant que sur des condamnations relatives à la circulation routière; voir aussi: *Jester-Barnes c. Licences & General Insurance Co.* (1934), 49 Ll.L. Rep. 231, à la p. 237 (K.B.); cf. *Joel c. Law Union & Crown Insurance Co.*, *supra*, note 10, aux pp. 892-893, 896. Rappelons, enfin, la décision relativement récente de la Cour d'appel anglaise qui, dans l'affaire *Lambert c. Co-operative Insurance Society* (*supra*, note 8), a fermement réitéré le principe en droit positif de l'obligation de déclaration spontanée (base de l'obligation résiduelle) dans une espèce qui n'impliquait aucun questionnaire.

¹⁸³ *Jester-Barnes c. Licences & General Insurance Co.*, *supra*, note 182, aux pp. 235, 237: l'obligation de déclarer constitue, en droit anglais, un "*implied term arising by reason of the rules of law*", bien que la police puisse prévoir un "*express term*" par lequel le preneur fait une "*condition precedent*" de l'affirmation écrite aux termes de laquelle tout élément pertinent a été dévoilé.

¹⁸⁴ *Schoolman c. Hall*, *supra*, note 13, aux pp. 142-143: même si cette clause ne se réfère qu'aux réponses aux questions posées, elle ne limite pas pour autant l'obligation de déclarer à la seule obligation de répondre au questionnaire; cette clause a pour seul effet de transformer l'obligation de répondre conformément à la vérité en une "*warranty*", épargnant ainsi à l'assureur, en cas de réponse inexacte, la nécessité d'apporter la preuve de la pertinence; rapprocher avec *Yorke c. Yorkshire Insurance Co.*, *supra*, note 167. Sur l'ensemble de la question, voir: Law Commission, *op. cit.*, note 51, no 7.1, p. 90.

¹⁸⁵ Groutel, *loc. cit.*, note 137, à la p. 509.

¹⁸⁶ P.L.-P., note sous Civ., 5 avril 1949, D. 1949, p. 289, à la p. 290; cf. *Glicksman c. Lancashire & General Assurance Co.*, *supra*, note 182, à la p. 143 (A.C.): un

Nous envisagerons successivement les justifications (A) et les critères d'application (B) de la théorie de l'obligation résiduelle de déclarer.

A. Les motifs justifiant l'obligation résiduelle

(1) L'impossible exhaustivité du questionnaire

Cette justification est principalement avancée par la doctrine—et, il va sans dire, par l'industrie de l'assurance. Les circonstances susceptibles d'influer sur le risque varient à l'infini,¹⁸⁸ de sorte qu'un questionnaire ne saurait être ni exhaustif¹⁸⁹ ni minutieusement détaillé.¹⁹⁰ S'attachant essentiellement aux circonstances communes au plus grand nombre de proposants, le questionnaire ne saurait être limitatif.¹⁹¹

Admettre une autre solution serait théoriquement discutable puisque l'assureur n'est pas en mesure de prévoir à l'avance les situations spécifiques à chaque candidat à l'assurance,¹⁹² sans compter les difficultés pratiques qu'elle engendrerait—notamment un questionnaire hyper-développé, susceptible au demeurant de créer autant de confusion que d'assistance.¹⁹³

(2) Le paradoxe de la théorie libérale

Ce second motif repose sur l'absurdité—et l'injustice—que la thèse niant une obligation résiduelle de déclarer risque de produire dans la plupart des cas. Conçu, en effet, pour assister le proposant dans l'exer-

questionnaire adressé à deux associés contenait une question comportant l'adjectif possessif "your", relativement à des refus d'assurer de la part d'autres assureurs: l'ambivalence en langue anglaise du terme "your"—pouvant indiquer aussi bien le singulier que le pluriel—n'a pas empêché la Chambre des Lords de reprocher à l'un des deux associés, qui seul avait fait l'objet d'un tel refus, de n'avoir pas spontanément dévoilé ce fait pertinent; cette obligation lui incombait dans l'hypothèse même où le mot "your" se référerait—ce que la haute juridiction a refusé de décider (comp. avec les notes du juge Scrutton, de la Cour d'appel, *supra*, note 182, à la p. 609 (C.A.))—aux deux proposants considérés ensemble et non à l'un ou à l'autre.

¹⁸⁷ *Schoolman c. Hall*, *supra*, note 13, à la p. 142: bien que le questionnaire soumis au proposant d'une assurance contre le vol d'une bijouterie comportât des questions de nature exclusivement commerciale, la Cour d'appel a reproché au preneur de n'avoir pas dénoncé une condamnation criminelle qui, en dépit de son ancienneté (plus de vingt ans), était pertinente au type d'assurance envisagée et devait être déclarée en vertu de l'obligation générale de la *common law*; comp. *Zurich General Accident & Liability Insurance Co. c. Morrisson*, *supra*, note 135, à la p. 65.

¹⁸⁸ Groutel, *loc. cit.*, note 137, à la p. 509; cf. D. Barlow, La suppression de la nullité des polices d'assurance pour simple réticence (1955), 15 R. du B. 359, à la p. 361.

¹⁸⁹ Lambert-Faivre, *op. cit.*, note 13, no 113, p. 192.

¹⁹⁰ A.B., *loc. cit.*, note 35, à la p. 151.

¹⁹¹ Berr et Groutel, *loc. cit.*, note 19, à la p. 89; A.B., *loc. cit.*, note 175, à la p. 354; P.L.-P., *loc. cit.*, note 185, à la p. 290.

¹⁹² Law Commission, *op. cit.*, note 51, no 4.32, p. 43.

¹⁹³ *Ibid.*, no 4.58, p. 52; Deprez et Truyens, *op. cit.*, note 31, no 462, p. 465.

cice de son obligation de déclarer,¹⁹⁴ le questionnaire, selon cette théorie, le relèverait de son devoir de dénoncer un élément pertinent parce qu'absent du questionnaire, alors qu'en l'absence même d'un questionnaire, le proposant aurait dû, en principe et sans conteste dans le cadre de cette même théorie, le dévoiler de toute manière à l'assureur, tant en droit français¹⁹⁵ qu'en droit anglais.¹⁹⁶

Ce paradoxe, que ne connaît pas le droit américain—lequel nie le principe de l'obligation de déclaration spontanée *et* en l'absence de toute question sur le sujet *et* en l'absence de tout questionnaire—illustre, au plan des principes, une possibilité d'injustice à l'égard de l'assureur qui verrait un outil d'aide au proposant se retourner contre lui¹⁹⁷ et pourrait, à la limite, l'inciter à abandonner la technique du questionnaire dans le cas où le droit positif applicable maintiendrait le principe de l'obligation de déclaration spontanée, mais consacrerait désormais la théorie de l'absence de devoir résiduel.¹⁹⁸

(3) *L'échec à la ruse*

Troisième argument au soutien de l'obligation résiduelle, l'adoption de la thèse opposée, outre la passivité dans laquelle elle installe le proposant,¹⁹⁹ risque d'encourager, dans certains cas, la ruse du proposant qui se croirait autorisé à jouer sur les mots,²⁰⁰ voire à souscrire à une assurance en sachant pertinemment que le risque à couvrir le menace de manière immédiate—souscrivant précisément pour cette raison—en espérant que l'assureur ne l'interrogera pas sur cette circonstance précise.²⁰¹

B. *Les critères d'application de la théorie de l'obligation résiduelle de déclarer*

(1) *Le critère des circonstances spéciales*

Le critère des sujets qui sortent de l'ordinaire,²⁰² qui ne rentrent

¹⁹⁴ Mais il est vrai que le questionnaire est aussi utile pour l'assureur, en ce qu'il tend à "prév[enir] des omissions préjudiciables et des opinions erronées du risque": P.L.-P., *loc. cit.*, note 185, à la p. 290.

