

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

L'offre dans le contrat d'assurance : une divergence qui en appelle une autre*

Benoît MOORE**

Résumé

La notion de divergence en matière de formation du contrat d'assurance représente un problème constant dans la détermination du contenu obligationnel de celui-ci, et ce, spécialement quant aux clauses d'exclusion de risque. Se proposant d'éclaircir cette notion, l'auteur tente de démontrer que celle-ci est issue d'une mauvaise application de la théorie de l'offre et de l'acceptation en matière d'assurance.

C'est en effet la proposition qui est perçue, au Québec ainsi que dans une majorité de systèmes étrangers, comme étant l'offre d'assurance. Or, l'auteur développe l'idée que la proposition ne comporte généralement pas la précision et la

Abstract

The notion of discrepancy in the formation of insurance contracts presents a continual problem for the determination of its obligatory contents, and this, notably, with respect to clauses which exclude risks. To clarify the notion, the author attempts to show that it comes from an incorrect application of the theory of offer and acceptance in relation to insurance contracts.

It is, in effect, the application which is seen, in Québec, as well as in a majority of foreign systems, as being the offer of insurance. The author, though, develops the idea that the application, generally, involves neither the precision nor the firmness necessary for the existence

* Ce texte est une version abrégée d'un mémoire présenté en 1995 pour l'obtention du diplôme de maîtrise en droit de l'Université de Montréal. L'auteur tient à remercier la professeure Christianne Dubreuil et le juge Jean-Louis Baudouin pour l'aide inestimable apportée tout au long de ce travail ainsi que le professeur Didier Lluellas pour avoir bien voulu lire et commenter le présent texte. Il désire également remercier le F.C.A.R. pour son appui financier. Les opinions n'engagent que l'auteur.

** Avocat et chargé de cours à l'Université de Montréal. D.E.A. (Paris I); LL.M. (Montréal).

fermeté nécessaires à l'existence de l'offre et que c'est ce manque qui entraîne la nécessité de la notion de divergence. L'auteur préconise l'adoption du système prévu dans la récente loi belge sur les assurances et qui fait, en principe, de la police, l'offre d'assurance. Cela étant plus conforme à la réalité, l'incertitude quant au contenu du contrat s'amenuiserait. Ce système pourrait être accompagné d'une utilisation accrue des notes de couverture temporaire pour accélérer la protection de l'assuré et de l'application de l'obligation précontractuelle d'information du courtier et de l'assureur envers le preneur.

of an offer, and that their absence entails the necessity of the notion of discrepancy. The author recommends the adoption of the system provided for in recent Belgian legislation on insurance, which, in principle, makes the policy the offer of insurance. This being more consonant with reality, the uncertainty regarding the contents of the contract would be lessened. This system could be accompanied by an increased use of temporary memoranda on coverage to hasten the protection of the insured, and the enforcement of the pre-contractual obligation of the broker and the insurer to provide information to the taker.

Plan de l'article

Introduction	365
I. La nature de la proposition d'assurance	369
A. La proposition est-elle une offre?	370
1. Conditions quant au contenu	370
a. L'offre doit être précise	370
<i>i. La prime d'assurance</i>	372
<i>ii. Le risque d'assurance</i>	377
b. L'offre doit être ferme	378
2. Conditions quant aux caractéristiques du contrat d'assurance	383
a. Le contrat d'assurance et la caractéristique de l' <i>intuitu personae</i>	383
b. Le contrat d'assurance est un contrat d'adhésion	385
<i>i. L'offrant au sens de l'article 1389 C.c.Q.</i>	386
<i>ii. L'offrant désigné par le législateur</i>	388
B. La proposition est-elle une promesse?	395
II. L'impact de la nature fictive de la proposition : la notion de divergence	401
A. Contenu de l'acceptation	402
1. Le contrat d'assurance : un contrat consensuel	404
a. Principe du consensualisme et application en droit des assurances	404
b. Contrôle du consensualisme : vers un quasi-formalisme	407

2. La notion de divergence : affirmation ou négation du principe de consensualisme?	412
a. Interprétation doctrinale	417
b. Interprétation jurisprudentielle.....	419
B. L'expression de l'acceptation	429
1. L'expression de l'acceptation de l'assureur.....	434
2. L'expression de l'acceptation du preneur	434
Conclusion	439

On n'a pas tout dit du consentement quand on a dit qu'il est sympathie et sourire d'un homme à l'autre. Le sourire ne dure pas toujours et les difficultés restent aux juristes.

Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, « Les obligations », 10^e éd., Paris, P.U.F., 1972, n° 12, p. 59.

L'assurance est aujourd'hui entrée dans notre quotidien. Opération universelle, elle est indispensable et caractérise notre société de consommation. Cette répartition sociale des risques individuels repose sur des principes complexes et fondamentaux et fait de l'assurance une institution particulière : individuelle et collective, ces deux composantes sont essentielles à l'opération. Cette nécessité qu'a l'Homme de se décharger de certains risques n'est pas nouvelle du XX^e siècle. En fait, ce besoin de sécurité a toujours existé sous diverses formes. Sa première manifestation se retrouve dans la structure familiale qui, dans l'Antiquité, jouait le rôle de protecteur¹. Mais avec le temps et la complexification de la société, la famille ne suffisait plus à assurer cette protection. Les premières manifestations de transaction d'assurance se retrouvent dans le cadre du transport maritime. Au Moyen-Âge, elle prenait la forme d'une clause accessoire au contrat de vente prévoyant que le vendeur garantissait l'arrivée, en bon état, de la chose vendue ou prêtée². En retour, l'acheteur payait un surplus au transporteur. Une seconde forme de contrat, apparentée à l'assurance, fût le prêt à la grosse³. Dans ce type de contrat, toujours en matière maritime, le capitaine du bateau empruntait une somme d'argent pour payer l'équipage. Une fois arrivé à bon port, il devait rembourser, avec un fort intérêt, la somme empruntée; par contre, s'il y avait naufrage ou avarie, le capitaine gardait cette somme.

¹ Félix MONETTE, Albert De VILLÉ et Robert ANDRÉ, *Traité des assurances terrestres*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1949, p. 8.

² *Id.*, p. 10.

³ *Id.*, p. 11.

La première législation connue portant directement sur l'opération d'assurance est le décret italien du 22 octobre 1369 de Gabriel Adorno qui prévoyait de fortes peines contre ceux qui voulaient se soustraire à l'exécution de bonne foi de ce type de convention. Cette institution, promise à un important avenir, était, dès ses débuts, associée au principe de la bonne foi.

L'assurance a, peu à peu, gagné de l'importance et élargi son champ d'application. De son usage maritime exclusif, elle s'est étendue à l'assurance-incendie⁴, puis à l'assurance-vie, initialement rejetée pour immoralité. En fait, l'assurance est devenue universelle et omniprésente. Toute opération, tout bien, toute transaction ou presque peut désormais être assuré.

En raison de l'importance sociale et économique croissante de l'assurance et en raison de sa spécificité, tous les pays ont consacré des législations particulières au domaine. Si cette législation a fluctué parmi les âges, il est une chose qui est et qui a toujours été : l'assurance est un contrat⁵ consensuel, la police n'étant qu'un document probatoire⁶.

Le contrat d'assurance, à l'instar des autres contrats, nécessite une rencontre de volontés entre l'assureur, vendant un service (la garantie contre un risque défini) et le preneur, son client. Cette fusion de volontés doit s'exprimer ici aussi en deux manifestations de volonté, l'offre et l'acceptation⁷. Le scénario contractuel en assurance se déroule cependant rarement en un seul temps. Les relations s'étendent sur une période de temps plus ou moins longue pendant laquelle les parties s'informent mutuellement sur leurs

⁴ Particulièrement en Angleterre, suite à l'incendie de Londres de 1666. Maurice PICARD et André BESSON, *Les assurances terrestres*, t. 1, « Le contrat d'assurance », 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 1982, p. 3.

⁵ Ainsi, le décret italien de 1369 réfère déjà à une relation contractuelle. La première police connue semble être celle qui a été émise en 1555 pour couvrir le navire Santa Cruz. Cf. F. MONETTE, A. De VILLÉ et R. ANDRÉ, *op. cit.*, note 1, p. 18.

⁶ L'ordonnance de la Marine de Louis XIV exige déjà que le contrat soit *constaté* par un écrit, mais celui-ci n'est pas nécessaire à la formation du contrat. Cf. Maurice PICARD, « L'affaiblissement contractuel du contrat d'assurance » dans *Études Lambert*, vol. 3, Paris, L.G.D.J., 1938, p. 159.

⁷ Didier LLUELLES, *Précis des assurances terrestres*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 38.

attentes, leurs désirs et leurs besoins. Les palabres peuvent prendre plusieurs formes.

Ainsi, le preneur potentiel peut se rendre à la compagnie d'assurance, remettre une proposition à un intermédiaire qui, après avoir soumis celle-ci à l'assureur, contacte le client pour lui remettre copie de la police. Il peut également faire les démarches par téléphone, conclure un contrat par ce biais et recevoir la police par courrier. Un agent d'assurance peut encore faire lui-même la première démarche, présenter les produits et laisser au preneur le soin de choisir celui qui est le mieux adapté à ses besoins. Celui-ci remplit alors une proposition et recevra plus tard une police. Dans toutes ces situations, il y a formation d'un contrat d'assurance. Il n'est cependant pas aisé d'identifier le moment exact de sa formation ni l'acte précis qui constitue alors l'offre de contracter. Quoique tous différents, ces scénarios sont cependant similaires sur un point : la remise d'une proposition d'assurance de la part du preneur éventuel. Cette proposition est la demande d'assurance. Elle est chronologiquement la première démarche officielle en vue de la conclusion du contrat. Bien souvent, dans les contrats les plus simples, telle une assurance habitation ou une assurance-incendie, elle n'est que verbale. Une simple conversation téléphonique au courtier sera considérée comme une proposition au sens du Code civil, lequel est silencieux quant aux caractéristiques de cette notion⁸. Pour la couverture des risques plus importants ou plus complexes, en matière d'assurance responsabilité professionnelle ou d'assurance-vie par exemple, la proposition est généralement écrite⁹. Elle consiste alors en une formule type que l'assureur ou son intermédiaire remet au preneur. Ce dernier doit répondre aux questions qu'elle comporte. Cette formule, une fois remplie,

⁸ *Groupe de commerce, Cie d'assurances c. Service d'entretien Ribo Inc.*, [1992] R.R.A. 959 (C.A.); *Perron c. Cie d'assurance canadienne universelle*, [1995] R.R.A. 686 (C.S.).

⁹ D. LLUELLES, *op. cit.*, note 7, p. 38; Rémi MOREAU, « La divergence entre la police et la proposition », (1993) 60 *Assurances* 105, 107; *Groupe de Commerce, Cie d'assurances c. Service d'entretien Ribo Inc.*, précité, note 8; *Vézina c. R.M. Beauchemin Inc.*, [1978] C.S. 12.

quoique provenant de l'assureur et ayant été préparée par lui, est réputée être celle du preneur¹⁰.

Verbale ou écrite, la proposition est le reflet du désir de l'assureur¹¹. C'est lui qui contrôle, par ses questions, le contenu même de la proposition, qui est généralement très sommaire. Ainsi, la proposition prévoit l'identité des parties, la description du preneur dans la mesure où elle est pertinente au contrat (état de santé, antécédent de conduite, etc.), le risque à couvrir, l'indemnité, la franchise et la date d'entrée en vigueur¹². En matière d'assurance-vie, la proposition contient également un questionnaire détaillé sur l'état de santé du candidat. Lorsqu'elle est écrite, la proposition est signée par le proposant. En fait, le contenu de la proposition est informatif plutôt que contractuel et n'est pas réellement la préfiguration du contrat, voire même l'ultimatum que devrait être une offre véritable. Malgré tout, elle est généralement considérée non pas comme une simple description de l'assurance désirée ou comme un document décrivant à l'assureur le risque soumis¹³, mais bien comme une offre de contracter. Cette reconnaissance est de plus codifiée à l'article 2398 C.c.Q. qui est complété par l'article 2399 C.c.Q. prévoyant que la police est le document qui constate le contrat.

¹⁰ R. MOREAU, *loc. cit.*, note 9, 107; M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, note 4, p. 77; Georges BRIÈRE DE L'ISLE, *Droit des assurances*, Paris, P.U.F., 1973, p. 36; Robert E. KEETON, *Insurance Law - Basic Text*, St. Paul Minnesota, West Publishing, 1971, p. 59; F.J. LAVERTY, *The Insurance Law of Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1936, p. 35. Nous ne discuterons pas de la question du rôle de l'agent d'assurance, mandataire de l'assuré ou de l'assureur et ce, malgré que ce sujet puisse influencer la problématique que nous abordons. Cette question, de par sa complexité et son importance, nécessite d'être traitée à part.

¹¹ Et ce, malgré le fait que la proposition soit vue comme provenant du preneur. Cela peut s'expliquer puisque la proposition réfère à la description de l'assurance désirée, ce qui est inévitablement du domaine du preneur : Jean-Guy BERGERON, *Les contrats d'assurance lignes et entre-lignes*, t. 1, Sherbrooke, Éditions SEM, 1989, p. 207.

¹² R. MOREAU, *loc. cit.*, note 9, 108; Rémi MOREAU, « Que sont les réalités de l'assurance devenues », (1990) 58 *Assurances* 335, 338; M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, note 4, p. 78.

¹³ Ce rôle est la justification même de l'existence de la proposition : Didier LLUELLES, « La portée du questionnaire sur le principe de la déclaration spontanée à la lumière du droit comparé des assurances terrestres », (1988) 67 *R. du B. can.* 258, 265; R. MOREAU, *loc. cit.*, note 9, 107; *First Trust Co. of St. Paul c. Kansas City Life Ins. Co.*, (1935) 79 F. (2d) 48 (C.A. Minn.).

Le présent article a pour objet d'examiner la nature, au-delà de celle qui semble être législativement donnée par le *Code civil du Québec*, de la proposition d'assurance. Nous aborderons le droit positif sur la question, mais l'essence de notre texte sera prospectif et proposera une solution *de lege ferenda* sur une matière trop souvent esquivée. Nous sommes conscients que nos propos vont à l'encontre de ceux exprimés par la vaste majorité des auteurs et de la jurisprudence et c'est pourquoi nous nous attendons à ce que ce texte soit reçu dubitativement. Certains pourront même nous taxer d'avoir écrit un texte inutile, mais il ne nous semble pourtant pas futile de le faire et nous espérons, à défaut de convaincre, provoquer une réflexion; car après tout le droit n'est-il pas la « [...] science du contradictoire »¹⁴.

Nous étudierons donc en un premier temps la nature de la proposition d'assurance afin de déterminer si elle constitue, aux vues du droit commun des obligations, une offre de contrat (I) pour ensuite examiner l'impact du choix législatif d'en faire l'offre d'assurance (II).

I. La nature de la proposition d'assurance

Pour qu'il y ait formation d'un contrat, deux volontés doivent se rencontrer. Celles-ci doivent être identiques et valablement exprimées. Elles le sont, de façon classique, en deux temps : premièrement par l'offre, puis par l'acceptation.

Cette première partie tentera de dégager la nature véritable de la proposition d'assurance en envisageant l'offre (A) puis la promesse (B).

¹⁴ Jean CARBONNIER, *Droit civil*, tome 1, « Introduction – Les personnes », 14^e éd, Paris, P.U.F., 1982, n° 8, p. 48. Le doyen Bergeron, dans son *Précis de droit des assurances*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit, 1996, p. 35 à la note 33, écrit : « Pour certains juristes, elle repose aussi sur le fait que le preneur est l'acceptant et l'assureur le véritable offrant. Inutile de disserter sur l'inexactitude de ce fondement de l'existence du contrat d'assurance. Tous les auteurs sérieux affirment le contraire. Il y a bien l'exception des assurances instantanées, comme celles disponibles dans les aérobares, mais la règle générale est à l'effet que le preneur est l'offrant et l'assureur est l'acceptant. »

A. La proposition est-elle une offre?

Posons immédiatement notre thèse de départ : la proposition est, dans une *majorité* de cas, un simple appel d'offres auquel l'assureur répond par l'émission d'une police correspondant aux désirs du preneur et qui constitue en fait l'offre d'assurance. Pour appuyer notre thèse, nous comparerons la proposition à l'offre tant en regard à son contenu (1) qu'en regard de certaines caractéristiques propres au contrat d'assurance (2).

1. Conditions quant au contenu

L'offre, ou sollicitation¹⁵, est une manifestation de volonté qui vise la préfiguration d'une situation contractuelle à venir. Une partie y prévoit les éléments essentiels du contrat projeté et son intention de le former¹⁶. Cette définition est maintenant introduite dans le *Code civil du Québec*¹⁷, qui, en ce sens, innove tant face au *Code civil du Bas Canada* qu'au Code civil français, ces derniers ne contenant aucune définition. À la lecture de cette disposition, nous relevons deux caractéristiques fondamentales à l'offre : elle doit comporter « tous les éléments essentiels du contrat envisagé » et elle doit indiquer « la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation »; elle doit donc être *précise* et issue d'une volonté *ferme*.

a. L'offre doit être précise

Cette caractéristique exige que l'offre soit complète et non équivoque¹⁸, c'est-à-dire qu'elle doit contenir tous les éléments

¹⁵ Pour les fins de cet article, nous utiliserons ces deux termes dans un même sens, et ce, malgré la distinction faite par un auteur qui voit en la première un fait juridique et en la seconde un acte juridique unilatéral, cf. Jean-Luc AUBERT, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, t. 109, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1970.

¹⁶ *Id.*, p. 14; Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations – Le contrat : La formation*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 260; Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 97.

¹⁷ Art. 1388 C.c.Q.

¹⁸ Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil – Les obligations*, 2^e éd., t. 1, « Les sources », Paris, Sirey, 1985, p. 103; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 16, pp. 261 et 265; J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 16, p. 101.

essentiels du contrat afin qu'il puisse se former par une simple réponse affirmative du bénéficiaire. Un contrat ne pouvant pas être conclu en l'absence de stipulations essentielles (la chose et le prix en matière de vente), une manifestation de volonté imprécise ne peut recevoir l'appellation d'offre. Ainsi, une réponse affirmative à l'« offre » de vente sans prix ne peut généralement pas former le contrat¹⁹. Tous ces éléments essentiels, par l'essence même du contrat (éléments objectivement essentiels) ou par la volonté des parties (éléments subjectivement essentiels), doivent être soit déterminés, soit déterminables.

Il est généralement reconnu qu'en matière d'assurance, quatre éléments sont essentiels à la formation du contrat²⁰ : le risque, l'indemnité (incluant la franchise), la prime et la durée de la protection. L'offre d'assurance doit donc, pour respecter l'article 1388 C.c.Q., contenir la description de chacun de ces éléments. Or, il est frappant de constater que les auteurs en assurance reconnaissent que la proposition constitue l'offre sans, bien souvent, discuter de cette exigence essentielle²¹. D'autres discutent de cette exigence en spécifiant, avec raison, que la proposition doit

¹⁹ Denis TALLON, *La détermination du prix dans les contrats*, Paris, Pédone, 1986, p. 16.

²⁰ Voir John A. APPLEMAN et Jean APPLEMAN, *Insurance Law and Practice*, St. Paul, Minnesota, West Publishing, 1981, p. 47; J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 15, p. 61; John BIRDS, *Modern Insurance Law*, 2^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1988, p. 54; George J. COUCH, *Couch Encyclopedia of Insurance Law*, Revised by Mark S. RHODES, New York, Lawyers Co-operative Publishing, 1984, p. 2:12; B.P.A. DAVIES, *Houseman and Davies Law of Life Insurance*, 10^e éd., Londres, Butterworths, 1984, p. 5; GRUN et JOLIAT, *Traité des assurances terrestres et de l'assurance sur la vie des hommes*, Paris, 1828, p. 151; Yvonne LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1992, p. 160; Denis BROWNE, *MacGillivray on Insurance Law*, 5^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1961, p. 655; POTHIER, *Oeuvres de Pothier*, par M. BUGNET, 2^e éd., t. 5, « Contrats nommés », Paris, Cosse et Marchal, 1861; Craig BROWN et Julio MENEZES, *Insurance Law in Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1991, p. 108; *Granite State Fire Ins. Co. c. Birmingham*, (1936) 3 I.L.R. 635; Cass. civ. 1^{re} ch. 14 janv. 1992, *Resp. civ. Ass.* 92-148; *Farmers Mutuals Ins. Co. c. Wolfe*, (1968) 233 NE (2d) 690 (C.A. Indiana); *Indiana Ins. Co. c. Knoll*, (1968) 236 NE 2d 63 (C.A. Indiana); *Davidson c. Global General Ins. Co.*, (1965) 48 D.L.R. (2d) 503 (H.C. Ont.).

²¹ J.-G. BERGERON, *op. cit.*, note 11, p. 71; R. MOREAU, *loc. cit.*, note 9, 112; M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, note 4, p. 77; Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 20, p. 161. Également voir J.-G. BERGERON, *op. cit.*, note 14.

la respecter afin de pouvoir être considérée comme une offre²². Rares, par contre, sont les auteurs qui constatent que la proposition ne rencontre généralement pas cette exigence²³. Certains points essentiels sont présents dans la proposition comme, par exemple, l'indemnité (incluant la franchise), la durée de l'assurance et l'identité des parties. Par ailleurs, d'autres éléments, spécialement le montant de la prime et la détermination du risque ne s'y retrouvent pas toujours spécifiquement et sont parfois présentés pour la première fois au preneur lors de la remise de la police.

i. La prime d'assurance

La prime constitue le prix de l'assurance²⁴. Le caractère suffisamment déterminable du prix a été et est encore, spécialement en France, source de beaucoup de discussions. Cette question est d'importance puisque si le juge décide que les indices au contrat ne sont pas suffisants, il ne pourra pas reconnaître la formation de celui-ci. Le principe, développé par la jurisprudence et maintenant reconnu, est que le prix, ou un autre élément essentiel, est déterminable si le contrat – ou l'offre – comporte des normes objectives suffisantes pour permettre sa détermination exacte, sans nécessiter l'intervention discrétionnaire ou subjective de la part de l'une ou des deux parties²⁵. En l'absence de telles

²² J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 15, p. 53; André FAVRE-ROCHEX, « Assurances terrestres – Règles communes – Le fonctionnement du contrat », dans *Juris Classeur Responsabilité Assurance* Fasc. 505-4, n^{os} 30 et suiv.

²³ Stella BAKAS-TSIRIMONAKI, « Les principes généraux du droit hellénique de l'assurance », (1985) 37 *R.I.D.C.* 69, 74; Claude J. BERR et Hubert GROUDEL (dir.), *Les assurés face aux assureurs dans le monde contemporain*, Paris, Sirey, 1983, p. 19 et suiv. Un auteur constate que 50% des contrats sont conclus au téléphone et que la proposition ne contient que 2% des clauses incluses dans la police : Jean-Pierre CASAVANT, « Les derniers développements en droit des assurances : récentes décisions de la Cour suprême du Canada », dans *Congrès 1991 – Barreau du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, pp. 925 et 926.

²⁴ Marie-Louise ENGELHARD-GROSJEAN, « La détermination de l'objet dans les contrats », (1976) 13 *Annales de la faculté de droit et de science politique de Clermont* 441, 451.

²⁵ François COLLART-DUTILLEUL et Philippe DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 3^e éd., Paris, Dalloz, n^o 145, p. 125; Jacques GHESTIN et Bernard DESCHÉ, *Traité des contrats : La vente*, Paris, L.G.D.J., 1990, pp.

normes, les tribunaux refusent de conclure à la formation d'un contrat. Il faut néanmoins distinguer le cas où la fixation de l'élément est assurée par un tiers au contrat de celui où elle l'est à partir des clauses mêmes de celui-ci²⁶.

Pour se situer à l'intérieur de la première hypothèse, la personne nommée pour compléter le contenu du contrat doit être en dehors de la relation contractuelle. Le mandataire ou l'employé de l'une des parties au contrat ne devrait donc pas être reconnu comme tel. De même, les actuaires travaillant pour l'assureur et déterminant les taux de prime ne peuvent être reconnus comme des tiers au contrat. Le sont, par contre, un arbitre ou un expert-comptable. L'identité de la personne doit alors être incluse dans l'offre, à défaut de quoi, on ne peut la retenir comme suffisante²⁷.

La seconde hypothèse est celle de l'inclusion d'un mécanisme destiné à déterminer les éléments essentiels, dont le prix. Les tribunaux doivent décider si, à leur avis, le mécanisme de fixation du prix prévu dans l'offre est suffisamment précis et objectif pour permettre de conclure à la formation d'un contrat dans le cas d'une réponse positive de la part du bénéficiaire²⁸. Plusieurs clauses incorporant un mécanisme ou une norme de détermination peuvent

445 et 446; J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 15, p. 66; Henri, Léon et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 2, « La vente, l'échange », 6^e éd., par Michel de JUGLART, Paris, Montchrestien, 1976, p. 141; Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *Précis du droit de la vente et du louage*, 2^e éd., Québec, P.U.L., 1986, p. 81; Req. 7 janv. 1925, D. 1925. 57; Cass. ch. comm. 24 mars 1965, D. 1965. 474; Cass. civ. 1^{re} ch. 6 juin 1969, D. 1969. 513. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a effectué un revirement de jurisprudence dans le cas des contrats-cadre. Aux termes de cette décision, le contrat-cadre est valide malgré l'absence de prix et malgré le pouvoir d'une partie dans la fixation ultérieure de celui-ci. La question en devient alors une de contrôle de l'exercice du pouvoir unilatéral de fixation du prix. Cf. A.P. 1^{er} déc. 1995, J.C.P. II 22565, note Ghestin.

²⁶ J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 15, p. 65.

²⁷ J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 15, p. 67; Rudolf B. SCHLESINGER, *Formation of Contracts – A Study of the Common Core of Legal System*, t. 1, New York, Oceana Publications, 1968, p. 478; Paris 5^e ch. B. 10 oct. 1991, D. 1991. I.R. 260; Joanna SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats*, Paris, Dalloz, 1982, p. 41; *Beaudoin c. Rodrigue* [1952] B.R. 83; Denys-Claude LAMONTAGNE, *Droit de la vente*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 43.

²⁸ Voir R.B. SCHLESINGER, *op. cit.*, note 27, p. 446 (droit américain), p. 477 (droit anglais); *Wilson Co. c. Hartford Fire Ins. Co.*, (1923) 254 SW 266 (Cour suprême Missouri).

être utilisées, mais elles ne rencontrent pas toutes le standard d'objectivité.

Ainsi, les clauses de prix référant à une opération arithmétique, même complexe, sont acceptables²⁹ si toutefois ces calculs sont connus des parties et peuvent être vérifiés. La mention appliquant le prix d'un contrat antérieur est également suffisante³⁰.

Cependant, les clauses référant au prix du fournisseur, ou plus particulièrement ici à l'assureur, à un jour donné, ne sont généralement pas reconnues comme suffisamment objectives³¹.

Les clauses référant au prix du marché déterminé par l'espèce, le temps ou le lieu, ne sont valables pour leur part que si ce marché est officiel soit en raison d'une réglementation issue d'un comité déontologique reconnu ou parce que la quotation de ce marché est publique et acceptée³². Ces principes sont applicables à tous les contrats onéreux et par conséquent au contrat d'assurance³³.

Tout comme en matière de vente, la jurisprudence en assurance ne porte pas sur le contenu de l'offre, mais sur celui du contrat. Il en résulte que le tribunal qui constate la non-détermination du prix doit trancher en faveur de l'inexistence du contrat et généralement donner raison à l'assureur qui, prétextant celle-ci, refuse de payer l'indemnité à l'assuré. Cette réalité pratique explique probablement l'assouplissement judiciaire, en assurance, des règles que nous venons de voir en matière de vente.

²⁹ J. SCHMIDT, *op. cit.*, note 27, p. 43; J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 15, p. 65; *Wilson Co. c. Hartford Fire Ins. Co.*, précité, note 28.

³⁰ J. SCHMIDT, *op. cit.*, note 27, p. 42.

³¹ D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 27, p. 42. Voir la jurisprudence suivante en matière de contrat-cadre : Paris 4^e ch. B. 18 sept. 1991. D. 1991. I.R. 260; Cass. ch. comm. 11 oct. 1978. D. 1979. 135; J. SCHMIDT, *op. cit.*, note 27, p. 38. Voir également les décisions de l'assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995, précitées, note 25.

³² D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 27, p. 143; Paris 5^e ch. B. 23 mars 1988. D. 1988.I.R. 123; D. TALLON, *op. cit.*, note 19, p. 52; J. SCHMIDT, *op. cit.*, note 27, p. 44; François KINT, « Négociation et conclusion de contrats », dans Xavier DIEUX (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 1984, p. 49; Bernard GROSS et Philippe BIHR, *Contrats*, t. 1, « Ventes civiles et commerciales, Baux d'habitation, Baux commerciaux », Paris, PUF, 1993, p. 138.

³³ G.J. COUCH, *op. cit.*, note 20, p. 2 : 12.

Ainsi, en France, la Cour de Cassation a rendu des jugements contradictoires sur cette question. Elle a conclu, le 24 mai 1978, qu'il y avait contrat même si aucune indication concernant la prime n'était présente, ni dans la proposition, ni dans l'attestation – acceptation de l'assureur³⁴. Plus récemment, elle est allée dans le même sens, en décidant que l'absence de prime dans l'avenant n'empêchait pas celui-ci de modifier valablement la prime prévue dans le contrat initial³⁵.

À l'inverse, cette même Cour a appliqué rigoureusement le principe dans un arrêt du 19 novembre 1985. Elle a tranché en faveur de l'inexistence d'un contrat dans une affaire où l'assuré refusait de payer sa prime au motif qu'il n'y avait aucune mention concernant celle-ci, ni dans la proposition, ni dans l'attestation d'assurance. La Cour a même ajouté que, non seulement il n'y avait pas contrat, mais qu'il n'y avait même pas de proposition³⁶. Cette décision, quoique totalement juste en droit, aurait fort probablement été différente si le litige avait porté sur le refus de l'assureur de payer l'indemnité.

Aux États-Unis également, la jurisprudence, tout en reprenant le principe selon lequel la prime doit pouvoir être déterminée par l'application d'un système fixe et objectif, reconnaît souvent la suffisance de la norme, sans même expliquer en quoi elle consiste³⁷. Ainsi, la Cour d'appel du Texas a décidé que la prime

³⁴ Cass. civ. 1^{re} ch. 24 mai 1978, (1979) 50 *R.G.A.T.* 63, note Besson. Le professeur Besson, dans cette note, rappelle que le principe du prix – la prime – devant être déterminé s'applique à l'assurance et qu'il faut par conséquent accueillir avec réserve cet arrêt.

³⁵ Cass. civ. 1^{re} ch. 22 avril 1992. *Resp. civ. Ass.* 92-280.

³⁶ Nous ne partageons pas, sur ce point, la position de la Cour. L'absence de prime dans la proposition ne la rend pas inexistante, mais ne fait qu'empêcher celle-ci d'être une offre. La proposition conserve en effet son statut même si elle n'est pas une offre, l'article 112-2 de la *Loi sur les assurances*, le pendant de notre article 2398 C.c.Q., ne prévoyant pas explicitement que la proposition est l'offre d'assurance. Elle n'est alors, dans la relation contractuelle, qu'une simple demande d'assurance accompagnée de renseignements utiles à l'assureur pour apprécier le risque et sera suivie de la police qui, elle, constitue la véritable offre. Cass. civ. 1^{re} ch. 19 nov. 1985. D. 1987. Som. 179, note Groutel.

³⁷ Il faut noter que le principe de l'exigence du caractère déterminable du prix est plus relatif en droit américain (art. 2-204 et 2-305 U.C.C.). Voir à ce sujet R.B. SCHLESINGER, *op. cit.*, note 27, p. 442 (où l'on note que la

est déterminable, car approximativement connue et objectivement calculable, sans même dire en quoi le preneur la connaissait et en quoi le calcul consistait³⁸. La Cour d'appel du Kentucky a, quant à elle, décidé que la mention « *reasonable rate* » était adéquate, l'actuaire de l'assureur n'ayant qu'à calculer le montant précis³⁹. Malgré ces quelques décisions contraires qui reprennent souvent le principe sans l'appliquer, nous pouvons affirmer que la prime doit être déterminée ou qu'il doit y avoir, au sein de l'offre, un mécanisme objectif prévu pour sa fixation. La proposition qui ne contiendrait pas cette mention ne pourrait pas être reconnue comme constituant une offre de contracter⁴⁰. Or, force est d'admettre, à l'examen de diverses propositions, qu'il y a souvent inexistence d'un tel mécanisme. Généralement, il n'y a même pas de référence à la prime habituelle de l'assureur, clause qui serait de toute façon insuffisante. Nous serions même porté à penser qu'une simple référence au prix du marché ou au prix généralement appliqué par les assureurs ne serait pas suffisante. De plus, le haut taux de subjectivité, de variation et de discrétion combat directement l'argument de la simple application d'une opération arithmétique par l'actuaire⁴¹. Enfin et surtout, même avec un

jurisprudence accepte les mentions « prix raisonnables »; Isabelle CORBISIER, « La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises, réflexions comparatives », (1988) 40 *R.I.D.C.* 767. D'ailleurs en France aussi, ce principe se relativise (cf. A.P. 1^{er} déc. 1995, précitée, note 25) particulièrement dans le cas de contrats commerciaux cadres. Au Québec aussi, on a pensé, sans finalement le faire, éliminer ce principe dans le cadre de la vente (art. 386 Projet de Code civil de l'O.R.C.C.).

38 *State Mutual Fire Ins. Co. c. Taylor*, (1913) 157 SW 950 (C.A. Texas). Voir également *Wilson Co. c. Hartford Fire Ins. Co.*, précité, note 28.

39 *Pennsylvania Fire Ins. Co. c. Collin*, (1923) 258 SW 965 (C.A. Kentucky); *Cottingham c. National Mutual Church Ins. Co.*, (1919) 124 NE 822 (C.S. Illinois).

40 Voir le surprenant arrêt *Gérard Parizeau Ltée c. Lemyre*, [1989] R.R.A. 1019 (C.Q.).

41 Voir au sujet de la méthode de fixation de la prime : Rémi MOREAU, « La prime d'assurance », (1985-86) 53 *Assurances* 311; M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, note 4, p. 41 et suiv.; Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 20, p. 271 et suiv. Ces auteurs présentent les deux facettes de la prime : premièrement la « prime pure », représentant le calcul statistique du risque, on prend alors en considération, entre autres, la probabilité de la réalisation du sinistre, ses conséquences, la somme assurée, la durée de l'assurance et

assouplissement, voire même une disparition de la nécessité du caractère déterminable du prix (comme cela a été évoqué lors de la réforme), il serait anachronique de considérer la proposition comme une offre, dans des cas (nombreux) où non seulement la proposition ne contient rien concernant la prime, mais où le rôle essentiel de celle-ci est justement de donner à l'assureur l'information nécessaire à la fixation de celle-ci.

ii. Le risque d'assurance

En ce qui concerne le risque, second élément critique, il est nécessaire de distinguer l'objet d'assurance de la garantie, ce premier étant général et ne portant pas sur les différentes exclusions que l'assureur impose au preneur. Par exemple, constitue l'objet en assurance-incendie, l'identification de l'immeuble à couvrir, tandis que la garantie, elle, peut être limitée à l'incendie accidentel qui n'a pas été causé par la foudre⁴². Or, la proposition ne précise généralement pas la garantie de l'assurance, mais se limite à décrire son objet. Toutes les exclusions, majeures ou non, habituelles ou exceptionnelles, n'y sont pas⁴³. Pourtant, le risque qui doit être déterminé pour qu'il y ait contrat réfère nécessairement à une garantie spécifique⁴⁴.