¹⁹⁵ Groutel, *loc. cit.*, note 137, à la p. 510; P.L.-P., *loc. cit.*, note 185, à la p. 290.

¹⁹⁶ Ivamy, *op. cit.*, note 19, pp. 115-116.

¹⁹⁷ P.L.-P., *loc. cit.*, note 185, à la p. 290.

¹⁹⁸ Situation que risque de connaître le droit français: Civ. 1re, 2 juillet 1985, *supra*, note 41; *infra*, III, *in fine*.

¹⁹⁹ Feyaerts et Ernault, *op. cit.*, note 24, no 462, p. 465.

²⁰⁰ P.L.-P., obs. sous Civ., 26 janvier 1948, J.C.P. 1948, II, no 4178; A.B., obs. sous Civ., 5 avril 1949, J.C.P. 1949, II, no 5185.

²⁰¹ Law Commission, *op. cit.*, note 51, no 4.32, p. 43. Certes, nous le verrons (*infra*, V), rien ne s'oppose, en droit civil, à l'application de la théorie du dol du droit commun des obligations. Elle suppose, cependant, une preuve d'intention frauduleuse que le droit des déclarations de risque n'impose pas en principe.

²⁰² Norwood, *op. cit.*, note 52, à la p. 248.

donc pas dans le cadre du questionnaire soumis²⁰³ et qui doivent, le cas échéant, être dénoncés, est celui qui vient tout naturellement à l'esprit.²⁰⁴

Beaucoup de décisions s'y réfèrent, même si elles ne le font que de manière implicite. Ainsi, la Cour de cassation a pu reprocher au propriétaire d'une jument destinée à des sauts d'obstacles de ne pas avoir signalé à l'assureur la gestation prévisible de l'animal malgré l'absence de question du questionnaire à cet égard.²⁰⁵ Cette conclusion s'explique vraisemblablement par cette idée que le propriétaire d'une écurie de courses "sait beaucoup mieux que l'assureur l'influence de la gestation, qui dans la grande majorité des cas d'assurance contre la mortalité du bétail, n'a pas à intervenir".²⁰⁶ Ce genre de considération explique également la décision de la plus haute juridiction française imposant au proposant d'une assurance de personnes l'obligation de dénoncer les graves dangers auxquels sa vie était exposée en raison d'une vie sentimentale mouvementée.²⁰⁷ Il n'est probablement pas indifférent, non plus, à l'arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre pour qui le proposant d'une assurance-vol, en matière commerciale, aurait dû dévoiler un passé criminel, même lointain.²⁰⁸

Certes, des autorités appartenant à l'école niant l'obligation résiduelle recourent à ce critère des circonstances spéciales.²⁰⁹ Mais, outre qu'elles y voient une simple exception à la règle qu'elles préconisent, la plupart de ces autorités excluent toute autre hypothèse permettant d'atténuer cette même règle:

Sauf pour des circonstances très particulières pour lesquelles il est impossible de prévoir une question, comme par exemple "êtes-vous un incendiaire" . . . l'assureur ne pourra prouver que des circonstances, sur lesquelles il n'a pas posé de questions, étaient importantes pour lui.²¹⁰

²⁰³ Lambert-Faivre, *op. cit.*, note 13, no 113, p. 192.

²⁰⁴ Cf. *Carter c. Boehm* (1766), 3 Burr. 1905, à la p. 1909; *Lindenau c. Desborough* (1828), 8 B. & C. 586, à la p. 593; Law Commission, *op. cit.*, note 51, no 4.58, pp. 52-53.

²⁰⁵ Civ., 5 avril 1949, *supra*, note 24.

²⁰⁶ P.L.-P., *loc. cit.*, note 185, à la p. 290.

²⁰⁷ Civ. 1re, 4 juin 1980, *supra*, note 181.

²⁰⁸ *Schoolman c. Hall*, *supra*, note 13.

²⁰⁹ E.g.: *Clark c. The Manufacturers' Insurance Co.*, 12 U.S. 234, aux pp. 249-250 (1850).

²¹⁰ Bergeron, *loc. cit.*, note 61, à la p. 161. Voir aussi: Van der Meersch, *loc. cit.*, note 119, aux pp. 309-310; au même effet: Hasson, *loc. cit.*, note 6, à la p. 635 qui, outre le caractère exceptionnel de l'élément, exige la mauvaise foi du proposant, *de lege ferenda*; Merkin, *loc. cit.*, note 8, à la p. 480, envisage également le caractère spécifique au proposant de la circonstance non dévoilée comme seul cas d'obligation de déclarer en dehors des questions posées, avec cette limite, toutefois, qu'il doit s'agir du but même de la souscription—cas du propriétaire d'un immeuble qui demande une assurance incendie alors que le feu dévore les immeubles environnants; en ce sens également, Laverty, *op. cit.*, note 23, à la p. 225.

Même si plusieurs des partisans du principe de l'obligation résiduelle semblent exiger une pertinence évidente,²¹¹ claire²¹² ou importante,²¹³ l'application du principe n'est pas limitée au seul critère des circonstances spéciales.²¹⁴ D'autres critères, n'impliquant pas nécessairement des circonstances spécifiques au proposant, sont en effet utilisés.

(2) *Le critère de la piste offerte par le questionnaire*

Cet autre critère, le plus souvent utilisé de manière implicite, est constitué par la présence de questions qui indiquent au proposant le thème général sur lequel l'assureur désire être informé. Même si un sujet particulier n'a pas fait l'objet d'une question, le proposant doit le dévoiler s'il s'insère dans ce thème général.

C'est ainsi que la Cour de cassation a pu reprocher au candidat à une assurance de responsabilité le silence sur des blessures causées à un tiers, susceptibles de donner lieu à une réclamation au civil. Certes, le questionnaire ne l'interrogeait que sur les réclamations en suspens; mais cette question indiquait bien l'essentiel des préoccupations de l'assureur, soit le comportement général du proposant dans la conduite automobile.²¹⁵

(3) *Le critère de l'objet de l'assurance souscrite*

Que l'élément non dévoilé soit ou non spécifique au proposant, que ce dernier ait été ou non mis sur la piste par le questionnaire, l'assureur pourra se plaindre à juste titre d'un manquement à l'obligation de déclarer si l'objet même de l'assurance souscrite—*the very nature of the insurance*—impliquait cette obligation.

Ce critère peut expliquer l'obligation mise à la charge du proposant d'une assurance-automobile de dévoiler des infractions à la législation relative à la circulation routière, même si le questionnaire ne s'intéressait qu'aux refus d'assurance antérieurs, l'objet de ce genre d'assurance

²¹¹ Barlow, *loc. cit.*, note 188, à la p. 364.

²¹² Norwood, *op. cit.*, note 52, aux pp. 243, 248.

²¹³ Lambert-Faivre, *op. cit.*, note 13, no 113, p. 192.

²¹⁴ Cf. Norwood, *op. cit.*, note 52, à la p. 248: l'auteur présente ce critère comme un des critères possibles, sans en exclure d'autres.