En effet, l'objet d'assurance, vu de façon isolée, signifie bien peu de choses. Il suffit de lire l'affaire *Hadley Shipping* pour s'en convaincre⁴⁵. Dans cette affaire, l'objet de l'assurance était de prévenir la perte d'une cargaison de sucre entreposée à l'extérieur. La garantie, quant à elle, contenait justement une clause de limitation en cas d'intempérie pour les biens entreposés à l'extérieur. Il semble alors évident que la détermination exacte de la prestation de l'assureur n'est réelle que lorsque la garantie est

le taux des intérêts. Deuxièmement « les chargements de la prime », c'est-à-dire tous les autres frais d'administration, de gestion, de fiscalité, etc.

⁴² R. MOREAU, *loc. cit.*, note 9, 118.

⁴³ *Id.*, 338.

⁴⁴ Du même avis : Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 20, p. 160; Roland BREHM, *Le contrat d'assurance de responsabilité civile : Étude de droit suisse*, Lausanne, Payot, 1983, p. 12.

⁴⁵ *Hadley Shipping Co. c. Eagle Star Insurance*, J.E. 80-566 (C.S.).

déterminée⁴⁶. C'est d'ailleurs, nous le verrons, le manque de précision concernant la garantie, plus que celle concernant la prime, qui posera les problèmes pratiques les plus importants, problèmes qui surgiront au niveau de la détermination de ce que constitue une divergence.

Nous ne croyons pas que le caractère usuel de certaines clauses d'exclusion puisse pallier leur absence de la proposition⁴⁷. Le critère de prévision objective des éléments essentiels du contrat n'aide en rien à la détermination suffisante du risque puisqu'aucune description précise des limites de la garantie ou aucun mécanisme de fixation de celles-ci n'est indiqué dans la proposition. Le seul tempérament pourrait être constitué des cas d'exclusions de connaissance générale ou tirés du sens commun, tels le suicide en assurance-vie ou l'incendie volontaire en assurance-incendie.

b. L'offre doit être ferme

La seconde caractéristique essentielle de l'offre est sa fermeté. L'offrant doit savoir qu'il fait une offre et doit en désirer les effets, c'est-à-dire vouloir être lié en cas d'acceptation du bénéficiaire. Cette seconde exigence fait apparaître le problème des réserves apportées à l'offre. Celles qui sont inhérentes au type de contrat (limite des stocks ou limite de places dans un théâtre, par exemple) ne posent pas de problème⁴⁸. Par contre, celles qui donnent un pouvoir *arbitraire* à l'offrant de « refuser » ce qui serait l'acceptation ne peut obtenir le qualificatif d'offre. C'est le cas dans les contrats *intuitu personae* où l'initiateur du contrat ne peut être en état d'offre permanente : l'arbitraire évince la fermeté⁴⁹.

⁴⁶ G.J. COUCH, *op. cit.*, note 20, p. 2 :12; POTHIER, *op. cit.*, note 20, p. 301.

⁴⁷ Notre propos actuel ne concerne pas le problème d'opposabilité des exclusions ou la notion de divergence, mais la question de savoir si ces exclusions sont suffisamment déterminables pour être réputées incluses dans l'offre.

⁴⁸ F. KINT, *loc. cit.*, note 32, 32.

⁴⁹ *Id.*, 33; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 16, p. 263. Par exemple le contrat de travail et « l'offre d'emploi » dans le journal : Jean PINEAU, Danièle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 76.

Or, la proposition d'assurance ne semble pas, encore ici, remplir cette exigence. En effet, la grande majorité des systèmes de droit reconnaissent que la proposition ne lie ni l'assuré ni l'assureur. En droit français, l'article 112-2 du *Code des assurances* et en droit belge, l'article 4(1) de la loi de 1992 confirment expressément que la proposition ne lie ni son auteur ni son destinataire⁵⁰.

Dans la plupart des pays étudiés, la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à ce sujet, la principale manifestation de ce principe étant la possibilité de libre révocation de la proposition⁵¹. De plus, il est souvent prévu, sur la proposition même, que le document ne lie ni l'assureur ni l'assuré⁵².

Par ailleurs, deux pays se distinguent sur ce point. L'article 185 du Code civil grec, prévoyant que l'offrant doit maintenir son offre tant que l'autre « peut procéder à son acceptation », s'applique en droit des assurances et implique que la proposition lie le preneur⁵³. En Suisse, l'article 1 de la *Loi fédérale sur les assurances de 1908* énonce que la proposition d'assurance constitue l'offre de contrat et lie son auteur pour une période de 14 jours ou de quatre

⁵⁰ Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 20, p. 161; Nicolas JACOB, *Les assurances*, Paris, Dalloz, 1974, p. 35; M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, note 4, p. 78; GRUN et JOLIAT, *op. cit.*, note 20, p. 154; C.A. Angers 1^{re} ch. 27 fév. 1967. G.P. 1967. 257; Cass. civ. 1^{re} ch. 14 juin 1977. G.P. éd. gén. IV 208; Cass. civ. 1^{re} ch. 14 juin 1977, (1978) 49 *R.G.A.T.* 217; Trib. civil de Nantes. 25 juin 1946, (1947) 18 *R.G.A.T.* 158.

⁵¹ C. BROWN et J. MENEZES, *op. cit.*, note 20, p. 109; Roger BOUT, *Le contrat d'assurance en droit comparé et québécois*, Montréal, Université McGill, 1988, p. 19; G.J. COUCH, *op. cit.*, note 20, p. 7 :6; Jean ERNAULT, *Le droit de l'assurance-vie : Contrats individuels*, Bruxelles, Bruylant, 1987, n° 104, p. 115; F.J. LAVERTY, *op. cit.*, note 10, p. 41; Lucien SICOT et Henri MARGEAT, *Précis de la loi sur le contrat d'assurance*, Paris, L.G.D.J., 1962, art. 7; Louis BAUDOUIN, *Assurances terrestres*, Montréal, Éditions Scientifiques, 1960, n° 100; *Mutual Life Ass. Co. of Canada c. Adamson*, (1927) 43 B.R. 29; *Simard c. Duchow*, (1917) 23 R.L.n.s. 180 (C. de Rév.); *Johnson c. G.&G. Flewwelling Manufacturing Co.*, (1902-04) 36 N.B.R. 397 (C.S.N.-B.); *Henderson c. State Life Insurance Co.*, (1905) 9 O.L.R. 540 (C.A.); *Reynolds c. Guarantee Reserve Life Ins. Co.* (1976) 358 NE (2d) 940 (C.A. Illinois).

⁵² C'est du moins ce que l'on retrouve dans la plupart des propositions écrites usuellement utilisées sur le marché.

⁵³ S. BAKAS-TSIRIMONAKI, *loc. cit.*, note 23, 74 (à la note 11).

semaines s'il y a exigence d'un examen médical⁵⁴. Il est par ailleurs prévu, à l'article 3, que le formulaire de la proposition remis au preneur par l'assureur doit comporter toutes les conditions du contrat, à défaut de quoi, le preneur n'est pas lié par sa proposition⁵⁵.

Que signifie l'expression « ne lie ni l'assuré ni l'assureur »? Est-elle exclusivement relative à la possibilité pour son auteur de révoquer librement la proposition? En ce cas, ce principe n'est pas contraire au droit des obligations québécois et la proposition peut remplir le critère de fermeté nécessaire à la qualification d'offre puisque cette dernière, non assortie d'un délai, est librement révocable⁵⁶. Mais alors pourquoi ajouter qu'elle ne lie pas l'assureur, bénéficiaire de la proposition?

Cette expression cache, en fait, une réalité plus importante. Elle signifie que ce document n'est pas une manifestation *ferme* et claire de la volonté de son auteur de *se lier* en cas d'acceptation de celle-ci par le bénéficiaire. Elle signifie plus que le simple refus de lier le proposant dans le temps, elle exprime plutôt l'idée qu'aucune des parties ne veut, à ce stade, s'engager à contracter. La proposition est considérée comme une simple demande d'information de chacune des parties pour qu'elles puissent décider ensuite si elles feront ou non une offre.

Ce manque de fermeté, illustré par cette expression de style, se retrouve également dans l'état d'esprit du preneur lorsqu'il « rédige » ou exprime verbalement sa proposition. Il n'est alors aucunement conscient qu'il fait ainsi une offre de contracter, conscience qui est cependant une condition à l'existence de toute

⁵⁴ Ou pour la période prévue dans la proposition si elle est plus courte que celle de la loi. On peut consulter cette loi sur Internet à l'adresse suivante : www.admin.ch/ch/f/rs/rs.html. Le numéro de la loi est le 221.229.1

⁵⁵ Et par conséquent, n'est pas l'offre de contrat, la précision n'étant pas suffisante.

⁵⁶ Art. 1390 C.c.Q.; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 49, p. 83 et suiv. Il en va de même pour la majorité des pays à l'exception de la France où, malgré le principe de libre révocabilité, l'offre non assortie d'un délai ne peut être retirée qu'après l'expiration d'un délai raisonnable. J. GHESTIN, *op. cit.*, note 16, p. 271.

offre⁵⁷. Il ne fait pas une proposition dans le but de donner un « ultimatum » à l'assureur ou de préfigurer un contrat selon ses intentions. Il ne sait pas ou ne désire pas nécessairement, en faisant cette proposition, être à la merci d'une acceptation de l'assureur qui, cette fois-là, pourrait le lier automatiquement, surtout que, bien souvent, il ne connaît pas la prime. Un auteur a même affirmé que le proposant n'est souvent pas même en mesure de comprendre le contenu de la proposition⁵⁸. Le fait que le preneur ne comprenne pas le sens de son geste ou les implications de celui-ci ne permet donc pas de considérer qu'il a fait une offre.

La situation factuelle nous fait tendre à la même conclusion. Bien souvent, la proposition ne se résume qu'à quelques mots échangés au téléphone. Le preneur explique ses besoins, demande le prix de la prime, contacte plusieurs assureurs et fait ensuite son choix. Ce type de proposition n'a aucune caractéristique de fermeté ni de volonté de contracter. Elle constitue plutôt une démarche du preneur pour recevoir l'offre ou un aperçu de l'offre de la part de l'assureur. Elle reste une simple demande de renseignements, un magasinage d'assurance⁵⁹.

L'affaire *Gérard Parizeau ltée c. Lemyre* illustre ce constat de façon assez éclatante⁶⁰. Un assuré, désirant renouveler son assurance, contacte l'assureur avec qui il fait affaires pour s'informer de la prime qu'il devra déboursier. L'agent lui répond qu'il doit pour ce faire remplir une proposition qui, dit-il, ne l'engage à rien. Suite à cette proposition, l'assureur accepte le

⁵⁷ J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 15, p. 27; B.P.A. DAVIES, *op. cit.*, note 20, p. 5 (qui précise que la proposition ne sera une offre que si le preneur a l'intention d'être lié par l'acceptation de l'assureur).

⁵⁸ Louis-Philippe PIGEON, « L'agent d'assurance mandataire de l'assureur », (1959) 19 *R. du B.* 390, 392. Repris dans *Lemieux c. Dessureault*, [1969] C.S. 383, 385. S'il peut effectivement arriver que le « proposant » ne puisse comprendre le contenu de la proposition, il arrive fréquemment qu'il ne le connaît pas. Ainsi, dans l'affaire *Savard c. Cie d'assurance Prudentielle d'Amérique*, J.E. 96-1671 (C.S.), l'assuré n'avait pas lu la proposition et n'en connaissait donc pas le contenu.

⁵⁹ GRUN et JOLIAT, *op. cit.*, note 20, p. 154; N. JACOB, *op. cit.*, note 50, p. 35; Luc PLAMONDON, « Life Insurance in Québec since 1976 : Some Point of Interest », (1978) *Mer. Mem. Lect.* 69, 79, utilise l'expression « *order form for a product* ».

⁶⁰ Précité, note 40.

risque et communique la prime. Le preneur décide de refuser le contrat. L'assureur, plaidant l'article 2476 C.c.B.C., argumente que le contrat s'est formé suite à son acceptation de la proposition. Dans sa décision, la Cour du Québec, au lieu de rejeter la demande de l'assureur pour absence d'offre (la volonté du preneur n'étant manifestement pas présente – pas plus d'ailleurs que le caractère précis de l'offre), motive sa décision en reconnaissant qu'il y avait effectivement une offre de la part du preneur, mais que cette offre ne le liait pas, pas plus que l'assureur. Le preneur pouvait, par conséquent, refuser l'acceptation de ce dernier⁶¹.

Ce raisonnement va à l'encontre même de la notion d'offre⁶². L'article 1388 C.c.Q. prévoit que l'auteur d'une offre doit avoir l'intention de se lier par l'acceptation de celle-ci. Lorsque cette intention est absente, comme c'est clairement le cas ici, la manifestation de volonté ne peut être considérée comme une offre. De plus, dans la présente situation, « l'offre » n'était pas complète puisque la prime n'était ni déterminée ni déterminable. Ce jugement illustre bien comment d'un simple principe, l'assimilation de la proposition à l'offre a été érigée en dogme inutile et encombrant. Le même résultat aurait été atteint en l'espèce en mettant à part la fiction et en conciliant théorie juridique et pragmatisme judiciaire : puisqu'il n'y avait pas d'offre, il ne pouvait y avoir contrat.

Il arrive cependant, dans certains cas, que la proposition émane d'une volonté ferme. Tel est le cas lorsque le preneur remplit une proposition écrite et exprime une volonté d'être lié par l'acceptation de l'assureur. Les risques importants ainsi que les relations commerciales sont particulièrement propices à de telles situations. Dans ces cas, et sous réserve de la précision du contenu, la proposition constitue alors une offre véritable.

Étant donné que la proposition ne présente *habituellement* pas les critères de l'offre, voyons maintenant si, au regard des

⁶¹ *Id.*, 1021.

⁶² Et va également à l'encontre de l'article 2398 C.c.Q. qui prévoit que le contrat est formé dès que l'assureur accepte la proposition, sans nécessité d'un « second » consentement du preneur.

caractéristiques du contrat d'assurance, un rapprochement est possible entre les deux notions ou si ces caractéristiques plaident plutôt pour une dissociation de celles-ci.

2. Conditions quant aux caractéristiques du contrat d'assurance

Le contrat d'assurance ayant généralement une saveur *intuitu personae*, l'assureur ne peut pas être en état d'*offre permanente*. Il devient un offrant seulement lorsqu'il a reçu les informations nécessaires à son consentement, c'est-à-dire la déclaration initiale de risque incluse dans la proposition. C'est donc, le plus souvent, au moment de la remise de la police que l'assureur devient l'offrant (a). D'autre part, ce contrat étant d'adhésion, le preneur ne peut pas être l'offrant du « contrat-contenu », mais peut être celui du « contrat-institution », par le biais de l'article 1389 C.c.Q. (b).

a. Le contrat d'assurance et la caractéristique de l'intuitu personae

Un contrat est *intuitu personae* lorsque « la considération de la personne avec laquelle on contracte, constitue un élément essentiel de l'engagement »⁶³. Le sont, par exemple, le contrat de mandat et plus généralement, les contrats à titre gratuit.

Si le contrat d'assurance n'est pas reconnu comme un contrat *intuitu personae*, on peut cependant difficilement lui exclure complètement cette caractéristique⁶⁴.

En effet, si le choix d'un assureur n'est généralement pas influencé par la « personnalité » même de celui-ci, le contraire n'est pas nécessairement vrai. L'assureur n'acceptera pas de contracter sans avoir obtenu des détails sur la personne de l'éventuel assuré. Cette nécessité s'explique par l'importance pour l'assureur de connaître

⁶³ J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 16, p. 60.

⁶⁴ Georges BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1976, p. 49; Louis-Philippe PIGEON, *Droit des assurances : notes de cours*, Université de Montréal, 1954, p. 21; H. GROUDEL, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Assurances terrestres*, n° 63.

les risques qu'il assume et s'illustre juridiquement par la déclaration initiale de risque.

Cette réalité a pour conséquence que l'assureur ne peut généralement pas être en situation d'offre permanente⁶⁵, contrairement au commerçant qui, en exposant un produit en vitrine, implique qu'il désire vendre à qui exprimera le souhait de l'acheter aux conditions exposées. L'assureur peut annoncer son produit et inviter les éventuels clients à le demander, mais ce comportement ne peut pas être considéré comme une offre, l'assureur se laissant la discrétion d'accepter ou de refuser les répondants ou encore de modifier certaines conditions du contrat (telle la prime) en fonction de leurs caractéristiques propres (âge, santé, réclamations précédentes, etc.). Il y a alors une réserve d'*intuitu personae* qui élimine la fermeté nécessaire à l'offre. Il existe bien sûr certaines situations où l'assureur renonce à toute déclaration initiale de risque, par exemple, dans le cas des assurances-voyage. La circulaire de l'assureur est alors considérée comme étant l'offre de contracter⁶⁶. Or, la doctrine semble faire de ce type particulier d'assurance le seul cas où l'assureur est l'offrant. On semble alors tenir pour acquis que l'assureur, pour être l'offrant, doit l'être en permanence. Cela ne nous semble pas s'imposer. Tout en ne pouvant généralement pas être en situation d'offre permanente, l'assureur pourra très bien devenir l'offrant une fois qu'il aura été informé du risque soumis.

⁶⁵ *Contra* : M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, note 4, p. 78; J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 15, p. 53.

⁶⁶ Voir entre autres D. LLUELLES, *op. cit.*, note 7, p. 39; J.-G. BERGERON, *op. cit.*, note 14, p. 35 (note 33); *Continental Casualty Co. c. Chartré*, [1954] B.R. 635; *Fritz c. Old American Ins. Co.*, (1973) 354 F. Supp. 514; *Klos c. Mobil Oil Co.*, (1969) 259 A. 2d 889 (C.S. New-Jersey); *Riordan c. Automobile Club of New York*, (1979) 422 NY Suppl. 2d 811 (C.S. N.Y.); *Miller c. Insurance Co. of North America*, (1971) 180 SE 2d 274.

b. Le contrat d'assurance est un contrat d'adhésion

Malgré ce caractère personnalisé⁶⁷, le contrat d'assurance est généralement reconnu comme étant un contrat d'adhésion, voire même l'illustration par excellence de ce type de contrat⁶⁸.

Le *Code civil du Québec*, à l'article 1379, définit le contrat d'adhésion comme étant celui dont « les stipulations essentielles [...] ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées ».

Le critère essentiel réside donc dans l'impossibilité pour l'adhérent (ici le preneur) de négocier les clauses essentielles du contrat. Quoique la définition du contrat d'adhésion soit loin de faire consensus, ce critère est le dénominateur commun des définitions existantes⁶⁹. Il est en fait l'essence même de la notion de contrat d'adhésion.

Dans le cas du contrat d'assurance, l'assureur est le stipulant et le preneur, l'adhérent. Or, si l'on considère que la proposition d'assurance est une offre, c'est l'adhérent (le preneur) qui devient l'offrant. Ceci peut paraître entrer en contradiction avec l'article 1379 C.c.Q., aux termes duquel l'adhérent est celui qui est dans l'impossibilité de négocier les clauses essentielles. Il ne peut pas

⁶⁷ Voir l'intéressant passage sur l'*intuitu personae* et le contrat d'adhésion dans G. BERLIOZ, *op. cit.*, note 64, p. 49.

⁶⁸ D. LLUELLES, *op. cit.*, note 7, p. 29 et suiv.; Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 20, pp. 158 et 159; M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, note 4, p. 68; Alain GOURD, « Le droit des assurances et la protection du consommateur », (1972) 32 *R. du B.* 527, 529; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 49, n° 22, p. 49; *Michaud c. Société mutuelle d'assurance générale du Comté de Rivière-du-Loup*, [1997] R.R.A. 629 (P.C.); *Wofford c. Boréal Insurance Inc.*, [1995] R.R.A. 811 (P.C.); *Zurich du Canada Cie d'assurance-vie c. Davies*, [1981] 2 R.C.S. 670. Seront par ailleurs négociés les contrats impliquant des risques importants : Christianne DUBREUIL, « Le droit des assurances dans le *Code civil du Québec* : pas de réforme mais des ajustements », (1992) 14 *R.P.F.S.* 395, 399. Des auteurs soutiennent que le contrat d'assurance ne serait pas nécessairement un contrat d'adhésion au sens du *Code civil du Québec* puisque le contenu du contrat est imposé par le législateur tant à l'assuré qu'à l'assureur : Odette JOBIN-LABERGE et Luc PLAMONDON, « Les assurances et les rentes », dans *La réforme du Code civil*, t. 2, « Obligations, contrats nommés », Québec, P.U.L., 1993, p. 1093, à la page 1100.

⁶⁹ Voir notre recension d'une quarantaine de définitions : Benoît MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 177, 204.

être à la fois celui qui offre ces clauses à son cocontractant et celui qui se les voit imposer! La fiction semble dépasser la réalité.

Le conflit paraît alors inconciliable et, *a priori*, une réalité doit s'abaisser devant l'autre. Ou le contrat d'assurance est considéré comme un contrat d'adhésion, auquel cas le preneur ne peut pas tenir le rôle d'offrant, ou on le définit autrement, ce qui ne semble pas devoir être. C'est donc au rôle d'offrant du preneur qu'il faut s'en prendre.

Mais, certaines situations peuvent laisser subsister conjointement ces deux réalités. En effet, si le preneur-adhérent ne peut invoquer au moment de la proposition le statut d'offrant, il le pourra plus tard dans la relation contractuelle, grâce à l'article 1389 C.c.Q. (i). Force est de reconnaître également qu'il le pourra, si le législateur lui donne ce statut (ii).

i. L'offrant au sens de l'article 1389 C.c.Q.

L'identité de l'auteur de l'offre n'est pas une caractéristique déterminante de celle-ci; l'offre n'étant pas nécessairement la première manifestation visant la formation du contrat, l'offrant n'est pas nécessairement l'instigateur de la relation contractuelle⁷⁰. Il en est ainsi dans la situation dite « d'appel d'offres », où le soumissionnaire qui répond à celle-ci devient en définitive l'offrant; ou encore lorsque le contrat est conclu suite à une contre-offre du bénéficiaire initial. Il arrive souvent, par conséquent, que « l'offrant du contrat-institution » – celui qui sera, en bout de ligne, considéré l'offrant aux termes de l'article 1389 C.c.Q. – ne soit pas le même que « l'offrant du contrat-contenu » – celui qui aura déterminé le contenu du contrat, ou la majorité de celui-ci. Trois possibilités sont prévues par le Code civil aux termes de l'article 1389 : l'offrant peut être l'initiateur du contrat, celui qui en a déterminé le contenu ou, dans certains cas, celui qui présente le dernier élément essentiel du contrat projeté.

Appliqué au contrat d'assurance, l'initiateur du contrat est indifféremment l'assuré ou l'assureur, dépendant lequel des deux a

⁷⁰ J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 15, p. 16; J. SCHMIDT, *op. cit.*, note 27, p. 51.

approché l'autre. En pratique, les deux situations peuvent se produire. Ce critère n'est de toute façon pas utile à nos fins et nous nous interrogeons d'ailleurs sur les cas où il peut trouver application. La personne qui débute la relation contractuelle est l'offrant si l'autre partie n'a pas rédigé le contrat ou n'a pas présenté le dernier élément essentiel au contrat. Par conséquent, l'initiateur du contrat est l'offrant s'il a lui-même rédigé l'offre ou a proposé le dernier élément essentiel.

Les critères de l'article 1389 C.c.Q. doivent donc être hiérarchisés. Le critère le plus immédiat du moment de la formation du contrat est celui qui détermine finalement l'identité de l'offrant. L'offrant est alors susceptible de changer tant que dure la relation pré-contractuelle. Ainsi, si A initie le contrat et rédige l'offre, il est l'offrant jusqu'au jour où B ajoute un élément essentiel au contrat. Si A accepte cet élément, B devient alors l'offrant du « contrat-institution » sans avoir été l'offrant du « contrat-contenu ». Est donc considérée comme le véritable offrant la personne qui exprime la dernière contre-offre acceptée sans autre forme⁷¹.

Appliqué au contrat d'assurance, le preneur, même s'il est l'initiateur de la relation, n'est l'offrant que dans l'hypothèse où il a rédigé l'offre ou y a ajouté le dernier élément essentiel. La première situation, nous l'avons vu, étant rare⁷², la seconde pourra être plus fréquente. Ainsi, lorsque suite à l'offre de l'assureur – rédacteur de la police –, le preneur demande une modification à un élément essentiel – l'indemnité ou la prime – et que l'assureur accepte, le preneur devient finalement l'offrant.

Il est par conséquent possible que l'adhérent à un contrat d'adhésion soit également, en fin de compte, l'offrant du « contrat-institution »⁷³. Mais l'adhérent ne deviendra jamais l'offrant en tant

⁷¹ J. SCHMIDT, *op. cit.*, note 27, p. 51; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 16, p. 267.

⁷² Rappelons que le véritable rédacteur de la proposition est l'assureur. Le preneur ne fait que répondre aux questions et établir ses besoins d'assurances. Cela ne constitue pas une offre. C'est la même situation, par exemple, que celle du consommateur qui choisit la couleur, la taille et les autres caractéristiques d'un vêtement. Il ne devient pas pour autant l'offrant de ce contrat de vente. Il ne fait que choisir entre les produits qu'on lui offre, celui qui répond à ses besoins.

⁷³ J. GHESTIN, *op. cit.*, note 16, p. 267.

que rédacteur initial de « l'offre-contenu », puisque dans ce cas, il n'y a plus de contrat d'adhésion.

Néanmoins, les cas où l'adhérent est l'offrant demeurent rares; le contrat d'adhésion nécessitant l'impossibilité de négociation, il est exceptionnel que l'adhérent puisse demander une modification au contrat, tout en ne faisant pas modifier la nature de celui-ci en un contrat de gré à gré⁷⁴.

Aux termes des trois critères de l'article 1389 C.c.Q., il s'avère plutôt exceptionnel que le preneur soit l'offrant en matière de contrat d'assurance. Les seuls cas sont ceux où il aura fait une offre précise et ferme, acceptée sans modification par l'assureur (cas très rare) ou encore où il a proposé la dernière modification essentielle au contrat. Il faut cependant ajouter à cette règle générale une autre façon de déterminer l'offrant d'un contrat : la loi.

ii. L'offrant désigné par le législateur

Le législateur peut déterminer celui qui est, dans une relation contractuelle donnée, en situation d'offre et celui qui est en situation d'acceptation⁷⁵. Au Québec, il a été décidé que, dans le cas du mandat, le mandant⁷⁶ est l'offrant. En France, c'est également le cas pour les contrats de mandat et de donation : le mandant⁷⁷ et le donateur⁷⁸ sont les offrants.

De même, en matière de contrat de crédit à la consommation, le législateur français a adopté, à la fin des années 1970, une loi concernant les prêts pour les meubles⁷⁹ et une loi concernant les

⁷⁴ *Id.*, p. 268. Cela demeure par ailleurs possible dans le cas où, par exemple, l'adhérent fait modifier le délai de livraison, élément tenu pour essentiel, ou, dans le cas de l'assurance, fait modifier l'indemnité (quoique l'on puisse penser que dans ce cas l'assureur modifierait la prime, redevenant ainsi l'offrant). Ces changements, s'ils sont isolés, pourraient ne pas rendre le contrat, contrat de gré à gré.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ Art. 2130 et 2132 C.c.Q.

⁷⁷ Art. 1984 C.c.fr.

⁷⁸ Art. 894 C.c.fr.

⁷⁹ Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit. Voir le

prêts pour les immeubles⁸⁰. Ces deux lois implantent des systèmes distincts, mais reconnaissent toutes deux le rôle d'offrant au prêteur.

Ces systèmes, qui ont paradoxalement pour effet d'imposer la forme de contrat d'adhésion⁸¹, ont comme objectif la protection de l'emprunteur, en l'empêchant de s'engager de façon irréfléchie et en lui donnant la possibilité de choisir entre plusieurs offres⁸².

Toutefois, ces systèmes ont été critiqués sur deux fronts. Le premier est que ces lois opèrent un renversement des rôles contractuels⁸³. Le second est que le législateur impose ainsi un carcan qui n'est pas toujours conforme à la réalité en faisant toujours du prêteur, l'offrant⁸⁴.

Nous ne partageons pas, à l'instar de certains auteurs⁸⁵, la première critique. La démarche initiale de l'emprunteur ne constitue pas une offre de contracter parce qu'elle n'est ni précise ni ferme. Elle est plutôt un appel d'offres. L'emprunteur contacte plusieurs prêteurs potentiels pour leur présenter sa situation financière afin de savoir s'ils accepteront le prêt et à quel prix. C'est alors le prêteur qui fait

commentaire de Jean CALAIS-AULOY et Louis BIHL, « La loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 protégeant les consommateurs contre les dangers du crédit », J.C.P. éd. comm. 1978. 7245 (voir maintenant art. L-311-8 et suiv. du Code de la consommation).

80 Loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier (maintenant art. L.312-7 et suiv. Code de la consommation). Voir le commentaire de Jean CALAIS-AULOY et Louis BIHL, « La loi du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier », J.C.P. éd. comm. 1980. 1. 9045.

81 Georges ROUHETTE, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », dans *Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 247, à la page 261.

82 Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Cours de droit civil – Les contrats spéciaux*, Paris, Cujas, 1986, p. 398.

83 Christian GAVALDA, « L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit », D. 1978. 1. chron. 36, n° 17; P. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, note 82, p. 398.

84 Bruno PETIT, « La formation successive du contrat de crédit », dans Ibrahim FADLALLAH (dir.), *Le droit du crédit au consommateur*, Paris, Litec, 1982, p. 93, à la page 100.

85 Nicole CHARDIN, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 124; G. ROUHETTE, *loc. cit.*, note 81, 261 (à la note 81).

l'offre⁸⁶ en présentant à l'emprunteur les conditions qu'il impose, particulièrement le taux d'intérêt.

La seconde critique, par contre, nous semble bien fondée. Tout comme en matière d'assurance, il est possible que l'emprunteur soit en situation d'offre. Il appert alors que le législateur transforme en vérité absolue une réalité relative. Ce transfert s'explique toutefois par la nécessité de protection du consommateur. Cette protection passe par une information accrue et une période de réflexion imposée. À ce titre, ce système est défendable.

Dans le cas du contrat d'assurance, il est difficile de voir en quoi ce même glissement est source de protection pour l'assuré outre, bien sûr, le fait d'accélérer la formation de l'engagement et donc de la couverture d'assurance. Au contraire, le système codifié aux articles 2398 et 2400 C.c.Q. ne sert ni l'une ni l'autre des parties et crée un climat d'incertitude quant au contenu contractuel. Il aurait été plutôt préférable d'appliquer le droit commun au contrat d'assurance et de faire de la proposition, en principe, un appel d'offres et de la police, l'offre. Le contrat se formerait alors au moment de l'acceptation de la police par le preneur. Un délai de réflexion aurait pu être imposé tout en prévoyant, dans les cas le nécessitant, l'existence d'une note de couverture temporaire, comme c'est actuellement la pratique en assurance-vie. Ce système aurait permis d'éviter de nombreux problèmes⁸⁷ et d'effectuer un rapprochement entre le droit commun des obligations et le droit des assurances⁸⁸.

Il apparaît alors que tant les critères d'existence de l'offre que les caractéristiques du contrat d'assurance plaident contre la qualification, en principe, de la proposition comme l'offre d'assurance. Malgré ce constat de non-conformité quant au droit

⁸⁶ B. PETIT, *loc. cit.*, note 84, 105.

⁸⁷ Particulièrement celui des divergences que nous étudierons dans la seconde partie.

⁸⁸ Voir à propos de l'éloignement entre la législation concernant les contrats nommés et la théorie générale des obligations ainsi que sur la marginalisation de cette dernière : Jean-Guy BELLEY, « La théorie générale des contrats : Pour sortir du dogmatisme », (1985) 26 *C. de D.* 1045.

commun des obligations, la doctrine⁸⁹, la jurisprudence⁹⁰ et le législateur⁹¹ reconnaissent cependant à la proposition ce statut, sacrifiant ainsi la réalité théorique à la réalité de la pratique. Ainsi, le *Code civil du Bas Canada* et maintenant le *Code civil du Québec* semblent reconnaître cette caractéristique à la proposition, en prévoyant que le contrat est conclu « dès que l'assureur accepte la proposition du preneur »⁹². L'article 2398 C.c.Q. est d'ordre public relatif⁹³. Dans la mesure où il n'est pas désavantageux pour l'assuré de ne pas considérer la proposition comme une offre – c'est un fait neutre –⁹⁴, il n'est pas impossible de renverser le principe du Code. La doctrine, s'inspirant du seul exemple québécois à ce sujet, l'affaire *Continental Casualty Co.*⁹⁵, cite le cas de l'assurance-voyage offerte dans les aéroports ou dans les agences de voyage⁹⁶ comme seule situation où l'assureur est l'offrant. Cette décision s'appuie sur le fait que dans ce type d'assurance, la personnalité du client n'importe pas et que le contrat d'assurance est prévu *non varietur* avant même le début des

⁸⁹ D. LLUELLES, *op. cit.*, note 7, p. 39; J.-G. BERGERON, *op. cit.*, note 11, p. 71; Suzanne HARDY-LEMIEUX et Alain ROCH, *L'assurance de personne au Québec*, Farnham, Publications C.C.H./F.M., 1989, p. 20-030; David NORWOOD et John P. WEIR, *Life Insurance in Canada*, Toronto, Carswell, 1993, p. 78.

⁹⁰ Voir entre autres *Doyon c. Prévoyants du Canada*, [1974] C.S. 119 confirmé par [1976] C.A. 7; *Bleau c. Cie d'assurances Halifax*, [1983] C.P. 177; *Hunter Mailer c. Industrial Life Ins. Co.*, [1974] C.S. 425; *Gérard Parizeau Ltée c. Lemyre*, précité, note 40; *Mutual Life Ass. Co. of Canada c. Adamson*, précité, note 51; *Groupe de commerce, Cie d'assurances c. Service d'entretien Ribo Inc.*, précité, note 8, 962; *Pierre-Louis c. L'Industrielle-Alliance Cie d'assurances sur la vie*, [1996] R.R.A. 305; *Faubert c. L'Industrielle Cie d'assurances sur la vie*, [1987] R.J.Q. 973, 976 (C.A.).

⁹¹ Art. 2398 C.c.Q.

⁹² Art. 2476 C.c.B.C.; 2398 C.c.Q. Voir également l'ancien article 2481 C.c.B.C. qui semblait aussi retenir cette solution.

⁹³ Art. 2414 C.c.Q. Cela signifie que les parties ne peuvent déroger à la disposition que si cette dérogation est en faveur de l'assuré. L'article 2476 C.c.B.C. n'était pas, lui, d'ordre public (art. 2500 C.c.B.C.); Claude BELLEAU, « Réflexions sur les origines et l'interprétation de certains articles du Code civil en matière d'assurances », (1987) 21 *R.J.T.* 213, 229.

⁹⁴ C'est la qualification de la proposition comme étant l'offre qui est neutre. Ne le sera pas la clause qui, dans la proposition, retarde la formation du contrat à un moment postérieur à la rencontre des volontés.

⁹⁵ *Continental Casualty Co. c. Chartré*, précité, note 66.

⁹⁶ J.-G. BERGERON, *op. cit.*, note 11, p. 207; D. LLUELLES, *op. cit.*, note 7, p. 39.

relations contractuelles. Le risque étant toujours le même, la prime peut alors être fixée à l'avance. La police, premier et souvent seul document contractuel, est acceptée par le preneur. Le scénario contractuel devient ainsi fort simple : la police est l'offre et l'assureur l'offrant en permanence.