²¹⁵ Civ., 26 janvier 1948, *supra*, note 26. Au même effet, *Italchain c. Madill*, *supra*, note 85: le questionnaire ne contenait pas de question sur l'emplacement des coffres-forts d'une bijouterie à assurer contre le vol; mais l'ensemble des questions, reliées à la sécurité des lieux—présence et caractéristiques des systèmes de détection de vol entre autres—montrait bien le thème privilégié. Voir aussi: *Taylor c. Eagle Star Insurance Co.*, *supra*, note 182, à la p. 140: bien que le questionnaire d'une assurance-automobile n'interrogeât le proposant que, notamment, sur des condamnations à des infractions à la circulation routière, le candidat à l'assurance devait dévoiler des condamnations relatives à la consommation d'alcool, même si les infractions en cause n'étaient pas reliées à la conduite automobile. Ici aussi le questionnaire indiquait l'essentiel, soit le comportement responsable du proposant: la consommation abusive d'alcool sur les lieux publics dénote un penchant susceptible d'affecter la prudence, notamment au volant. Voir aussi: *Glicksman c. Lancashire & General Assurance Co.*, *supra*, note 182; *Yorke c. Yorkshire Insurance Co.*, *supra*, note 13.

visant au premier chef les conséquences de l'imprudence.²¹⁶ Il peut aussi expliquer le reproche adressé à une dame qui avait passé sous silence son passé criminel lointain, même si le questionnaire ne s'attachait qu'aux éléments strictement commerciaux de l'entreprise à assurer, le thème essentiel de l'assurance-vol, soit l'honnêteté, faisant du comportement général du proposant un élément de prime importance.²¹⁷

L'objet de l'assurance, fondement de l'obligation résiduelle de déclarer, ne doit pas être confondu avec le but du proposant. En effet, il y a manquement à cette obligation, même si ce dernier souscrit l'assurance non pas à cause de l'élément non dévoilé, mais tout simplement en dépit de celui-ci.²¹⁸

Malgré les critiques que l'apparente sévérité de l'obligation résiduelle n'a pas manqué de susciter tant en droit civil qu'en *common law*,²¹⁹ son principe semble devoir continuer à faire partie du droit positif des deux systèmes.

En Angleterre, outre la décision relativement récente de la Cour d'appel dans l'affaire *Lambert*,²²⁰ réaffirmant le principe de la déclaration spontanée, en dehors même de tout questionnaire, il y a lieu de souligner la position de la Law Commission. Cet organisme, conscient des difficultés—et des risques d'injustice—de l'obligation résiduelle avait d'abord, dans un document de travail préliminaire,²²¹ proposé de limiter désormais l'obligation de déclarer aux seules questions posées. Toutefois, face aux réactions, du reste articulées, du monde de l'assurance, la Commission a, dans son rapport final, jugé préférable de recommander le maintien de l'obligation de déclaration spontanée et de l'obligation résiduelle,²²² la protection des preneurs de bonne foi pouvant emprunter des voies moins abruptes.²²³

En France, une décision récente de la première chambre civile de la Cour de cassation²²⁴ pourrait, à première vue, donner l'impression d'une

²¹⁶ *Jester-Barnes c. Licenses & General Insurance Co.*, *supra*, note 182.

²¹⁷ *Schoolman c. Hall*, *supra*, note 13. Cf. *Tomic c. Madill*, *supra*, note 19, à la p. 466 (il s'agit vraisemblablement d'un *obiter dictum* en raison de la présence, apparemment non plaidée, d'une question ouverte du genre "Avez-vous d'autres faits pertinents à déclarer à l'assureur?").

²¹⁸ *Schoolman c. Hall*, *ibid.*; *contra*: Laverty, *op. cit.*, note 23, à la p. 225.

²¹⁹ Droit civil: Berr et Groutel, *loc. cit.*, note 19, à la p. 92; cf. Deprez et Truyens, *op. cit.*, note 31, no 462, p. 465; *common law*: Merkin, *loc. cit.*, note 8, aux pp. 479-480; Hasson, *loc. cit.*, note 6, aux pp. 632-634, 634-636; cf. Law Commission, *op. cit.*, note 51, no 4.56, p. 52.

²²⁰ *Lambert c. Co-operative Insurance Society*, *supra*, note 8.

²²¹ The Law Commission, *Insurance Law—Non Disclosure and Breach of Warranty*, Working Paper no 73 (1979), par. 66.

²²² Law Commission, *op. cit.*, note 51, no 4.57, p. 52.

²²³ *Infra*, V, B, (1).

²²⁴ Civ. 1re, 2 juillet 1985, *supra*, note 41.

brusque rupture avec une tradition solidement établie.²²⁵ La cour a, en effet, refusé de censurer un arrêt de la Cour d'appel de Poitiers qui avait retenu que le libellé du questionnaire relatif à une assurance-automobile "limitait la nature des antécédents" à dévoiler. Le questionnaire demandant si le proposant avait, au cours des deux précédentes années, subi une suspension du permis de conduire, le proposant, selon cette cour d'appel, se trouvait par là libéré de l'obligation de dévoiler non seulement une suspension antérieure à cette période—solution normale et généralement admise—mais également d'autres circonstances, même si elles étaient incluses dans la période de référence. Nous ne pensons pas, cependant, que "le doute ne devrait plus être permis".²²⁶ Il est d'abord un peu tôt pour conclure au revirement jurisprudentiel: les annales judiciaires de France ne sont pas, en maints domaines, avares d'exemples de résistance soit de juridictions inférieures, soit même d'autres composantes de la Cour de cassation elle-même.²²⁷ Il est ensuite permis de se demander si cet arrêt n'a pas une teinte d'*obiter dictum*. Il est en effet loin d'être évident que la circonstance passée sous silence—une condamnation pénale pour conduite sans permis—était en soi un élément pertinent.²²⁸ Il est loin d'être sûr que la première chambre aurait rendu le même arrêt de rejet si l'élément non dévoilé avait eu incontestablement trait à l'imprudence du proposant dans la conduite automobile, ce qui n'était pas exactement le cas dans cette espèce.

IV. La nécessaire synthèse des deux conceptions

A. Les limites de chacune des théories

(1) Les insuffisances de la théorie de l'obligation résiduelle

(a) Le caractère abstrait des arguments invoqués

Les arguments invoqués au soutien de cette théorie—entre autres, la nécessité d'une "plus haute bonne foi", le caractère standard des questionnaires, voire leur rigidité²²⁹—ne laissent pas d'apparaître quelque peu théoriques quand on se place du point de vue du proposant.

²²⁵ *Supra*, note 181.

²²⁶ Cf. Groutel, *loc. cit.*, note 137, à la p. 509.

²²⁷ Voir, par exemple, au chapitre des chaînes de contrats, en matière de construction immobilière, les arrêts contradictoires des première et troisième chambres civiles des 29 mai et 19 juin 1984 (D. 1985, 213, note A. Bénabent). On aurait pu croire le problème réglé par la décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 7 février 1986 (D. 1986, 293, note Bénabent). Il n'est rien, la troisième chambre civile de cette même Cour de cassation ayant, le 7 mai 1986, résisté à l'arrêt de l'Assemblée plénière (D. 1987, 257, note Bénabent).

²²⁸ L'assureur le prétendait, bien sûr: "une condamnation pour conduite sans permis [est] un antécédent plus grave qu'une suspension de permis."

²²⁹ Picard et Besson, *op. cit.*, note 1, no 74, pp. 129-130.