Une majorité de systèmes juridiques, tant de droit civil que de common law, reconnaissent que la proposition d'assurance est une offre d'assurance. Ainsi, en France⁹⁷, en Angleterre⁹⁸, au Canada anglais⁹⁹, en Suisse¹⁰⁰, aux États-Unis¹⁰¹ et en Grèce¹⁰², ce principe est reconnu, quoique généralement de façon moins absolue qu'au Québec. La plupart de ces pays admettent également que l'assureur peut être l'offrant lorsqu'il envoie à l'assuré un document présentant toutes les clauses contractuelles et ne se laisse pas le pouvoir de refuser certains clients potentiels¹⁰³.

⁹⁷ Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 20, p.161; M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, note 4, p. 77 et suiv.; Robert BEUDANT et Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, 2^e éd., t. 12 bis, « Contrats civils divers », Paris, Arthur Rousseau, 1953, p. 153; Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., t. 11, « Contrats civils », 2^e partie, Paris, L.G.D.J., 1954, p. 645; Cass. civ. 1^{re} ch. 14 juin 1977, précité, note 50.

⁹⁸ J. BIRDS, *op. cit.*, note 20, p. 53 (la proposition, quoiqu'elle le soit en principe, n'est pas toujours l'offre); B.P.A. DAVIES, *op. cit.*, note 20, p. 5 (la proposition peut être une offre si l'intention du preneur est claire à ce sujet); *Canning c. Farguhar*, (1885-86) 16 Q.B.D. 727 (A.C.); *Rust c. Abbey Life Ass.*, [1979] 2 Lloyd's Rep. 334 (C.A.).

⁹⁹ C. BROWN et J. MENEZES, *op. cit.*, note 20, p. 109; *Armstrong c. The Provident Savings Life Ass. So.*, (1901) 2 O.L.R. 771 (C.A.); *Johnson c. G.&G. Flewwelling Manufacturing Co.*, précité, note 51; *Morin c. Royal Insurance Co. of Canada*, [1995] 8 W.W.R. 732, 741 (Sask.Q.B.).

¹⁰⁰ Daniel GUGGENHEIM, *Le droit suisse des contrats, La conclusion des contrats*, Genève, Georg, 1991, p. 104; R. BREHM, *op. cit.*, note 44, p. 31.

¹⁰¹ G.J. COUCH, *op. cit.*, note 20, p. 2 :13 (l'offre peut être issue tant du preneur que de l'assureur); J.A. APPLEMAN et J. APPLEMAN, *op. cit.*, note 20, p. 7121; R.E. KEETON, *op. cit.*, note 10, p. 59; *Atkinson c. American Agency Life Ins. Co.*, (1983) 299 SE 2d 600; *Krause c. Washington National Ins. Co.*, (1970) 468 P 2d 513; *Reynolds c. Guarantee Reserve Life Ins. Co.*, précité, note 51; *American Casualty & Life Ins. Co. c. Parish*, (1962) 355 SW 2d 781; *Brachett c. Universal Life Ins. Co.*, (1972) 488 SW 2d 584.

¹⁰² S. BAKAS-TSIRIMONAKI, *loc. cit.*, note 23, 74.

¹⁰³ *Cook c. Michigan Mutual Liability Co.*, (1972) 289 NE 2d 754 (C.A. Indiana, 3^e circuit); *Fritz c. Old American Ins. Co.*, précité, note 66; *Klos c. Mobil Oil Co.*, précité, note 66; *Miller c. Insurance Co. of North America*, précité, note 66; *Riordan c. Automobile Club of New York*, précité, note 66. Comme nous le constatons, les cas sont beaucoup plus nombreux aux États-Unis. Les tribunaux américains utilisent la théorie de l'attente raisonnable (« *reasonable*

En Belgique, le droit commun des obligations reçoit une application plus rigoureuse. La proposition est reconnue comme une offre seulement si elle remplit toutes les conditions de l'offre. Or, puisque la proposition ne rencontre généralement pas ces conditions, le principe appliqué dans ce système est l'inverse du nôtre. La proposition est présumée être un simple appel d'offres et c'est la police, premier document contractuel précis et ferme, qui est l'offre¹⁰⁴.

Cette position jurisprudentielle et doctrinale a été reprise dans la nouvelle loi sur les assurances du 25 juin 1992¹⁰⁵. Ainsi, l'article 1(1) de cette loi définit la proposition d'assurance comme : « un formulaire émanant de l'assureur, à remplir par le preneur, et destiné à éclairer l'assureur sur la nature de l'opération et sur les faits et circonstances qui constituent pour lui des éléments d'appréciation du risque ».

L'article 4, concernant la formation du contrat, prévoit quant à lui :

1. La proposition d'assurance n'engage ni le candidat preneur d'assurance ni l'assureur à conclure le contrat. Si dans les trente jours de la réception de la proposition, l'assureur n'a pas notifié au candidat preneur, soit une offre d'assurance, soit la subordination de

expectation ») pour justifier la solution. Ils motivent que le preneur, recevant un document très complet de l'assureur, s'attend, en le renvoyant, à ce que le contrat d'assurance soit conclu sans autres modalités. Ce document devient par conséquent une offre de contracter. Voir G.J. COUCH, *op. cit.*, note 20, p. 2 :13, 7 :1.

¹⁰⁴ René CARTON de TOURNAI et P. VAN DER MEERSCH, *Précis des assurances terrestres en droit belge*, t. 1, « contrat en général », Bruxelles, Émile Bruylant, 1970, n^{os} 58 et suiv.; J. ERNAULT, *op. cit.*, note 51, n^o 108, p. 119; Raymond FEYARTS et Jean ERNAULT, *Les nouvelles - Droit Commercial*, t. 5, « Les assurances », vol. 1, Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier, 1966, p. 102; Pierre LIBERT, *Droit et technique des assurances*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 18; F. MONETTE, A. De VILLÉ et R. ANDRÉ, *op. cit.*, note 1, p. 324; Tribunal civil de Verviers 29 nov. 1938. *Bulletin des Assurances* p. 581 (la proposition n'est pas une offre car elle ne contient pas toutes les conditions du contrat); Bruxelles 12 nov. 1952, [1954] *Revue générale des assurances et des responsabilités* 5378 (même principe que la décision précédente); Bruxelles 14 mars 1956. *Bulletin des Assurances* p. 376 (la proposition sera une offre si elle est précise et ferme).

¹⁰⁵ *Loi sur le contrat d'assurance terrestre du 25 juin 1992*, le Moniteur Belge du 20 août 1992. Voir le commentaire de Marcel FONTAINE dans [1993] *R.G.A.T.* 729 et *Annales de droit de Louvain*, 1993, p. 363. Cette loi, fruit de multiples et long efforts (la loi précédente datait de 1874), devrait être une source d'inspiration et un modèle de législation récente et complète dans le domaine des assurances.

l'assurance à une demande d'enquête, soit le refus d'assurer, il s'oblige à conclure le contrat sous peine de dommages et intérêts. Ces dispositions, ainsi que la mention selon laquelle la signature de la proposition ne fait pas courir la couverture, doivent figurer expressément dans la proposition d'assurance.

2. *En cas de police présignée ou de demande d'assurance, le contrat est formé dès la signature de l'un de ces documents par le preneur d'assurance.*

Sauf convention contraire, la garantie prend cours le lendemain de la réception par l'assureur de la police présignée ou de la demande. L'assureur communiquera cette date au preneur d'assurance. Dans les deux cas, le preneur d'assurance doit, sauf pour les contrats d'une durée inférieure à trente jours, disposer de la faculté de résilier le contrat, avec effet immédiat au moment de la notification, pendant un délai de trente jours à compter de la réception, par l'assureur de la police présignée ou de la demande. De son côté, l'assureur peut, sauf pour les contrats d'une durée inférieure à trente jours, résilier le contrat dans les trente jours de la réception de la police présignée ou de la demande, la résiliation devenant effective huit jours après sa notification. Ces dispositions doivent expressément être mentionnées dans les conditions de la police présignée ou de la demande. La demande et la proposition doivent être signées séparément.

3. *Dès leur réception, l'assureur procédera au datage systématique des propositions d'assurance, des polices présignées et des demandes d'assurance.* (nos caractères gras).

À partir de ces dispositions nous pouvons constater que la police présignée est véritablement l'offre d'assurance. Elle est définie ainsi à l'article 1(m) :

une police d'assurance signée préalablement par l'assureur et contenant une offre de contracter aux conditions qui y sont décrites, éventuellement complétées par les spécifications que le preneur d'assurance mentionne aux endroits prévus à cet effet. (nos caractères gras).

Certains auteurs, critiquant la thèse qui fait de la proposition une offre, favorisent la solution belge¹⁰⁶. De même, une jurisprudence tant américaine que canadienne, spécialement en assurance-vie, reconnaît que la proposition n'est qu'une description du produit

¹⁰⁶ D. NORWOOD et J.P. WEIR, *op. cit.*, note 89, p. 79 (concernant l'assurance-vie); C.J. BERR et H. GROUDEL, *op. cit.*, note 23, p. 19; S. BAKAS-TSIRIMONAKI, *loc. cit.*, note 23, 74.

voulu et adopte cette solution¹⁰⁷. Au Québec cependant, la doctrine ignore le problème et fait pratiquement du principe général, un dogme qui ne reçoit que de très rares exceptions. Il semble même que l'on confonde proposition et offre pour n'en faire qu'une seule et même notion. On esquivé alors la dimension théorique de la notion d'offre et on évince la difficulté du non-respect de ses caractéristiques. Mais, nous le verrons, cette tentative n'est qu'illusion, car si l'on oublie certaines caractéristiques de l'offre à ce stade-ci, elles reviendront poser problème lors de la formation et de la détermination du contenu contractuel ... Mais avant, voyons si ce choix législatif ne contient pas également un effet pervers sur la qualification même de la proposition : Ne serait-elle pas devenue une promesse?

B. La proposition est-elle une promesse?

La promesse est un contrat préparatoire à celui ultimement envisagé¹⁰⁸. Elle peut exister pour tous les types d'ententes¹⁰⁹, mais elle est particulièrement fréquente en matière de vente et de louage¹¹⁰.

Si certains qualifient la promesse d'« avant-contrat », elle est également un contrat comme tout autre et reste soumise aux règles classiques de formation. Elle doit donc intervenir entre des parties

¹⁰⁷ Cass. civ. 1^{re} ch. 19 nov. 1985, précité, note 36; *Davidson c. Global General Ins. Co.*, précité, note 20; *De Mezey c. Milwaukee Mechanics' Ins. Co.*, [1945] 1 W.W.R. 644 (renouvellement de contrat); *Lukis Electric Motors c. Halifax Ins.*, [1954] 3 D.L.R. 442 (Man.Q.B.) (renouvellement de contrat); *Robinson c. London Life Ins. Co.*, (1918) 42 O.L.R. 527 (Div. Appel); *Cook c. Michigan Mutual Liability Co.*, précité, note 103; *Fritz c. Old American Ins. Co.*, précité, note 66; *Klos c. Mobil Oil Co.*, précité, note 66; *Miller c. Insurance Co. of North America*, précité, note 66; *Riordan c. Automobile Club of New York*, précité, note 66.

¹⁰⁸ Il existe d'autres types de contrats préparatoires (contrat cadre, contrat d'étude, etc.). Voir à ce sujet J. GHESTIN, *op. cit.*, note 16, p. 249 et suiv.; Jean-Marc MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Paris, Francis Lefebvre, 1988, p. 47 et suiv.

¹⁰⁹ Alex WEILL et François TERRÉ, *Droit civil – Les obligations*, 4^e éd., Paris, Dalloz, p. 107.

¹¹⁰ Yves DEMERS, *Les avants-contrats*, dans Chambre des notaires du Québec, *Répertoire de droit*, « vente », t. 1, Doctrine — Document 1, Montréal, 1981, n° 65, p. 17 (selon l'auteur, 60% des contrats de vente d'immeuble sont précédés d'une ou plusieurs promesses); Pierre-Gabriel JOBIN, *Traité de droit civil – Le louage des choses*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 160.

ayant la capacité de contracter et ayant échangé un consentement exempt de vice¹¹¹. Elle est faite entre un promettant, qui s'engage à ne pas contracter avec un tiers et un bénéficiaire qui doit réfléchir à l'option dont il bénéficie sans obligation de contracter¹¹². Elle peut être unilatérale ou réciproque. Elle existait dans le *Code civil du Bas Canada* sans y être cependant définie. Elle l'est maintenant par l'article 1396 C.c.Q.

La promesse doit, avant tout, constituer une offre; elle doit donc être précise et émaner d'une volonté réelle et ferme de contracter. Tout comme l'offre, elle peut être consentie avec ou sans délai¹¹³, mais, contrairement à cette dernière, elle doit nécessairement être adressée à une personne déterminée. Ce qui fait de la promesse une amorce contractuelle différente est qu'étant un contrat, elle doit nécessairement se fonder sur une double volonté.

La volonté du promettant porte sur deux réalités : d'abord, sur le contrat ultimement envisagé, en définissant le contenu de celui-ci, puis, sur le contrat de promesse, en s'engageant à ne pas passer le contrat avec un tiers¹¹⁴.

La volonté du destinataire, quant à elle, transforme l'offre en promesse et le rend bénéficiaire d'une option¹¹⁵. Il peut être, selon nous, dangereux et faux de transformer une offre en promesse par la seule manifestation de volonté du bénéficiaire. La promesse est un contrat autonome et distinct créant des obligations spécifiques et nécessite, par conséquent, que le consentement des deux parties porte véritablement sur la formation d'un tel contrat. L'offrant ne doit donc pas avoir la simple volonté de faire une offre, il doit vouloir s'engager dans un contrat de promesse. Cette intention doit être d'autant plus évidente dans le cas où l'offre n'est pas assortie

¹¹¹ Et ayant une cause et un objet : J. SCHMIDT, *op. cit.*, note 27, p. 268; A. WEILL et F. TERRÉ, *op. cit.*, note 109, p. 108.

¹¹² Cf. Jean PINEAU, « À la recherche d'une solution au problème de la promesse de vente », (1964-65) 67 *R. du N.* 387, 392.

¹¹³ L'article 1396 prévoit un délai raisonnable dans le cas où aucun délai n'est conventionnellement prévu. Y. DEMERS, *loc. cit.*, note 110, n° 98, 21; François COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Paris, Sirey, 1988, p. 16.

¹¹⁴ F. COLLART-DUTILLEUL, *op. cit.*, note 113, p. 14.

¹¹⁵ *Id.* C'est ce que prévoit l'article 1396 C.c.Q.

d'un délai. En effet, si l'offre simple ne comporte pas de délai implicite, la promesse, elle, en contient un¹¹⁶. De plus, la promesse, puisqu'elle constitue un contrat, est transmissible et cessible, tandis que l'offre ne l'est pas. Or, si la volonté de l'offrant n'est pas clairement celle d'un promettant, c'est-à-dire s'engager à passer un contrat dans le futur¹¹⁷, la manifestation de la volonté du destinataire ne devrait pas créer de promesse. Ce serait lui reconnaître « le pouvoir de rendre cessible, transmissible [et obligatoire] ce qui, à l'origine ne l'était pas »¹¹⁸. Il faut donc, à l'instar de Pothier¹¹⁹, insister sur l'importance d'être en présence de deux volontés claires et précises¹²⁰, pour éviter de se retrouver dans une situation où il existerait des promesses alors qu'il serait possible qu'une des deux parties ne l'ait pas voulu ou ne l'ait même pas su.

On peut alors se demander dans quelle mesure lorsque l'assureur, recevant une proposition, procède à l'étude du risque demandé, agit de façon à faire de la proposition – considérée comme une offre – une promesse au sens de l'article 1396 C.c.Q.? Cette question n'est pas sans intérêt puisque l'assimilation de la proposition à une promesse comporte deux effets non négligeables. Premièrement, la promesse est un contrat qui impose au promettant (le preneur) de garder celle-ci ouverte durant le délai imparti ou

¹¹⁶ C'est pour cette raison que, quoique la présence d'un délai ne soit pas une condition à l'existence d'une promesse, nous pensons que la preuve de l'intention doit être très forte en l'absence de tout délai, car la distinction entre promesse et offre simple devient alors très ténue. Voir *Renfrew Flour Mills* c. *Sanschagrin*, (1928) 45 B.R. 29, 32, qui énumère certains critères pour savoir s'il y a promesse, un de ceux-là étant la présence d'un délai. Yves Demers dans son texte (*loc. cit.*, note 110, n° 9821) sur les avant-contrats, constate que la grande majorité des promesses contient un délai.

¹¹⁷ L'idée de futur est primordiale. Si l'offre réfère au présent, la promesse réfère au futur; cf. J. PINEAU, *loc. cit.*, note 112, 392; *Léo Perrault Ltée* c. *Blouin*, [1959] B.R. 764; *Métivier* c. *Vermette*, (1930) 68 C.S. 554.

¹¹⁸ F. COLLART-DUTILLEUL, *op. cit.*, note 113, p. 49.

¹¹⁹ *Oeuvres de Pothier*, par M. BUGNET, 2^e éd., t. 3, « La vente », Paris, Cosse et Marchal, 1861, p. 190.

¹²⁰ L'acceptation de la part du destinataire peut être, à l'instar du droit commun, tacite ou expresse (*Renfrew Flour Mills* c. *Sanschagrin*, précité, note 116; *Lacombe* c. *Lynch*, (1921) 27 R.L.n.s. 451; *Langevin* c. *Duval*, (1913) 20 R.L.n.s. 1). Par ailleurs, elle ne peut pas, en principe, être issue du silence (art. 1394).

durant un délai raisonnable. Ce caractère obligatoire pour l'auteur de la promesse va donc à l'encontre du principe, unanimement accepté, que la proposition ne lie ni son auteur ni son destinataire et qu'elle est librement révocable en tout temps.