Il est, en effet, déjà difficile en soi d'exiger d'un proposant qu'il dévoile, de sa propre initiative, en dehors même de l'existence de tout questionnaire, un élément important pour quelqu'un d'autre, l'assureur—qu'il s'agisse de l'assureur en cause ou d'un assureur raisonnable;²³⁰ à plus forte raison en est-il ainsi lorsque, dans le cas d'un questionnaire, le candidat à l'assurance est sous l'impression que le silence du formulaire sur un sujet donné plaide pour l'insignifiance de ce même sujet.²³¹ En outre, combien de proposants sont-ils seulement au courant²³² de l'existence même d'une obligation de déclaration spontanée, en dehors de tout questionnaire et, *a fortiori*, de l'existence d'une obligation résiduelle en présence d'un questionnaire, alors que les formules de proposition comportent rarement des questions dites "ouvertes" incitant le preneur éventuel à signaler des éléments sur lesquels il n'a pas été interrogé²³³—et alors même que le droit positif du Québec est loin, nous l'avons vu, d'être d'une aveuglante clarté sur le sujet?

(b) *La complexité de mise en oeuvre de la théorie*

Certes, on pourrait admettre qu'un proposant averti—un *non-layman*—devrait être au courant de l'existence de l'obligation de déclaration spontanée, générale et résiduelle, et de ce qui est susceptible d'intéresser un assureur raisonnable.²³⁴ Mais où tracer la frontière de manière sûre? Faudrait-il, en assurance de dommages, tenir compte de l'état de commerçant du proposant? Faudrait-il alors distinguer entre le petit détaillant et l'entreprise de grande envergure? Ou bien distinguer entre le commerçant qui débute et le professionnel d'expérience? En assurance de personnes, conviendrait-il de tenir compte du niveau d'études du candidat ou pourrait-on se contenter de son expérience générale des choses de la vie?

Certes, les partisans de la thèse de l'obligation résiduelle admettent que le questionnaire puisse exceptionnellement limiter cette obligation. Si l'idée d'une limitation "particularisée", en soi attrayante par l'équilibre qu'elle instaure,²³⁵ ne pose pas de problème d'application lorsque la limitation implicite concerne une période donnée,²³⁶ la solution est aléa-

²³⁰ Laverty, *op. cit.*, note 23, p. 209; Hasson, *loc. cit.*, note 6, à la p. 633; Catala, *loc. cit.*, note 19, à la p. 462; Picard et Besson, *op. cit.*, note 1, no 74, p. 129.

²³¹ Cf. Rabat, 13 février 1951. *supra*, note 38, aux pp. 146-147.

²³² Hasson, *loc. cit.*, note 6, à la p. 633.

²³³ Simard, *loc. cit.*, note 20, à la p. 234. Cf. *Tomic c. Madill*, *supra*, note 19, à la p. 465 (voir *supra*, note 217).

²³⁴ Hasson, *loc. cit.*, note 6, à la p. 633.

²³⁵ Simard, *loc. cit.*, note 20, à la p. 240.

²³⁶ *Supra*, I, B, (2), *in fine*; *Alliance Insurance Co. of Philadelphia c. Laurentian Colonies & Hotels*, *supra*, note 18, à la p. 256; *Jester-Barnes c. Licenses & General Insurance Co.*, *supra*, note 182, à la p. 237; Ivamy, *op. cit.*, note 19, p. 116; Norwood, *op. cit.*, note 52, p. 248; Law Commission, *op. cit.*, note 51, no 4.52, p. 50; voir, cependant: A.B., *loc. cit.*, note 175, à la p. 354. A moins que toutes les questions du

toire lorsque le problème porte sur la nature même des antécédents ou des circonstances. On peut, en effet, admettre qu'une question portant sur une maladie qu'aurait contractée un de ses ascendants relève, par le fait même, le proposant d'une assurance-vie de l'obligation de déclarer que cette affection a été subie par sa soeur ou sa cousine germaine; il est loin d'être certain, toutefois, qu'elle le dispenserait de signaler qu'il a, lui-même, été atteint par la maladie en question.

De même, le critère de la piste, tout intéressant et logique qu'il soit au plan des principes, n'est pas sans ambivalence. Il devrait donc justifier naturellement l'obligation du candidat à une assurance sur la vie de spécifier qu'il fume régulièrement la pipe ou le cigare, même si le questionnaire ne l'interroge que sur sa consommation de cigarettes, puisque l'essentiel de la question a trait à la consommation de tabac—effectuée dans la généralité des cas par l'utilisation de la cigarette. Le fumeur de pipe peut cependant avoir cru, à tort peut-être—mais les données scientifiques sont-elles connues du public en cette matière, si elles existent?—que cette forme de tabagisme ne présente pas le même danger que la consommation de cigarettes, voire présente un danger nul si la pipe contient un filtre.

La thèse de l'obligation résiduelle risque donc, dans certains cas, de contrarier les “attentes”²³⁷ du proposant qui, en toute bonne foi, s'en remettrait au professionnalisme supposé de l'assureur.²³⁸ Outre l'idée de piège qu'elle risque d'impliquer,²³⁹ cette thèse est susceptible d'engendrer de l'incertitude à cause de sa complexité de mise en oeuvre et de l'imprévisibilité des décisions de justice, situation peu compatible avec la sécurité recherchée par le proposant.²⁴⁰ Mais la thèse opposée n'est pas à l'abri de certaines réserves.

(2) *Les dangers de la thèse niant l'obligation résiduelle*

La thèse libérale, soucieuse des préoccupations légitimes du proposant et de ses impressions, risque toutefois, si elle est appliquée strictement, de compromettre les intérêts de la mutualité, “entité invisible dans la stricte relation contractuelle”, qui existe néanmoins et qu'il faut se garder de négliger.²⁴¹ L'exemple américain est, à cet égard, significatif.

questionnaire ne comportent une limite implicite de temps, aucune limite de temps n'affecte, cependant, l'obligation de dévoiler un élément non couvert par le formulaire pour la seule raison qu'une question était ainsi limitée, d'autant plus qu'un même questionnaire peut, à l'occasion, référer à plusieurs limites de temps différentes: voir, par exemple: *Schoolman c. Hall*, *supra*, note 13, aux pp. 141, 142, 144.

²³⁷ Bergeron, *loc. cit.*, note 61, à la p. 161.

²³⁸ Simard, *loc. cit.*, note 20, à la p. 234.

²³⁹ Merkin, *loc. cit.*, note 8, à la p. 480.

²⁴⁰ Cf. Berr et Groutel, *loc. cit.*, note 19, à la p. 92.

²⁴¹ Notre commentaire, *loc. cit.*, note 14, à la p. 475.

(a) *La possibilité d'un certain laxisme*

Comme nous l'avons vu,²⁴² le droit américain justifie la présomption de non-pertinence d'un élément non prévu par le questionnaire par l'impression probable d'un proposant moyen. On pourrait donc s'attendre à ce que, dans certaines espèces impliquant des proposants avertis, l'*Ordinary Rule* ne trouve pas application. Non seulement est-il difficile de trouver des décisions en ce sens, mais il n'est pas rare de lire des arrêts donnant l'absolution à des proposants peu communs. Ainsi, il a été décidé qu'en l'absence de questions précises sur le sujet, un candidat à l'assurance-vie n'était pas tenu de dévoiler sa quadraplégie, pourtant jugée pertinente au risque: or ce proposant n'était pas exactement "Monsieur Tout le Monde", mais l'ancien président d'une importante firme de courtage d'assurances!²⁴³

(b) *La possible prime à la fraude*

Officiellement, le droit américain des assurances terrestres admet que la réticence, si elle est frauduleuse, mérite d'être sanctionnée sur le plan civil.²⁴⁴ Une présomption d'intention frauduleuse pourrait même s'inférer, dans certaines circonstances, de la réticence elle-même.²⁴⁵ Nous pensons ici également que cette idée risque d'être un voeu pieux, qui ne s'est certes pas réalisé dans une affaire où les circonstances et le plus élémentaire bon sens l'auraient commandé. Un docteur en médecine sollicitant une assurance de responsabilité professionnelle n'avait pas, selon la cour, l'obligation de dévoiler spontanément une condamnation judiciaire pour infraction à la législation relative à la santé, ni la perte de son droit de prescrire des médicaments narcotiques, le proposant n'ayant probablement pas cru à l'importance de ces "détails".²⁴⁶

Ces deux exemples démontrent, à notre avis, le danger de l'adoption comme principe de la règle de l'inexistence de l'obligation de déclaration spontanée, générale ou résiduelle, comme moyen de prise en compte des intérêts des proposants de bonne foi, puisque ce principe risque sérieusement, à cause du climat psychologique qu'il peut instaurer, de favoriser une jurisprudence de laisser-faire qui ne peut, en fin de compte, que nuire, au niveau de la tarification notamment, à l'ensemble des personnes que l'on entendrait précisément protéger.