Deuxièmement, la transformation de la proposition en promesse a pour effet de retarder potentiellement la conclusion du contrat d'assurance. D'une promesse unilatérale – où seul le promettant s'est obligé à conserver celle-ci pour un certain temps –, les parties peuvent convenir de passer immédiatement au contrat final (1396, al. 2 C.c.Q.), ce qui, dans ce cas, ne pose aucun problème. Mais, le *principe* de l'article 1396 C.c.Q. prévoit que de la promesse unilatérale, les parties passent à la promesse synallagmatique et ensuite au contrat. Qui plus est, c'est le bénéficiaire de la promesse, ici l'assureur, qui contrôle cet élément et décide du moment de la formation du contrat¹²¹.

Cette implication est lourde de conséquences et particulièrement dangereuse pour l'assuré. Le report du moment de la formation du contrat déroge, au désavantage du preneur, à l'article 2398 C.c.Q. qui est d'ordre public relatif¹²² ainsi qu'au principe bien ancré du caractère consensuel du contrat d'assurance¹²³. De plus, ce retard dans la couverture d'assurance va contre la volonté du législateur qui fait de la proposition, l'offre d'assurance dans le but, justement, d'accélérer la couverture. Ce constat d'incompatibilité

¹²¹ D. LLUELLES, *op. cit.*, note 7, p. 45.

¹²² *Id.*

¹²³ J.-G. BERGERON, *op. cit.*, note 11, pp. 202 et 205; Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 20, p. 160; F.J. LAVERTY, *op. cit.*, note 10, p. 18; *Assurance Mont-Royal c. Strathcona Fire Ins. Co.*, (1923) 61 C.S. 70; *Bruneau c. Metropolitan Life Ins. Co.*, (1937) 4 I.L.R. 219 (C.S.); *Trust général c. Artisans Coopvie*, [1990] 2 R.C.S. 1185; *Vézina c. R.M. Beauchemin Inc.*, précité, note 9; *Hadley Shipping Co. c. Eagle Star Insurance*, précité, note 45; *Alliance Ins. Co. of Philadelphia c. Laurentian Colonies*, [1953] B.R. 241; *Hunter Mailer c. Industrial Life Ins. Co.*, précité, note 90; *Doyon c. Prévoyants du Canada*, précité, note 90; *Tanguay c. Héritiers légaux de feu Denis Sigouin*, [1968] C.S. 273, confirmé dans [1969] B.R. 494; Cass. civ. 1^{re} ch. 21 mars 1978. *Bull. civ.* I. n° 120, p. 97; Cass. civ. 1^{re} ch. 19 fév. 1991. *Rep. civ. Ass.* 1991-393; Cass. civ. 1^{re} ch. 14 juin 1977, précité, note 50; Cass. civ. 1^{re} ch. 28 fév. 1989, (1989) 60 *R.G.A.T.* 525; Cass. civ. 1^{re} ch. 4 juill. 1978, (1979) 50 *R.G.A.T.* 171 (note André Besson); Cass. civ. 1^{re} ch. 21 mai 1990, (1990) 61 *R.G.A.T.* 530 (note René Maurice); Cass. civ. 1^{re} ch. 23 janv. 1980, (1980) 51 *R.G.A.T.* 350 (note André Besson); Cass. civ. 1^{re} ch. 4 janv. 1980, (1980) 51 *R.G.A.T.* 348; Cass. civ. 1^{re} ch. 22 janv. 1947, (1947) 18 *R.G.A.T.* 144.

entre la notion de promesse et le contrat d'assurance se fait tant dans le cas où le preneur est l'offrant (principe de l'article 2398 C.c.Q.) que dans la situation où c'est l'assureur lui-même qui l'est. Même si la lettre de l'article 2398 C.c.Q. prévoit que le contrat se forme dès l'acceptation par l'assureur de la proposition de l'assuré, il faut lire cette disposition dans son esprit et élargir son application au cas où l'assureur est l'offrant. Dans ce dernier cas, le contrat est formé dès l'acceptation par le preneur de l'offre de l'assureur. La promesse devient également ici inapplicable¹²⁴. Mais, il y a plus que la simple crainte des effets de l'assimilation de la proposition à une promesse. La notion même de promesse s'y oppose. En effet, elle constitue un contrat en elle-même et nécessite, par conséquent, un échange de volontés. Le promettant doit donc avoir l'intention de se lier immédiatement par contrat envers le bénéficiaire à une obligation de faire, en l'occurrence de contracter une assurance. Or, la proposition, ne comportant pas la fermeté nécessaire à l'existence d'une offre, présente encore moins une volonté réelle et immédiate de contracter. En fait, la proposition d'assurance n'a rien de ce qui est vraiment caractéristique de la promesse. Le danger à ce qu'elle y soit assimilée réside dans la définition de l'article 1396 C.c.Q. qui semble faire de la prise en considération par le bénéficiaire de l'offre, le seul critère de l'existence d'une promesse. Nous pensons donc qu'il faille rejeter la possibilité de considérer la proposition comme une promesse, notion restrictive, puisqu'elle est un tempérament au principe du consensualisme en créant un contrat préalable à celui ultimement désiré. Même si elle peut être présente dans d'autres types de contrat, nous ne devons pas perdre de vue qu'elle fut, en premier lieu, un contrat préparatoire à la vente d'immeuble et que c'est dans cette optique qu'elle a été codifiée. De plus, la façon dont cette notion est utilisée dans le cadre immobilier nous enseigne que la promesse est généralement un document complexe, définissant précisément les droits et obligations de chacune des parties. Nous sommes bien loin de la

¹²⁴ *Contra* : D. LLUELLES, *op. cit.*, note 7, p. 45.

proposition d'assurance qui souvent ne tient qu'à quelques paroles au téléphone ou à un questionnaire sommaire.

*
* *

Dans cette première partie, nous avons vu que la proposition d'assurance, première étape formelle dans la formation du contrat d'assurance, est qualifiée, en principe, dans tous les systèmes de droit étudiés – hormis la Belgique – comme une offre de contracter. Dans le système belge, la proposition est au contraire perçue comme une description du produit voulu par le preneur qui mène vers la remise, par l'assureur, d'une police présignée. Ce document, premier à être complet, est la véritable offre d'assurance. Ce système est celui qui, à notre avis, se justifie le mieux sur le plan juridique. Dans la majorité des cas, l'assimilation de la proposition à l'offre est, face au droit commun des obligations, fautive.

Cette assimilation est fautive car la proposition d'assurance n'est ni précise ni ferme. De plus, le preneur d'assurance ne présente que dans de très rares situations les caractéristiques de l'offrant aux termes de l'article 1389 C.c.Q. et ce, même s'il peut être, bien souvent, l'initiateur du contrat.

Ainsi, l'assuré n'est l'offrant que dans le cas (à l'exclusion du rare cas où il *rédige* l'offre) où il propose, et obtient, le dernier élément essentiel à l'entente. C'est dans cette seule situation que le preneur, qui est également adhérent, peut être l'offrant.

Le *principe* devrait donc être inversé et l'assureur considéré comme l'offrant. Cependant, celui-ci ne peut l'être en permanence avant d'avoir étudié les propositions, que dans certaines situations tel l'assurance-voyage où la personnalité de l'assuré ne présente aucun intérêt. Sauf dans ces cas d'espèce, l'assureur devient l'offrant après avoir reçu et étudié la proposition d'assurance. Le contrat se forme alors par l'acceptation, par le preneur, de la police. Un système de contrat temporaire, tel que celui actuellement pratiqué particulièrement en assurance-vie, peut être

élaboré afin de ne pas retarder la formation du contrat d'assurance et ainsi désavantager les assurés. Ce système est celui que le droit belge vient d'adopter dans sa nouvelle loi sur les assurances terrestres.

Or au Québec, la qualification de la proposition comme une offre est présentée comme un principe à l'article 2398 C.c.Q. Il s'avère par ailleurs que de présomption, ce principe est érigé pratiquement en dogme, la doctrine et la jurisprudence n'y voyant qu'une seule exception, soit celle des assurances-voyage. Force est d'admettre que l'intensité du principe semble plus fort au Québec que partout ailleurs.

Il apparaît donc qu'en matière d'offre, le droit des assurances se concilie mal avec la théorie générale des obligations. Ces différences ne sont pas sans conséquences. C'est lors de l'acceptation de l'assureur qu'elles se font surtout sentir. Dans quelle mesure le droit commun peut-il s'ajuster à cette notion *sui generis* de proposition? De quelle façon le législateur doit-il modifier l'autre phase de formation du contrat pour s'adapter à la première? Il s'agit là de problèmes dont nous discuterons dans notre seconde partie.

II. L'impact de la nature fictive de la proposition : la notion de divergence

L'acceptation est la seconde manifestation de volonté contribuant à la formation du contrat. Postérieure à l'offre, elle n'en est pas moins essentielle, car sans elle, l'offre reste ignorée du droit. Le contrat étant une fusion de deux volontés, il n'est formé que lorsqu'elles se sont valablement exprimées et qu'elles se sont parfaitement rencontrées.

L'acceptation doit, à l'instar de l'offre, être faite dans le but de lier contractuellement son auteur¹²⁵ et, comme toute manifestation de volonté, être exempte de vices et issue d'une personne capable¹²⁶.

¹²⁵ Cass. ch. Comm., 6 mars 1990, J.C.P. éd. gén. 1990, IV, p. 176.

¹²⁶ G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 18, pp. 102 et 111.

Nous examinerons donc la notion d'acceptation appliquée au contrat d'assurance, dans un premier temps, quant à son contenu (A) et dans un second temps, quant à son expression (B).

A. Contenu de l'acceptation

Le contrat repose sur la rencontre de deux volontés identiques et l'acceptation doit, par conséquent, porter tant sur les clauses essentielles qu'accessoires de l'offre et n'être soumise à aucune condition. Cette règle, quoique juste en principe, doit être nuancée puisque le contrat peut, dans certains cas, être formé dès l'instant où les parties se sont mises d'accord sur les points essentiels et les conditions substantielles du contrat¹²⁷.

Lorsqu'il y a entente sur tous ces éléments, le contrat est formé¹²⁸ et ce, même si certaines modalités accessoires sont encore laissées en suspens. Celles-ci peuvent être réglées par des ententes subséquentes ou tacitement par les usages¹²⁹. Au contraire, s'il y a, lors de la manifestation de volonté du bénéficiaire de l'offre, l'ajout de nouvelles conditions substantielles ou le rejet de certaines dispositions de l'offre, il n'y a pas acceptation, mais contre-offre et l'offrant initial devient le bénéficiaire d'une nouvelle proposition de contracter qu'il doit accepter ou refuser¹³⁰. Toute la difficulté consiste alors dans la distinction entre l'ajout d'un élément essentiel, qui constitue une contre-offre, et l'ajout d'une simple modalité, qui peut être considérée comme une acceptation pure et simple.

¹²⁷ C'est-à-dire les conditions objectivement essentielles – pour l'existence du contrat – et les conditions subjectivement essentielles – désirées par les parties.

¹²⁸ J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 15, p. 257.

¹²⁹ *Gooding c. Edlow Inv. Corp.*, [1966] C.S. 436; J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 16, p. 101; Tribunal Commercial Cherbourg, 6 sept. 1912, D.1914.II.49; Req. 20 janv. 1941. D. 1942. 155.

¹³⁰ *Caron c. Perkins*, (1925) 39 B.R. 387; *St. Lawrence Inv. Co. c. Lévesque*, (1909) 18 B.R. 289; *Sarrasin c. Duhamel*, J.E. 89-510 (C.A.); J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 15, pp. 260 et 273.

Également, l'acceptation doit être réelle, c'est-à-dire que la volonté de l'acceptant doit bien être celle qui a été exprimée¹³¹. Le contrat doit en effet être représentatif et conforme à la volonté de l'acceptant sinon l'acceptation ne demeure que virtuelle ou psychologique. Cette caractéristique de l'acceptation ne pose pas de problème dans le cas d'un contrat librement négocié et rédigé conjointement par les parties en présence l'une de l'autre, la signature de celles-ci faisant présumer leurs volontés¹³². Par contre, elle devient plus problématique dans le cas des contrats d'adhésion où une seule partie rédige et impose les conditions du contrat¹³³. L'acceptation, en droit des assurances, est assujettie en principe aux règles générales de formation des contrats. Ainsi, elle doit être donnée par l'assureur ou par un agent le représentant et pouvant le lier¹³⁴.

Également, le contrat d'assurance est perçu, conformément au principe de l'article 1385 C.c.Q., comme consensuel. Nous nous interrogerons en premier lieu sur cette réalité(1), pour voir, en

¹³¹ J. SCHMIDT, *op. cit.*, note 27, p. 72. Cette composante de l'acceptation fait ressortir la dialectique entre la volonté interne et la volonté externe. Nous le savons, la volonté, pour être une réalité juridique, doit être extériorisée (*Allan's Beverages c. Kopernick*, (1934) 72 C.S. 29). Gardée dans le for intérieur d'une personne, elle n'est rien, tout au plus un simple sentiment, réalité psychologique dénudée d'intérêt et d'effet juridiques. Seule son extériorisation fait de cette volonté une réalité juridique. Il reste néanmoins que la volonté intérieure reste celle du contractant. S'il y a un conflit entre les deux volontés, il est généralement admis que c'est la volonté interne qui est, en principe, la seule volonté valable. Par ailleurs, il ne faut pas ignorer totalement la volonté externe afin de préserver la stabilité des conventions et refléter le caractère d'institution sociale qu'est le contrat. Cette solution est, on le sait, celle de la majorité des systèmes de droit civil. Cette dualité entraîne, entre autres, toute la théorie des vices de consentement. Cf. à ce sujet : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 49, p. 113 et suiv.; Léon JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Précis de droit civil*, t. 2, Paris, Dalloz, 1966, p. 182; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 16, p. 344 et suiv.

¹³² Jean CARBONNIER, *Droit civil*, 16^e éd., t. 4, « Les obligations », coll. « Thémis », Paris, P.U.F., 1992, p. 89; Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 7, Montréal, Wilson et Lafleur, 1946, p. 56.

¹³³ Cet élément touche toute la question des clauses externes illisibles et abusives. Nous référons le lecteur intéressé à notre texte : *loc. cit.*, note 69, 202.

¹³⁴ La question difficile du rôle de l'agent d'assurance (agent de l'assuré ou de l'assureur?) ne sera pas abordée dans cette partie car elle nécessite, de par sa complexité, une étude indépendante. Cf. J.-G. BERGERON, *op. cit.*, note 11, p. 211; D. LLUELLES, *op. cit.*, note 7, p. 49 et suiv.; *Les Prévoyants du Canada c. Grégoire*, [1979] C.A. 303; *Robitaille c. Madill*, [1983] C.S. 331.

second lieu, si ce postulat n'est pas réduit à néant par le mécanisme des divergences élaboré par le législateur à l'article 2400 C.c.Q.(2).

1. Le contrat d'assurance : un contrat consensuel

Le caractère consensuel du contrat d'assurance est fixé par l'article 2398 C.c.Q. et confirme le principe général de l'article 1385 C.c.Q. Voyons, en un premier temps, le principe du consensualisme et l'incidence de sa reconnaissance sur la formation du contrat d'assurance et, en un second temps, de quelle manière ce principe a été encadré pour permettre une meilleure protection de l'assuré.

a. Principe du consensualisme et application en droit des assurances

Il n'est pas étonnant que le *Code civil du Québec* ait repris le principe du consensualisme. La rapidité avec laquelle les contrats doivent être conclus et les moyens technologiques favorisant les ententes spontanées plaident en ce sens. Il reste néanmoins que, paradoxalement, ce besoin de rapidité et de spontanéité justifie également un retour à un certain formalisme, la rapidité risquant de favoriser des engagements irréfléchis. Le législateur se devait donc d'intervenir afin de réglementer certains contrats, tels le contrat de louage¹³⁵ ou le contrat de consommation¹³⁶. La sanction de ce « formalisme de protection moderne » varie entre la nullité relative – ordre public de protection –, l'inopposabilité et la sanction pénale¹³⁷.

Le contrat d'assurance, de par son importance sociale et économique, ne fait pas exception et se voit encadré d'un ensemble de règles protectrices pour l'assuré. Il demeure néanmoins, comme il l'a toujours été, un contrat soumis au principe du consensualisme.

¹³⁵ Art. 1894 et suiv. C.c.Q.

¹³⁶ Voir la *Loi sur la protection de consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, et plus spécialement les articles 23 et suiv.; 58, 80, 150.4, 158, 190, 199, 208.

¹³⁷ J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 16, p. 76.

En effet, aussi loin que l'on puisse remonter, le contrat d'assurance a toujours été un contrat consensuel. Ainsi, en matière d'assurance maritime, l'ordonnance de la marine de Louis XIV de 1681 prévoyait à l'article 2 que le contrat devait être constaté par un écrit¹³⁸. Les auteurs classiques ont toujours vu cette exigence comme probatoire et non solennelle¹³⁹. Ce principe a survécu au cours des années et la reconnaissance du contrat d'assurance comme consensuel est présente aujourd'hui dans tous les systèmes de droit¹⁴⁰.

Au Québec, la jurisprudence et la doctrine¹⁴¹ ont toujours admis ce principe reconnu expressément par le Code civil¹⁴². Le « contrat d'assurance est formé dès que l'assureur accepte la proposition du preneur ». L'article 2399 C.c.Q. ajoute que la police *constate* l'existence du contrat. Qui plus est, l'article 2398 C.c.Q. est d'ordre public relatif¹⁴³; par conséquent, la date de formation du contrat ne peut pas être retardée si c'est au désavantage du preneur¹⁴⁴. Les parties ne peuvent alors pas, contrairement à ce que

¹³⁸ GRUN et JOLIAT, *op. cit.*, note 20, p. 152.

¹³⁹ *Id.*; M. QUENAULT, *Traité des assurances terrestres*, Paris, Librairie de la Cour Royale, 1828, pp. 121 et 122; POTHIER, *op. cit.*, note 20, n° 96.