²⁴² *Supra*, II, A, (2).

²⁴³ *Southard c. Occidental Life Insurance Co.*, *supra*, note 129, à la p. 848. Voir aussi *Ashley c. American Mutual Liability Insurance Co.*, *supra*, note 129, à propos d'un proposant, médecin de profession.

²⁴⁴ *Supra*, II, A, 3.

²⁴⁵ *Supra*, note 162.

²⁴⁶ *Ashley c. American Mutual Liability Insurance Co.*, *supra*, note 129, à la p. 129.

B. Le coeur du problème: la prise en compte des impressions du proposant

(1) Les contraintes du droit positif

Que l'on se soucie des sentiments du proposant n'est que légitime, dans la mesure où l'on veut éviter des injustices flagrantes. Ce souci doit toutefois se manifester de manière réaliste, c'est-à-dire dans le respect du droit positif en vigueur, notamment au Québec. Un juge ne devrait donc pas conclure au respect de l'obligation de déclarer et à l'absence de toute sanction sur la seule base de l'impression de non-pertinence d'un élément, qu'a pu susciter dans l'esprit du proposant l'inexistence, dans le questionnaire, de toute référence spécifique à cet élément. En effet, en recourant, à l'article 2485 du Code civil, au critère de l'assureur raisonnable pour l'appréciation de l'importance d'un élément d'information, le législateur de 1974 a codifié dans une disposition d'ordre public²⁴⁷ un principe jurisprudentiel bien établi: ce n'est pas, en dépit de décisions isolées,²⁴⁸ au jugement d'un proposant—fût-il considéré *in abstracto*—qu'il faut recourir pour définir la pertinence du fait omis ou inexactly déclaré, mais bien à celui d'un assureur.²⁴⁹ Le juge Bayley a justifié ce principe en ces termes:²⁵⁰

[T]he proper question is, whether any particular circumstance was in fact material and not whether the party believed it to be so. The contrary doctrine would lead to frequent suppression of information, and it would often be extremely difficult to show that the party neglecting to give the information thought it material.

Le principe ainsi codifié protège donc l'assureur—et, à travers lui, la mutualité des preneurs—des éventuelles défaillances d'appréciation du proposant, de même qu'elle met ce dernier à l'abri de l'arbitraire de l'assureur en cause par le caractère *in abstracto* de l'évaluation de l'importance de l'élément omis ou mal dénoncé.²⁵¹ A moins d'une hypothétique clause contractuelle remplaçant le critère de l'appréciation d'un assureur par celui du jugement d'un proposant—concret ou idéal—,²⁵²

²⁴⁷ Cf. art. 2500, al. 2 du Code civil.

²⁴⁸ *Ontario Metal Products Co. c. Mutual Life Insurance Co. of New York*, [1924] R.C.S. 35, aux pp. 52-53 (J. Mignault); *Joel c. Law Union & Crown Insurance Co.*, *supra*, note 10, à la p. 954 (Moulton L.J.).

²⁴⁹ *Mutual Life Insurance Co. of New York c. Ontario Metal Products Co.*, *supra*, note 19, aux pp. 350-351; *Kiernan c. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1925] R.C.S. 607; *Gauvrement c. The Prudential Insurance Co.*, [1941] R.C.S. 139; *contra*: *Bernier c. The Mutual Life Assurance Co.*, *supra*, note 10, commentaires Simard (1974), 34 R. du B. 407. Récemment, la Cour d'appel d'Angleterre a rappelé qu'à moins d'une réforme législative, la pertinence ne peut, aujourd'hui encore, s'apprécier en fonction des sentiments des proposants: *Lambert c. Co-operative Insurance Society*, *supra*, note 8, à la p. 492.

²⁵⁰ *Lindeneau c. Desborough*, *supra*, note 204, à la p. 592; voir aussi: *Bates c. Hewitt*, *supra*, note 36, à la p. 608.

²⁵¹ Cf. Norwood, *op. cit.*, note 52, à la p. 245.

²⁵² Cette clause serait légale puisqu'elle avantagerait le preneur ou le bénéficiaire, l'article 2485 n'étant que d'"ordre public relatif". Par contre, une clause imposant le

l'impression du proposant due au silence du questionnaire sur un élément particulier ne devrait pas, en principe, éviter l'application d'une sanction. Si l'impression ainsi créée peut jouer un rôle, c'est au niveau de l'établissement de la mauvaise foi du proposant, indispensable si, en assurance de dommages, l'assureur désire l'annulation du contrat au lieu de la réduction proportionnelle,²⁵³ ou si, en assurance-vie par exemple, l'assureur veut éviter l'incontestabilité si deux ans se sont écoulés depuis la prise d'effet du contrat lors de la découverte de la réticence.²⁵⁴ en effet, la "bonne foi [du proposant] sera plus facilement retenue lorsque son attention n'a pas été attirée sur le fait litigieux par une question de l'assureur".²⁵⁵

(2) *La dichotomie proposée entre la pertinence et l'obligation même de déclarer*

Certes, d'aucuns pourraient soutenir que la prise en compte des intérêts légitimes du proposant honnête peut être réalisée afin de lui épargner, en principe, toute sanction en cas de réticence, en situant le débat à un autre niveau que celui de l'appréciation de la pertinence. La dichotomie suggérée entre la pertinence et l'obligation même de déclarer ("duty to disclose a material fact manifestly is not the same thing as materiality itself")²⁵⁶ est-elle concevable dans le contexte actuel du droit positif? Cette méthode de traitement suppose que, lors même que serait établie la pertinence du fait non dévoilé, le proposant n'aurait néanmoins manqué à aucune obligation, en raison d'une renonciation implicite de l'assureur à être informé d'éléments autres que ceux du questionnaire. Si une telle renonciation peut, à la rigueur, s'envisager avec quelque vraisemblance dans le cas d'une situation commune à un très grand nombre de proposants, une conclusion identique apparaît difficile dans l'hypothèse d'une situation spécifique au proposant, puisque les questionnaires sont élaborés en fonction des situations les plus usuelles. Plus fondamentalement cependant, cette dichotomie nous apparaît suspecte dans la mesure où elle risque de miner indirectement le principe de l'appréciation de la pertinence par un assureur de préférence à celle d'un proposant, au demeurant sur une base aussi fragile que celle d'une renonciation purement supposée.

critère de l'appréciation par l'assureur en cause, au lieu de celui de l'appréciation d'un assureur raisonnable, serait sans effet.

²⁵³ Art. 2488 du Code civil. *Supra*, note 13, al. 2.

²⁵⁴ Art. 2515, al. 1 du Code civil. *Supra*, note 13, al. 2.

²⁵⁵ Catala, *loc. cit.*, note 19, à la p. 463; cf. Picard et Besson, *op. cit.*, note 1, no 74, p. 130.