¹⁴⁰ Au Canada : F.J. LAVERTY, *op. cit.*, note 10, p. 18; C. BROWN et J. MENEZES, *op. cit.*, note 20, p. 113. En France : Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 20, p. 160; F. MONETTE, A. DE VILLE et R. ANDRÉ, *op. cit.*, note 1, p. 67; M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, note 4, p. 74; Cass. civ. 1^{re} ch. 28 fév. 1989. D. 1989. I.R. p. 94; Cass. civ. 1^{re} ch. 4 janv. 1980. G.P. I. 1980. Pan. 218; Cass. civ. 1^{re} ch. 4 juill. 1978. *Bull. civ.* 1978. n° 151. p. 198; Cass. civ. 1^{re} ch. 17 fév. 1987. *Bull. civ.* I. n° 55. p. 40; Cass. civ. 1^{re} ch. 29 janv. 1980. *Bull. civ.* I. 1980. n° 37. p. 30; Cass. civ. 1^{re} ch. 11 juin 1985. *Bull. I.* 1985. n° 182. p. 164; Cass. civ. 1^{re} ch. 14 janv. 1992, précité, note 20. En Belgique : R. CARTON de TOURNAI et P. VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, note 104, n° 53; R. FEYARTS et J. ERNAULT, *op. cit.*, note 104, p. 111. En Angleterre : Raoul COLINVAUX, *The Law of Insurance*, 6^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1990, p. 13.

¹⁴¹ L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 51, n° 109; J.-G. BERGERON, *op. cit.*, note 11, p. 202; D. LLUELLES, *op. cit.*, note 7, p. 54; *Alliance Ins. Co. of Philadelphia c. Laurentian Colonies*, précité, note 123, 275; *Ass. Mont-Royal c. Strathcana Fire Ins. Co.*, précité, note 123; *Hadley Shipping Co. c. Eagle Star Insurance*, précité, note 45; *Ouellet c. Paquet*, [1977] C.S. 644.

¹⁴² Art. 2476 C.c.B.C.; 2398 C.c.Q. Avant 1976, voir les articles 2480 et 2481 C.c.B.C.

¹⁴³ Art. 2414 C.c.Q.

¹⁴⁴ Nous parlons ici de la formation du contrat et non pas de sa mise en vigueur, ces deux étapes pouvant être distinctes. Cf. *Trust général c. Artisans Coopvie*, précité, note 123.

prévoit l'article 1385 C.c.Q., soumettre la formation du contrat à une formalité conventionnelle¹⁴⁵. Le contrat d'assurance se forme dès que l'assureur et l'assuré se sont entendus sur les éléments essentiels du contrat c'est-à-dire, rappelons-le, la garantie, la prime, la durée du contrat et l'indemnité¹⁴⁶.

Le principe du consensualisme, toujours présent en matière d'assurance, s'explique par le caractère souvent urgent du besoin de l'assuré. Le consensualisme est donc au service de l'assurance, mais aussi de l'assuré, en lui permettant d'obtenir rapidement la garantie désirée¹⁴⁷. Cet avantage ne va par ailleurs pas sans inconvénient et le législateur a dû prévoir un certain « formalisme de protection » pour prémunir l'assuré contre d'éventuels abus de l'assureur. Ainsi, il a, lors de la réforme de 1976, encadré le

¹⁴⁵ L'impossibilité de retarder la formation du contrat est une nouveauté du C.c.Q. car l'article 2476 C.c.B.C. n'était pas d'ordre public et laissait la possibilité aux parties de le faire. Il en était de même avant 1976 : L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 51, n° 105. En France, ces clauses sont possibles quoique leurs validités soient contestées : Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 20, p. 163; Cass. civ. 1^{re} ch. 23 avr. 1985. G.P. II. Somm. p. 289; Cass. civ. 1^{re} ch. 28 fév. 1989, précité, note 140. Aux États-Unis voir : J.A. APPLEMAN et J. APPLEMAN, *op. cit.*, note 20, n° 7151; *Prindle c. Fidelity & Casualty Co.*, (1922) 233 S.W. 252 (C.A. Miss.).

¹⁴⁶ Cela pose la question de la détermination du moment et du lieu de formation du contrat lorsque les parties ne sont pas en présence l'une de l'autre. Aucune solution n'étant prévu dans l'ancien Code, la Cour suprême avait développé une théorie aussi connue que complexe. Cette solution, jusqu'à la première réforme, avait été naturellement appliquée au contrat d'assurance. Après cette réforme et avec l'apparition de l'article 2476 C.c.B.C., cela n'allait plus de soi. Sous le nouveau Code, la situation a le mérite d'être claire : l'article 2398 C.c.Q. est en contradiction avec l'article 1387 C.c.Q. qui adopte la théorie de la réception. À l'instar de la doctrine et de la jurisprudence dominantes, nous croyons que la solution de droit commun a été écartée en droit des assurances et que c'est la théorie de l'émission qui s'applique. Voir D. LLUELLES, *op. cit.*, note 7, p. 42 et suiv.; J.-G. BERGERON, *op. cit.*, note 11, p. 30 et jurisprudence citée : **2966-2184 Québec Inc. c. Le Groupe Commerce, Cie d'assurance**, 16 octobre 1995, Bedford, 455-05-000087-952 (C.S.). En droit comparé : D. NORWOOD et J.P. WEIR, *op. cit.*, note 89, p. 78; *Schumland c. Saskatchewan Life Ins. Co.*, [1934] 2 W.W.R. 1 (Alta. S.C.) (droit canadien : théorie de la réception); M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, note 4, p. 79; Claude BERR et Hubert GROUDEL, *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, 1990, p. 49; G. BRIÈRE DE L'ISLE, *op. cit.*, note 10, p. 48 (droit français : théorie de la réception). En droit belge, c'est également la théorie de la réception qui s'appliquait jusqu'à la loi de 1992 qui prévoit maintenant à l'article 4(2) que le contrat est conclu dès la signature de la police présignée par le preneur.

¹⁴⁷ J.-G. BERGERON, *op. cit.*, note 11, p. 203.

consensualisme de plusieurs règles visant la protection de l'assuré¹⁴⁸. Ce sont ces règles que nous examinons maintenant.

b. Contrôle du consensualisme : vers un quasi-formalisme

L'attitude législative protectionniste n'est pas unique au Québec. Ainsi, par exemple, en Angleterre, pour les contrats d'assurance à long terme tel l'assurance-vie, le législateur a prévu une période de réflexion (« *cooling off period* ») de dix jours pendant laquelle le futur assuré peut examiner le contenu contractuel de l'assurance. Adéquatement informé, il peut alors prendre une décision réfléchie¹⁴⁹. Le document remis par l'assureur doit par ailleurs respecter certaines règles matérielles, telles la couleur et le caractère d'impression. En Espagne et en Grèce, un contenu minimal à la police est imposé¹⁵⁰. En Italie et au Luxembourg, un écrit doit constater le contrat et être remis à l'assuré¹⁵¹. Au Canada anglais, le *Uniform Insurance Act*, adopté dans toutes les provinces, prévoit également plusieurs mesures formalistes. À titre d'exemple, l'assureur ne peut opposer à l'assuré que les dispositions présentes dans la police¹⁵² et doit, sur demande de l'assuré, remettre une copie de toute proposition écrite¹⁵³. En France, lors de l'adoption de la loi sur les contrats d'assurance terrestre de 1930, le législateur a imposé plusieurs règles formalistes. Ainsi, l'article 8 de la loi (maintenant art. L-112-3 C. ass.) prévoit que le contrat doit être « rédigé par écrit, en français,

¹⁴⁸ Le principe de consensualisme avait même été mis en doute lors des discussions ayant précédées le Rapport Faribault (1959), rapport qui inspira le législateur lors de la réforme de 1976. Il y fut tout de même conservé à l'article 21. Voir également les articles 10 et 12 du Projet de loi 7 et leurs commentaires : Ministère des Institutions, Compagnies et Coopératives, *Projet de Loi 7 - Loi sur les Assurances*, Présentation - 4^e session - 29^e législature - Notes explicatives, Québec, 1973, aux art. 10 et 12.

¹⁴⁹ C. BERR et H. GROUDEL, *op. cit.*, note 23, p. 208.

¹⁵⁰ *Id.*, pp. 214 et 215.

¹⁵¹ *Id.*, p. 216.

¹⁵² *Blue c. Pearl Assurance Co.*, [1940] 3 W.W.R. 13 (Alta. S.C.); *Hochbaum c. Pioneer Insurance Co.*, [1933] 1 W.W.R. 403 (B.C.S.C.). Voir spécialement la loi ontarienne : *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I-8, art. 149.

¹⁵³ Voir la loi ontarienne, précitée, note 152, art. 125.

en caractères apparents ». L'article 9 (maintenant L-112-4 C. ass.) impose un contenu minimal à la police et prévoit que les clauses d'exclusion de garantie doivent être imprimées en caractères très apparents¹⁵⁴. Plus récemment, le législateur français a adopté une législation novatrice accentuant la protection des assurés¹⁵⁵. Aux termes de cet ajout législatif, l'assureur doit remettre, avant la conclusion du contrat, une fiche d'information sur le prix et les garanties offertes ainsi qu'un exemplaire du projet de contrat ou, au choix de l'assureur, une notice décrivant les garanties, les exclusions et les obligations de l'assuré¹⁵⁶.

En cas de divergence entre la notice et le contrat définitif, le preneur a alors le choix entre les deux versions. C'est pourquoi l'assureur a intérêt à remettre une copie du projet de contrat en entier¹⁵⁷. Cette notice d'information n'est pas l'offre. Elle constitue une nouvelle étape précontractuelle dans l'unique but de renseigner l'assuré sur les clauses du contrat, *antérieurement* à sa conclusion. Elle n'oblige en rien les parties¹⁵⁸ et le preneur demeure l'offrant. Plusieurs règles formalistes existent également en droit québécois. Notre objectif n'étant pas de faire ici une analyse détaillée du formalisme en droit des assurances, nous nous contenterons de présenter brièvement certaines de celles-ci.

L'article 2399 C.c.Q. prévoit le contenu minimal de la police d'assurance. Cette disposition est complétée par les articles 2415 et 2499 C.c.Q. qui visent un contenu minimal supplémentaire pour les assurances de personnes et de responsabilité. L'article 2400 C.c.Q., en plus du mécanisme des divergences que nous étudierons

¹⁵⁴ Françoise CHAPUISAT, « La méfiance de la jurisprudence et du législateur à l'égard des exclusions de garantie », (1983) 54 *R.G.A.T.* 5; Cass. civ. 1^{re} ch. 11 déc. 1990, (1991) 62 *R.G.A.T.* 39 et 327; Cass. civ. 1^{re} ch. 25 mars 1991, (1991) 62 *R.G.A.T.* 559; C.A. Nîmes, 12 fév. 1981, (1982) 53 *R.G.A.T.* 20.

¹⁵⁵ Loi n° 89-1014.

¹⁵⁶ Cette disposition de la loi vient modifier l'article L-112-2 C. ass.

¹⁵⁷ Hubert GROUDEL, « La réforme du Code des assurances », *Resp. civ. et ass.* 1990, chron. 3, p. 5; François COUILBAULT, « L'information du souscripteur », *Ass. fr.* 1991. 441; Jean COURROY, « Le droit des parties au contrat d'assurance », D. I. 1990, chron. 33, p. 190.

¹⁵⁸ Hubert GROUDEL, « Le projet de loi portant sur diverses mesures relatives aux assurances », *Resp. civ. et ass.* 1989, chron. 15.

plus loin¹⁵⁹, prévoit que l'assureur *doit* remettre la police au preneur ainsi qu'une copie de toute proposition faite par écrit. Le *Règlement d'application de la Loi sur les assurances (R.A.A.)*¹⁶⁰ contient également certaines dispositions formalistes¹⁶¹.

La Loi n'exige pas qu'une police soit rédigée pour qu'un contrat d'assurance soit formé. Elle ne crée donc pas un contrat solennel. Elle ne fait de la police qu'une formalité *ad probationem*¹⁶² qui constate l'existence du contrat. Le véritable contrat demeure donc la rencontre des volontés entre le preneur et l'assureur. Ainsi, si la police n'est pas conforme à l'entente initiale, cette dernière doit primer¹⁶³.

Enfin, dernier exemple de ce formalisme croissant, l'assureur ne peut pas invoquer des dispositions ou des déclarations autres que celles qui paraissent dans la police¹⁶⁴. Ce principe, présent dans la législation canadienne, n'est pas nouveau de 1976. En fait, l'article 2482 C.c.B.C. (maintenant 2403 C.c.Q.) reprenait l'article 214 de la *Loi sur les assurances*¹⁶⁵ adopté pour la première fois en 1908¹⁶⁶.

Cette disposition formalise encore un peu plus le contrat, car l'assureur ne peut prouver aucune modification ultérieure¹⁶⁷, aucune déclaration de l'assuré ou aucune entente accessoire au

¹⁵⁹ Qui, on le verra, est une manifestation d'une obligation « post-contractuelle » d'information.

¹⁶⁰ *Règlement d'application de la Loi sur les assurances*, R.R.Q. 1981, c. A-32, r.1.

¹⁶¹ Voir entre autres les articles 212-214 et 222-224 (R.A.A.).

¹⁶² J.-G. BERGERON, *op. cit.*, note 11, p. 205.

¹⁶³ Nous examinerons plus attentivement cette question lorsque nous aborderons la notion de divergences. Voir *Ass. Mont-Royal c. Strathcana Fire Ins. Co.*, précité, note 123; *Bruneau c. Metropolitan Life Ins. Co.*, précité, note 123; *Guardian c. Victoria Tire Sales*, [1979] 2 R.C.S. 849; *Hadley Shipping Co. c. Eagle Star Insurance*, précité, note 45; *J.A. Thibault Inc. c. La Maritime Cie d'ass.-vie*, J.E. 90-544 (C.S.) (en appel); *Robinson c. London Life Ins. Co.*, précité, note 107.

¹⁶⁴ Le terme « police » est entendu dans son sens large. Il inclut une note de couverture ou même la proposition. J.-G. BERGERON, *op. cit.*, note 11, p. 204.

¹⁶⁵ *Loi sur les assurances*, S.R.Q. 1964, c. 295, art. 214.

¹⁶⁶ *Loi sur les assurances*, (1908) 8 Ed VII, c. 69, art. 197.

¹⁶⁷ Cf. également l'article 2405 C.c.Q. concernant les avenants.

contrat, sauf celles qui ont été ajoutées par écrit à celui-ci. L'on doit alors se demander si l'assureur peut opposer une clause externe au contrat s'il prouve, au sens de l'article 1435 C.c.Q.¹⁶⁸, qu'il l'a expressément portée à la connaissance de l'assuré ou que ce dernier en a eu connaissance.

Dans l'éventualité où la police fait référence à une clause incluse dans un document externe remis à l'assuré, la solution est simple, les articles 1435 et 2403 C.c.Q. ayant le même effet, la clause est opposable à l'assuré¹⁶⁹. Dans le cas où le document n'a pas été remis à l'assuré et que la connaissance n'a pas été prouvée, les dispositions concordent aussi et la clause n'est pas opposable¹⁷⁰.

Dans la situation, par contre, où l'assureur prouve qu'il a informé verbalement l'assuré de l'existence de la clause, un conflit survient entre les deux dispositions. Selon l'article 1435 C.c.Q., la clause devrait être opposable à l'adhérent, selon l'article 2403 C.c.Q., au contraire, tel ne semble pas être le cas, la clause n'étant pas « énoncée par écrit dans le contrat ».

L'article 2403 C.c.Q. semble clair et ne laisse aucune place à une preuve par l'assureur de la connaissance effective de l'assuré¹⁷¹.

Toute clause non incluse dans la copie écrite du contrat, même connue par l'assuré, ne lui serait pas opposable. Une telle solution peut étonner, à première vue, lorsque l'on considère que les dispositions imposant à une partie d'informer son cocontractant tirent leur justification dans la recherche, par le législateur, d'un consentement libre et éclairé des deux parties. Une fois celui-ci prouvé, toutes les clauses devraient donc, en principe, être opposables.

En matière d'assurance, toutefois, une solution plus stricte peut se justifier. En effet, la complexité des termes du contrat d'assurance et le nombre de clauses qui y sont prévues rendent utopique le

¹⁶⁸ Voir B. MOORE, *loc. cit.*, note 69, 214 et suiv.

¹⁶⁹ D. LLUELLES, *op. cit.*, note 7, p. 80. En France voir C.A. d'Amiens, 3 juin 1985, (1986) 57 *R.G.A.T.* 344.

¹⁷⁰ Tel est le cas des règlements de la compagnie auxquels un certificat d'attestation réfère sans les reproduire : *Cousins c. Moore*, (1912) 42 C.S. 156.

¹⁷¹ D. LLUELLES, *op. cit.*, note 7, pp. 80 et 81.

consentement éclairé de l'assuré dans le cas où ces clauses lui sont simplement évoquées verbalement. La solution de l'article 1435 C.c.Q. se justifie bien dans le cas d'un contrat où une seule clause est annoncée verbalement à l'adhérent. Le consentement à cette clause peut devenir une conséquence logique. En assurance, la réalité est toute autre. Néanmoins, il ne faut pas oublier que le contrat d'assurance se fonde sur la plus haute bonne foi. L'assuré pourrait donc, dans de rares cas, se voir opposer une clause dont la connaissance est prouvée et qui est, pour un assuré raisonnable, compréhensible et inhérente au contrat d'assurance conclu en l'espèce¹⁷².

L'article 2482 C.c.B.C. a été appliqué à plusieurs reprises et toujours de façon absolue¹⁷³. Ainsi, les clauses d'une police non incluses sur la note temporaire ont été jugées inopposables dans le cas où le sinistre survenait avant la remise de la police¹⁷⁴. De même, la clause non incluse dans un certificat abrégé, autorisée par le pouvoir administratif, a été jugée inopposable¹⁷⁵.