²⁵⁶ *Sebring v. Fidelity-Phenix Fire Insurance Co.*, *supra*, note 154, à la p. 762 (mots mis en italique par l'auteur); voir aussi *Southard v. Occidental Life Insurance Co.*, *supra*, note 129, à la p. 847.

(3) La prétendue présomption de non-pertinence

Abstraction faite de l'appréciation du proposant, la thèse de l'absence d'obligation résiduelle peut-elle se justifier, en droit positif, par l'idée d'une présomption de non-pertinence de l'élément non prévu au questionnaire? Dans la mesure où notre tradition juridique majoritaire n'admet pas la présomption de pertinence d'un sujet figurant au questionnaire,²⁵⁷ la présomption en sens inverse semble quelque peu audacieuse.²⁵⁸ Logiquement, cette présomption de non-pertinence devrait être irréfragable²⁵⁹ (si elle n'était que relative, l'assureur pourrait la combattre par une preuve de pertinence; à quoi alors cette présomption servirait-elle puisque, de toute manière, le fardeau de la preuve de la pertinence incombe à l'assureur?)²⁶⁰ Or, une présomption absolue peut-elle se concevoir en dehors de toute base législative? Est-il, en outre, normal d'empêcher l'assureur de renverser la prétendue présomption par l'administration d'une preuve du contraire, alors que les tenants minoritaires d'une présomption de pertinence des éléments figurant au questionnaire admettent la preuve d'une non-pertinence?²⁶¹

Enfin, la prétendue présomption de non-pertinence suppose une non-pertinence aux yeux de l'assureur en cause, de celui qui a posé des questions, considéré *in concreto*, et non une absence de pertinence aux

²⁵⁷ Contrairement à certains systèmes juridiques (par exemple, l'article 4(3) de la loi fédérale helvétique du 2 avril 1908, et l'art. 18, al. 1 de la loi "locale" (allemande) du 30 mai 1908 en vigueur dans les départements français d'Alsace-Lorraine), la présomption de pertinence des éléments visés par le questionnaire n'est pas prévue par la législation générale, que ce soit au Québec, au Canada anglais, en Angleterre ou en France—du moins, dans ces deux derniers cas, tant et aussi longtemps que la Proposition de directive du Conseil des Communautés européennes, qui suggère à son article 3(1) une présomption relative de pertinence (J.O.C.E., 28 juillet 1979, no C 190/2), ne sera pas suivie d'effet dans leurs législations respectives. Cette présomption de pertinence n'est pas davantage, en Angleterre, au Canada et en France adoptée par la jurisprudence ou la doctrine (Ivamy, *op. cit.*, note 19, p. 115; *Mutual Life Insurance Co. of New York c. Ontario Metal Products Co.*, *supra*, note 19, aux pp. 350-351; Brown et Menezes, *op. cit.*, note 19, no 5:2:12, p. 102; Belleau, *loc. cit.*, note 10, à la p. 35; cf. Paris, 11 février 1986, R.G.A.T. 1986, 61; voir toutefois la solution quelque peu nuancée de la Cour suprême du Canada, dans *Henwood c. The Prudential Insurance Co. of America*, [1967] R.C.S. 720, à la p. 726), sous réserve, en Angleterre, d'un courant minoritaire favorable à une présomption de pertinence (Colinvaux, *op. cit.*, note 14, no 5-26, pp. 105-106; Merkin, *loc. cit.*, note 8, aux pp. 479-480).

²⁵⁸ Voir Merkin, *loc. cit.*, note 8, aux pp. 479-480.

²⁵⁹ Groutel, *loc. cit.*, note 137, à la p. 510; cf. Bergeron, *loc. cit.*, note 61, à la p. 161.

²⁶⁰ A moins qu'on n'estime que l'assureur doive administrer une preuve de pertinence plus convaincante que celle à laquelle il est, en des circonstances ordinaires, tenu. Certes, il ne manque pas, parmi les partisans même de l'obligation résiduelle, de juristes suggérant cette solution d'une preuve de pertinence—"qualifiée" (*supra*, notes 211-213), mais il y a fort à parier que la possibilité de repousser la présomption soit plutôt théorique.

²⁶¹ *Supra*, note 257.

yeux d'un assureur raisonnable, abstrait: en effet, l'inexistence du même élément dans d'autres questionnaires, administrés par d'autres assureurs, est rarement, sinon jamais, mise en preuve. Or ce n'est pas parce qu'un assureur déterminé n'a pas pensé, en rédigeant son questionnaire, à une circonstance particulière, qu'un assureur raisonnable n'aurait pas considéré cette dernière comme importante dans l'appréciation du risque.²⁶²

L'application intégrale de l'une ou l'autre des deux thèses en présence est source d'insatisfaction: trop de sévérité dans un cas, trop de clémence dans l'autre. Aussi nous apparaît-il nécessaire de concilier les deux théories dans ce qu'elles ont de fondamentalement acceptable et compatible, dans le respect toutefois du droit positif, tel qu'il est ou tel qu'il pourrait être éventuellement.

V. *Les moyens de la conciliation: quelques avenues de solution*

La recherche d'une solution respectueuse des intérêts des parties en présence peut s'effectuer à l'intérieur du cadre de l'actuel droit positif (A) ou par une réforme à proprement parler de ce dernier (B).

A. *L'hypothèse du maintien des règles actuelles*

Cette hypothèse n'envisage aucune réforme législative et maintient les principes actuels: insuffisance de principe de la simple bonne foi, appréciation de la pertinence par un assureur raisonnable, obligation générale de déclaration spontanée. La solution du problème reposerait en grande partie sur les initiatives des assureurs dans le sens d'un effort d'information des proposants quant à l'existence même d'une obligation résiduelle. Cet effort pourrait prendre la forme d'un avertissement écrit dans la proposition, si possible souligné par l'agent administrant le questionnaire; il pourrait aussi consister en une question "ouverte", incitant le candidat à l'assurance à dévoiler tout autre élément pertinent;²⁶³ il pourrait même emprunter le canal de la combinaison du procédé de la déclaration spontanée avec celui du questionnaire, l'assureur "se contentant

²⁶² Paradoxalement, l'idée d'une présomption de non-pertinence pourrait se révéler, sur un plan plus général, désastreuse pour les demandeurs d'assurance. En effet, elle suppose, si elle est adoptée, un changement de critère de l'appréciation de la pertinence. Comme il ne saurait y avoir deux critères d'appréciation de la pertinence—du moins, au niveau de la détermination de l'infraction du proposant (en ce qui concerne le degré de la sanction, le cas échéant, voir *infra*, note 267)—, cette mutation pourrait, en dehors des cadres de notre sujet, être, à la longue, dangereuse pour les proposants, susceptibles de se trouver à la merci des déclarations "après-coup", voire des caprices de certains assureurs.

²⁶³ Cf. Van der Meersch, *loc. cit.*, note 119, aux pp. 309-310: "Avez-vous quelque chose à déclarer qui permettrait une meilleure opinion du risque?" A notre avis la question, pour éviter toute équivoque, devrait référer à "quelque chose d'autre"; en ce sens, voir: Law Commission, *op. cit.*, note 51, no 4.62, p. 55: "*Are there any other facts which might influence the judgment of a prudent insurer in accepting the risk and fixing the premium?*" (Mots mis en italique par l'auteur).

d'attirer l'attention [du proposant] sur les circonstances importantes du risque" et le proposant, "dûment averti, rédigeant librement sa déclaration, sans avoir à répondre à des questions trop précises et trop étroites".²⁶⁴

Le recours à l'un de ces procédés d'avertissement pourrait, dans des circonstances appropriées, contribuer à estomper quelque peu les réserves que peut avoir un magistrat à imposer au proposant une obligation résiduelle de déclarer: à moins d'une limitation incontestable, du genre "avez-vous, dans les *cinq ans* . . .", le proposant devrait subir une sanction faute d'avoir signalé un élément pertinent sur lequel il n'a pas été spécifiquement interrogé. Si l'assureur n'a pas recouru à l'un de ces procédés, ou si le procédé n'a pas été suffisamment clair en termes de mise en garde, l'obligation résiduelle, dans cette première hypothèse, demeurerait néanmoins;²⁶⁵ mais la bonne foi du proposant étant ainsi quasiment établie,²⁶⁶ la sanction pourrait alors être mitigée dans le cas d'une assurance de dommages,²⁶⁷ voire écartée, le cas échéant, dans le cas d'une assurance de personnes.²⁶⁸

Cette solution est cependant assez limitée, et en raison—du point de vue du preneur—du rôle secondaire ou indirect de la bonne foi en droit actuel, et en raison—du point de vue de l'assureur—des possibilités d'interprétation stricte des termes d'un avertissement ou d'une question ouverte.²⁶⁹

B. *L'hypothèse d'une réforme législative*

Deux possibilités de réforme législative peuvent être envisagées: une réforme minimale, maintenant les coordonnées générales de l'actuel droit relatif aux déclarations initiales (1), et une réforme maximale, remettant en cause ces mêmes coordonnées (2).

²⁶⁴ Picard et Besson, *op. cit.*, note 1, no 74, p. 130.

²⁶⁵ En prenant, bien entendu, pour acquis qu'elle fait partie, comme nous le croyons (*infra*, Conclusion), du droit positif du Québec.

²⁶⁶ *Supra*, note 255.

²⁶⁷ Art. 2488 du Code civil. Précisons qu'en vertu de cette même disposition, si l'assureur de dommages a passé avec succès le test de la pertinence aux yeux d'un assureur raisonnable, il pourra, en dépit de la bonne foi du proposant, obtenir la nullité du contrat s'il prouve qu'il n'aurait pas contracté du tout, eût-il été convenablement informé. Cette preuve—et à ce niveau seulement—risque d'être appréciée *in concreto*: voir notre ouvrage, *op. cit.*, note 20, p. 183 et *Madill c. Lirette*, *supra*, note 19, à la p. 1001.

²⁶⁸ Art. 2515 du Code civil.

²⁶⁹ La question ouverte, par exemple, pourrait être jugée trop générale; voir notamment *Louis c. Connecticut Mutual Life Insurance Co.*, 68 N.Y.S. 683, aux pp. 687 (opinion de la majorité en ce sens) et 692 (dissidence en sens contraire) (N.Y.S.C., App. Div.; 1901); Lavery, *op. cit.*, note 23, p. 225; Van der Meersch, *loc. cit.*, note 119, aux pp. 309-310.

(1) *La réforme minimale*

Cette hypothèse de réforme maintiendrait les cadres généraux du droit actuel—nécessité d'une "plus haute bonne foi", critère de l'appréciation par un assureur, au demeurant raisonnable, principe de la déclaration *proprio motu*—, tout en prévoyant des mécanismes d'adoucissement.

Le législateur pourrait ainsi, s'inspirant des propositions de la Law Commission d'Angleterre,²⁷⁰ exiger la rédaction, dans la proposition d'assurance, d'une formule d'avertissement exprès de l'existence d'une obligation résiduelle.²⁷¹ À défaut d'avoir inséré pareille mise en garde, l'assureur ne pourrait obtenir de sanction en cas de réticence, qu'il s'agisse d'une assurance de dommages ou d'une assurance de personnes—et, dans ce dernier cas, peu importe le laps de temps écoulé depuis l'entrée en vigueur du contrat: il s'agirait, en quelque sorte, de l'établissement incontestable d'une renonciation générale à l'obligation résiduelle.²⁷²

Malgré la non-contravention du proposant à une obligation de déclarer en raison de l'absence de clause d'avertissement, il n'est pas dit que l'assureur ne pourrait pas obtenir l'annulation du contrat si c'est délibérément, pour tromper son cocontractant, que le proposant a passé sous silence un élément d'information non prévu au questionnaire. Cette annulation serait, en ce cas, fondée sur le dol de la théorie générale des obligations²⁷³—que le droit des assurances n'écarte pas,²⁷⁴ elle ne pour-

²⁷⁰ Law Commission, *op. cit.*, note 51, no 4.60, p. 53.

²⁷¹ *Ibid.*, no 4.64, p. 56: "The insured should be warned that (i) he must answer all questions . . . (ii) he must disclose any matter which he knows . . . and which might reasonably be considered to influence the judgment of a prudent insurer. . . ." (Mots mis en italique par l'auteur). Pour que cet avis soit, selon les termes de la Law Commission, "clear and explicit", il devrait, selon nous, éviter une terminologie trop hermétique et surtout préciser que cette obligation de déclarer *s'ajoute* à celle de répondre, ce que n'implique pas assez clairement la formulation ci-dessus.

²⁷² Il conviendrait, cependant, que la clause soit suffisamment manifeste pour attirer l'attention du proposant (Law Commission, *op. cit.*, note 51, no 4.60, p. 53) et, du moins est-ce souhaitable, qu'elle prévienne le candidat à l'assurance des conséquences juridiques de son silence (*ibid.*, no 4.64, p. 56).

La Law Commission suggère, en outre, le recours au critère de l'appréciation d'un proposant standard (*ibid.*, no 4.47, pp. 47-48), critère qui, loin de se substituer à celui du jugement d'un assureur raisonnable, viendrait le compléter (*ibid.*, no 4.51, p. 49). La présence d'un avertissement écrit pourrait donc ne pas être nécessairement fatale à l'auteur d'une réticence. Nous ne suggérons pas le recours à ce critère additionnel, puisque nous nous situons dans l'hypothèse du maintien de l'exigence de la "plus haute bonne foi". Aux dernières nouvelles, les propositions de réforme législative de la Law Commission n'ont pas encore été adoptées par le Parlement britannique et ne seraient probablement pas sur le point de l'être: J. Birds, Royaume-Uni: la réforme du droit des assurances (1986), 24 Lettre d'information de l'Association internationale du droit des assurances.

²⁷³ Contrairement à l'hypothèse envisagée par les articles 2488 et 2515 du Code civil où la fraude ne constitue qu'une condition de l'application de la sanction, l'assu-

rait, en conséquence, être accordée que dans les limites de cet autre secteur du droit.²⁷⁵

(2) *La réforme maximale*

Le problème de l'obligation résiduelle de déclarer se trouverait, en ce cas, résolu non de manière spécifique mais comme conséquence d'un changement radical de cap de la philosophie du droit des déclarations de risque.

(a) *La prise en compte de principe de la simple bonne foi*

Ce changement majeur de l'économie du droit des assurances de la tradition "anglo-française"—donc de la nôtre,—qui ne s'accompagnerait toutefois pas de la suppression de l'obligation de déclaration spontanée, ferait de la mauvaise foi du proposant l'ingrédient indispensable du manquement à l'obligation de déclarer. Le problème de l'obligation résiduelle se réglerait alors de lui-même: l'absence dans le questionnaire d'une question sur l'élément litigieux rendant difficile la vraisemblance de la mauvaise foi, l'assureur ne pourrait en principe obtenir quelque sanction que ce soit. Seule une réticence frauduleuse sur un sujet pertinent pourrait justifier l'application d'une sanction: la base de la sanction serait alors le droit des déclarations de risque et non celui des vices du consentement.

reur devant, au premier chef, établir le manquement à l'obligation de déclarer selon les critères du droit des assurances.

²⁷⁴ La théorie des déclarations initiales de risque partage avec la théorie des vices de consentement la nécessité d'un accord éclairé (*Duchesneau c. Great American Insurance Co.*, [1955] B.R. 120, à la p. 125). Quoique autonome, elle n'exclut pas, pour autant, l'application du droit commun (*cf. Picard et Besson, op. cit.*, note 1, no 47, p. 76). En outre, ni le caractère d'ordre public de l'article 2485, ni l'article 2490 du Code civil, aussi d'ordre public, ne s'opposent à pareille application puisque leur lecture conjuguée ne révèle que la volonté du législateur d'écarter désormais les stipulations de garanties destinées à épargner à l'assureur la preuve de la pertinence. Rien n'empêcherait donc l'annulation d'un contrat d'assurance sur la base exclusive du dol de l'article 993 du Code civil, sauf peut-être dans le cas du contrat d'assurance de responsabilité automobile. Dans ce cas, en effet, l'article 92 de la Loi sur l'assurance automobile (*supra*, note 21) semble réserver l'annulation de ce type de contrat aux seules contraventions à l'obligation de déclarer un élément pertinent au risque aux yeux d'un assureur raisonnable, selon les critères prévus. (Une autre lecture de cette disposition est toutefois suggérée par le Doyen Belleau, *loc. cit.*, note 20, à la p. 241: l'article de cette loi particulière voudrait tout simplement écarter du champ de l'assurance-automobile la réduction proportionnelle de l'article 2488 du Code civil au profit de la seule annulation. A notre avis, cette solution n'est pas évidente, dans la mesure où l'article 92 ne dit pas: "En cas de déclaration inexacte ou de réticence, la seule sanction est la nullité du contrat . . .", mais énonce plutôt: "L'assureur ne peut demander l'annulation du contrat que . . .". Sur cette question, voir notre ouvrage, *op. cit.*, note 20, aux pp. 183-184.)

²⁷⁵ Ainsi, au contraire de ce qu'exige le droit des déclarations de risque, le caractère déterminant du dol pour l'assureur devrait, sur le terrain des vices de consentement, s'apprécier *in concreto*: *cf. Baudouin, op. cit.*, note 22, no 158, p. 115.

(b) *La suppression de l'obligation de déclaration spontanée*

Cette hypothèse, qui maintiendrait toutefois l'insuffisance de principe de la simple bonne foi, aboutirait à l'inexistence d'une obligation résiduelle, laquelle n'est qu'une modalité de l'obligation générale de déclaration spontanée. Le proposant n'aurait qu'à répondre correctement aux questions posées.²⁷⁶ Le silence du preneur éventuel sur un élément pertinent n'entraînerait aucune sanction sur le terrain des déclarations de risque, étant entendu qu'une réticence frauduleuse pourrait, sur le terrain cependant du dol du droit commun, entraîner la nullité du contrat.

(c) *La prise en compte de la simple bonne foi et la suppression de l'obligation de déclaration spontanée*

Il s'agit là d'une hypothèse extrême—et déséquilibrée. Le silence du proposant ne serait jamais sanctionné sur le terrain des déclarations de risque, la seule obligation étant de répondre aux questions posées. Si la réponse est inexacte, la nullité ne pourrait, sur ce même terrain, être accordée qu'en cas de mauvaise foi du déclarant.

Quant à la réticence, elle ne justifierait l'annulation du contrat qu'en cas de fraude, dans le cadre exclusif du droit des obligations.

Conclusion

Réserve faite d'une influence française récente et ponctuelle,²⁷⁷ le droit québécois des déclarations de risque puise son inspiration fondamentale dans le droit anglais. La réforme de 1974 n'a donc pas modifié cette donnée générale:²⁷⁸ la nécessité d'une connaissance du fait par le proposant et de son ignorance par l'assureur, le rôle en principe marginal de la bonne foi, l'appréciation de la pertinence par un assureur raisonnable sont autant d'éléments communs aux deux systèmes. Le caractère *uberimae fidei* de l'assurance, essentiel et également commun aux deux droits, justifie en Angleterre l'existence d'une obligation de déclaration *proprio motu*, générale ou résiduelle. Étant donné la communauté de base des droits québécois et anglais des déclarations de risque, l'appartenance à notre droit positif de l'obligation résiduelle de déclarer ne devrait pas faire de doute. De plus, nous l'avons vu,²⁷⁹ des éléments phraséologiques soutiennent l'idée d'une obligation générale de déclaration spontanée²⁸⁰—base de l'obligation résiduelle. Un autre indice légis-

²⁷⁶ Quant à la déclaration inexacte de risque, elle serait sanctionnée, en dépit de la bonne foi du déclarant, sous réserve du tempérament de l'article 2488 et de l'exception de l'article 2515 du Code civil.

²⁷⁷ Au niveau, notamment, de l'introduction de la réduction proportionnelle comme sanction de principe en assurances de dommages: art. 2488 du Code civil.

²⁷⁸ En condamnant, par exemple, la pratique des garanties affirmatives: art. 2485, 2490 et 2500 du Code civil.

²⁷⁹ *Supra*, Introduction, B.

²⁸⁰ Cf. Simard, *loc. cit.*, note 20, à la p. 233.

latif nous est peut-être fourni par la modification apportée en 1979 au premier alinéa de l'article 2566 du Code civil, relatif aux déclarations d'aggravation de risque en assurance de dommages:²⁸¹ si l'assuré doit, comme avant la modification législative, dévoiler en cours de contrat toute aggravation de risque dont il est responsable, il ne doit plus désormais dénoncer, parmi les aggravations qui ne lui sont pas imputables, que celles qui ont fait l'objet d'une spécification au contrat. Que le législateur n'ait pas adopté une modification corrélative de l'article 2485 du Code civil—et de l'article 92 de la Loi sur l'assurance automobile—en matière de déclaration initiale de risque plaide, à notre avis, tant pour l'existence d'une obligation résiduelle que pour son maintien.

Certes, l'obligation résiduelle est passablement lourde pour le proposant, d'autant plus que sa bonne foi n'est pas, en principe, prise en compte. Les abus auxquels son application stricte pourrait conduire militent, sinon pour une réforme législative, du moins pour une pratique et une jurisprudence d'adoucissement. Nous croyons, cependant, qu'une intervention, qu'elle soit législative ou qu'elle soit jurisprudentielle, devrait maintenir, dans le premier cas, ou respecter, dans le second, le principe de l'obligation résiduelle, quitte à l'assouplir en le dotant de balises réalistes et raisonnables. Les moyens pour ce faire ne manquent pas.²⁸²

Il importe, en effet, que la protection des intérêts légitimes du proposant de bonne foi ne se réalise pas au détriment des intérêts, tout aussi légitimes, de la mutualité à laquelle il demande d'adhérer.²⁸³

²⁸¹ Loi modifiant la Loi sur les assurances et modifiant de nouveau le Code civil, *supra*, note 69, art. 48.

²⁸² *Supra*, V.

²⁸³ C'est pourquoi une solution qui consisterait à ne sanctionner la réticence du proposant que dans l'hypothèse d'une intention dolosive est insatisfaisante: la sanction risquerait alors d'être bien théorique, d'abord en raison des difficultés de preuve de l'élément intentionnel, ensuite—et sans doute surtout—en raison du climat de laxisme que l'obligation du proposant strictement confinée au devoir de répondre aux questions risque de développer, rendant illusoire en pratique cette soupape de sécurité que serait, dans cette hypothèse, censé représenter le recours à l'idée de fraude.