Toutes ces dispositions démontrent à quel point, tant au Québec qu'ailleurs, le principe de consensualisme du contrat d'assurance est affaibli. Certains auteurs font remarquer qu'aucun système de droit ne fait du contrat d'assurance un contrat solennel, mais que tous font du droit des assurances un droit formaliste¹⁷⁶. Formalisme légitimé par le besoin de l'assuré d'être adéquatement informé. La

¹⁷² Nous insistons sur le fait que le caractère inhérent de la clause doit être jugé par rapport à un assuré et non pas à un assureur raisonnable. Un exemple d'une telle clause pourrait être la clause d'exclusion en cas de suicide (voir par ailleurs *Lapointe c. Industrielle-Alliance*, J.E. 98-255 (C.A.)). Le nombre de ces clauses devrait, selon nous, être très limité.

¹⁷³ *Bois de l'Est du Québec (1985) c. Ville de Matane*, [1989] R.R.A. 837 (C.S.); *2411-8713 Québec Inc. c. La Laurentienne générale Cie d'assurance*, [1992] R.R.A. 720 (C.Q.).

¹⁷⁴ *United States Fire Ins. Co. c. Kouratzoglou*, [1988] R.R.A. 792 (C.A.); *Orly Diamonds Ltd. c. United States Fire Ins.*, J.E. 78-481 (C.S.) (appel rejeté, 14 septembre 1982, 500-09-000721-787).

¹⁷⁵ *Du Sablon c. La Prudentielle Cie d'assurance Ltée*, [1988] R.J.Q. 2305 (C.P.); *D.K. Automobile Inc. c. Timmins-Lacoste*, [1989] R.R.A. 660 (C.S.) (appel accueilli, la Cour ne discute pas de la question de la divergence dans son jugement : [1994] R.R.A. 228 (C.A.)); *Beaudoin c. Groupe Dominion du Canada*, [1989] R.R.A. 711 (C.Q.). *Contra* : *Cloutier c. Cie d'assurance Allstate*, [1982] C.P. 7.

¹⁷⁶ C. BERR et H. GROUDEL, *op. cit.*, note 23, p. 19 et suiv.

police devient alors beaucoup plus qu'un simple document probatoire, elle est un guide d'information. Le problème est que, souvent, ce guide n'est remis à l'assuré que postérieurement à la conclusion du contrat. L'information arrive donc trop tard et bien souvent modifie le contrat initialement conclu. Pour cette raison, le législateur a instauré, en présence de divergences entre les deux « documents », le principe de supériorité de la proposition sur la police.

2. La notion de divergence : affirmation ou négation du principe de consensualisme?

Le contrat d'assurance se forme dès l'échange des volontés. La police ne fait que constater cette entente. Le véritable contrat réside donc dans l'acceptation par l'assureur de la proposition, proposition qui devrait, par conséquent, représenter le seul contenu contractuel¹⁷⁷. Or, nous savons que la proposition n'est, en règle générale, qu'un document sommaire ne contenant que quelques clauses de ce qui deviendra le contrat¹⁷⁸. Il est donc inévitable qu'il y ait plusieurs différences entre la police et la proposition. La question de savoir lequel de ces deux documents doit avoir priorité se pose donc : est-ce la proposition, véritable « volonté » de l'assuré, ou la police, bien souvent méconnue de celui-ci lors de la conclusion du contrat, mais expression plus complète de la volonté de l'assureur?

Au regard du droit commun, la solution devrait être la suivante : la police, document contractuel remis postérieurement à la formation du contrat, modifie celui-ci et doit être acceptée par l'assuré, sans quoi, seules les clauses contenues dans l'accord initial lui sont opposables. La police devient alors un second contrat modifiant le

¹⁷⁷ *Guardian* c. *Victoria Tire Sales*, précité, note 163; *Dominion of Canada General Ins. Co.* c. *Wawanesa Mutual Ins. Co.*, [1986] I.L.R. 1-1990 (C.S.B.C.); *Hadley Shipping Co.* c. *Eagle Star Insurance*, précité, note 45; *Alliance Ins. Co. of Philadelphia* c. *Laurentian Colonies*, précité, note 123; *Ass. Mont-Royal* c. *Strathcona Fire Ins. Co.*, précité, note 123.

¹⁷⁸ J.-P. CASAVANT, *loc. cit.*, note 23, 925 et 926. Au sujet de la distinction entre la proposition et la police, voir également R. MOREAU, *loc. cit.*, note 9; Jean-Guy BERGERON, « Chronique - Droit des assurances », (1985) 45 *R. du B.* 773, 781; O. JOBIN-LABERGE et L. PLAMONDON, *loc. cit.*, note 68, 1108.

premier. Si l'assuré, recevant la police, refuse certaines clauses nouvelles, ce nouveau contrat ne devrait pas lui être opposable et l'entente initiale devrait subsister.

Or, la jurisprudence ne l'entend pas de cette façon. Elle perçoit la police comme une contre-offre¹⁷⁹ qui, une fois refusée, empêche toute formation d'un contrat d'assurance. Cette situation revient à nier le caractère consensuel du contrat d'assurance, celui-ci n'étant formé qu'une fois la police acceptée¹⁸⁰. Nous pouvons également tirer de cette observation un argument supplémentaire pour justifier en théorie le rejet du caractère d'offre de la proposition; la proposition n'étant ni ferme, ni précise, le contrat ne peut être formé avant la remise et l'acceptation par l'assuré de la police, premier véritable document complet. Le contrat demeure alors consensuel, mais n'est formé que lors de l'acceptation de la police – alors véritable offre.

¹⁷⁹ *Parent c. Orion Ins. Co.*, [1955] 2 D.L.R. 641 (C.A.N.B.); *Robinson c. London Life Ins. Co.*, précité, note 107; *Faubert c. L'Industrielle Cie d'assurances sur la vie*, précité, note 90; J.-G. BERGERON, *op. cit.*, note 11, p. 234; Cass. civ. 1^{re} ch. 21 mai 1990, précité, note 123; A. FAVRE-ROCHEX, *op. cit.*, note 22, n° 35; F. MONETTE, A. DE VILLÉ et R. ANDRÉ, *op. cit.*, note 1, p. 333. En droit américain, il est admis que l'assuré doit accepter la police et qu'à défaut de la refuser promptement, il sera présumé l'avoir acceptée : J.A. APPLEMAN et J. APPLEMAN, *op. cit.*, note 20, p. 528; *United Saving Life Ins. Co. c. Coulson*, (1965) 391 S.W. 2d 41 (C.A. Texas); *Aetna Ins. Co. c. Crowe Coal Co.*, (1907) 154 F. 545; *Broome c. Mutual of Omaha*, (1969) 167 S.E. 2d. 607; *Interstate Life & Acc. Ins. Co. c. Flanagan*, (1973) 284 So. 2d 33; *Born c. Home Ins. Co.*, (1903) 94 N.W. 849; *New York Life Ins. Co. c. Levy's*, (1906) 92 S.W. 325; *Hancock Mutual Life Ins. Co. c. Dietlin*, (1964) 199 A. 2d 311; *Whestone c. Kane County*, (1951) 102 N.E. 352; *Blackwell c. Roseberry*, (1934) 154 So. 641; *Boswell c. Golf Life Ins. Co.*, (1944) 29 S.E. 2d 71; *Central Life Ins. Co. c. Robinson*, (1918) 205 S.W. 589; *Ginners' Mutual Underwriters c. Fisher*, (1920) 222 S.W. 285; *Lawrence c. Providential Life Ins. Co.*, (1965) 385 S.W. 2d 936; *Neuner c. Gove*, (1939) 33 S.W. 2d 689; *Nossaman c. Northwestern National Life*, (1962) 376 P. 2d 622; *Novellino c. Life Ins. Co. of North America*, (1966) 216 A. 2d 420; *State Distributing Corp. c. Travelers Indemnity Co.*, (1944) 30 S.E. 2d 377.

¹⁸⁰ Certains pourraient avancer que lors de l'acceptation de la proposition, le contrat est formé sous la condition résolutoire de l'acceptation, par l'assuré, des nouvelles clauses du contrat incluses dans la police. Cette hypothèse a l'avantage de rallier les deux aspects de la réalité : le contrat est formé dès l'acceptation par l'assureur de la proposition, et, dans l'éventualité d'un refus de celui-ci, le contrat est présumé n'avoir jamais existé étant rétroactivement résolu. Cette thèse ne supporte pas une analyse critique, un contrat ne pouvant pas être formé sous condition résolutoire de l'acceptation de certaines clauses essentielles au contrat – telles les clauses d'exclusion de risque –, cela constituant une condition purement potestative.

Quelle que soit la nature de la police (contre-offre ou offre d'un nouveau contrat), l'assuré doit accepter les nouvelles clauses qui y sont incluses. Selon le droit commun, l'assuré devant lire la police, son silence et l'exécution volontaire du contrat équivaudront à une acceptation du contenu entier de celui-ci¹⁸¹. En pratique, rien n'est plus faux. Rares sont, en effet, les assurés qui lisent en entier leur contrat; le consentement de ceux-ci aux nouvelles dispositions devient alors fictif. Le législateur, face à cette réalité, a élaboré le principe de la suprématie de la proposition sur la police¹⁸². En réalité, ce système instauré par le législateur n'est que l'illustration du caractère consensuel de l'assurance puisque le véritable contrat (la proposition) prime alors sur la police, second contrat qui, modifiant le premier, doit être accepté par les deux parties. Le principe de divergence est initialement apparu dans la première loi ontarienne sur les assurances en 1897¹⁸³. Le texte prévoyait alors que, dans le cadre d'un contrat d'assurance-incendie, la proposition, lorsque la police en divergeait, faisait foi du contrat¹⁸⁴. En 1924, cette disposition fut modifiée et son champ d'application restreint au seul cas où la proposition était écrite. De plus, une présomption d'acceptation des divergences, après l'écoulement d'un certain délai, fut établie. Ce principe est toujours présent dans la loi ontarienne ainsi que dans la législation de l'ensemble des autres provinces. Il ne s'applique qu'aux contrats d'assurance-incendie et assurance-automobile et dans les seuls cas où il y a une proposition écrite¹⁸⁵.

¹⁸¹ R. BOUT, *op. cit.*, note 51, p. 21; D. LLUELLES, *op. cit.*, note 7, p. 78.

¹⁸² Art. 2398 C.c.Q.

¹⁸³ *Insurance act*, (1897) R.S.O. c. 203, art. 168 condition statutaire 2.

¹⁸⁴ « After application for insurance it shall be deemed that any policy sent to the assured is intended to be in accordance with the terms of the application, unless the company points out, in writing, the particulars wherein the policy differs from the application ».

¹⁸⁵ C. BROWN et J. MENEZES, *op. cit.*, note 20, p. 109; *Insurance act*, précitée, note 152, art. 146 : « Après qu'une proposition d'assurance ait été faite, si elle l'est par écrit, la police envoyée à l'assuré est réputée conforme aux modalités de la proposition à moins que l'assureur n'indique par écrit les détails sur lesquels elle diffère de la proposition, auquel cas l'assuré peut, dans les deux semaines qui suivent la réception de l'avis, refuser la police ». Voir les lois sur les assurances dans les autres provinces : Île-du-Prince-Édouard : R.S.P.E.I. 1988, c. I-4, art. 112; Nouvelle-Écosse : R.S.N.S. 1989, c. 231, art. 165;

Le Québec s'est inspiré de la législation ontarienne et a implanté le principe de divergence dans le cadre de l'assurance-incendie dès 1908¹⁸⁶. Tout comme dans la loi ontarienne, la notion de suprématie de la proposition est incluse dans les conditions statutaires devant apparaître dans le contenu de la police.

Le législateur québécois n'a par contre pas suivi les modifications apportées à la loi ontarienne en 1924. L'application du principe n'est, en effet, pas restreinte au cas où il y a une proposition écrite et aucun système de présomption d'acceptation des divergences n'existe.

En fait, contrairement à la tendance ontarienne de restreindre l'application de cette règle, le législateur québécois l'a étendue, lors de la réforme de 1976, pour l'ériger en principe général à tous les contrats d'assurance¹⁸⁷. La raison de cette généralisation nous laisse perplexe et demeure unique au Canada. Elle a été proposée, en premier lieu, à l'article 21 du Rapport Faribault. Le principe a été repris à l'article 12 du Projet de loi 7 de 1973, projet qui a abouti à la réforme que l'on a connue en 1976.

L'incidence de la common law sur l'adoption de ce principe paraît donc claire. Cet emprunt à la *common law*, conservé et élargi en 1976, n'a pas de quoi surprendre, puisque le mouvement pour

Saskatchewan : R.S.S. 1978, c. S-26, art. 126; Yukon : R.O. 1986, c. 91, art. 66; Alberta : R.S.A. 1980, c. I-5, art. 233; Manitoba : R.S.M. 1987, c. I-40, art. 140; Colombie-Britannique : R.S.B.C. 1979, c. 200, art. 218; Nouveau-Brunswick : L.R.N.B., c. I-12, art. 125; Territoires du Nord-Ouest : L.R.T.N.O. 1988, c. I-4, art. 61. En assurance-auto : Alberta : R.S.A. 1980, c. I-5, art. 297(4); Colombie-Britannique : R.S.B.C. 1996, c. 226, art. 124; Manitoba : R.S.M. 1987, c. I-40, art. 235(4); Nouveau-Brunswick : L.R.N.B., c. I-12, art. 124; Nouvelle-Écosse : R.S.N.S. 1989, c. 231, art.110(4); Ontario : R.S.O. 1990, c. I-8, art. 205(4); Île-du-Prince-Édouard : R.S.P.E.I. 1988, c. I-4, art. 218(4).

¹⁸⁶ *Loi sur les assurances*, (1908) 8 Ed VII, c. 69, art. 203, condition « statutaire » 2 (S.R.Q. 1909 art. 7034.2).

¹⁸⁷ Art. 2478 C.c.B.C. (2400 C.c.Q.). Avant cette réforme, le principe était toujours prévu dans les conditions « statutaires » devant apparaître dans le contrat d'assurance-incendie (S.R.Q. 1964. c. 295, art. 240.2). Le *Code civil du Québec* reprend sans le modifier (ne faisant que codifier la jurisprudence à l'effet que les divergences doivent être indiquées dans un tiers document) l'article 2478 C.c.B.C. La version de l'Avant-projet de loi sur les obligations précisait, à l'article 2470, la notion de divergence en énumérant certains exemples d'application, telles les clauses portant sur le risque ou imposant des obligations à l'assuré. Cet ajout a été supprimé dans la version définitive du Code.

l'unification des règles du droit des assurances au Canada était alors omniprésent¹⁸⁸.

Vieux de près de 100 ans, ce principe a suscité peu d'intérêt au Canada anglais tant en doctrine¹⁸⁹ qu'en jurisprudence. Seuls une dizaine de jugements répertoriés utilisent le principe législatif pour rendre inopposables notamment des clauses d'exclusion de risque¹⁹⁰, des engagements formels de l'assuré¹⁹¹, une modification de la description du risque¹⁹² ou de la durée de la couverture¹⁹³.

Ce vide jurisprudentiel s'est également fait sentir au Québec sous le régime de l'ancienne loi sur les assurances. En fait, seul l'arrêt *Doyon c. Prévoyants du Canada*¹⁹⁴ de la Cour d'appel a utilisé, en motif accessoire, cette disposition législative¹⁹⁵.

¹⁸⁸ Le ministre Tetley, alors responsable de la réforme du droit des assurances, écrivait dans la présentation du projet : « Les règles de l'assurance doivent présenter une certaine uniformité avec les autres provinces si l'on veut assurer le développement concurrentiel de nos entreprises et protéger adéquatement le public ». Propos cités par la juge L'Heureux-Dubé dans : *Symons General Insurance Co. c. Sabau Construction Inc.*, [1986] R.J.Q. 2823, 2831 (C.A.).

¹⁸⁹ C. BROWN et J. MENEZES, *op. cit.*, note 20, p. 109; L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 51, partie sur l'assurance-incendie, p. 8; Charles M. HOLT, *A Treatise on the Insurance Law of Canada*, Montréal, Théoret, 1898, p. 73; F.J. LAVERTY, *op. cit.*, note 10, p. 33.

¹⁹⁰ *Hochbaum c. Pioneer Insurance Co.*, précité, note 152; *Parent c. Orion Ins. Co.*, précité, note 179; *Ross c. Scottish Union*, (1922-23) 23 O.W.N. 57 (C.A. Ont.).

¹⁹¹ *Flèche Verte Ltée c. Dominion Ins. Corp.*, (1988) 86 N.B.R. 2d 192 (Q.B.); *Poast c. Royal Ins. Co.*, (1984) 3 C.C.L.I. 9 (C.A. Man.). Dans cet arrêt, l'article 140 de la loi manitobaine ne s'appliquait pas en raison d'une entente entre l'assureur et le courtier de l'assuré sur la clause en litige. Ce dernier devait donc s'en prendre à son courtier pour défaut dans l'exécution de son obligation de renseignement. Également *Morin c. Royal Insurance Co. of Canada*, précité, note 99 (la disposition est écartée car il s'agit en l'espèce d'une proposition verbale).

¹⁹² *Mc Cutcheon c. Traders' Fire Ins. Co.*, (1911) 2 O.W.N. 136 (C.A. Ont.); *Davidson c. Waterloo Mutual Fire Ins. Co.*, (1905) 9 O.L.R. 394; *Madole c. State Farm Mutual*, [1995] 9 W.W.R. 689 (Alta. C.P.) (la clause a été opposable au preneur car adéquatement dénoncée).

¹⁹³ *Beury c. Canada National Fire Ins. Co.*, (1917) 39 O.L.R. 343.

¹⁹⁴ *Doyon c. Prévoyants du Canada*, précité, note 90. Le motif déterminant portait sur la responsabilité du courtier. Il est à noter que cet arrêt a été rendu alors que le contenu de la réforme des assurances – donc la généralisation de la notion de divergence – était connue.

¹⁹⁵ Voir également *Arvais c. Ménard*, (1933) 71 C.S. 132 (cause portant sur un contrat d'assurance-incendie); *Cie d'assurance des Provinces-Unies c. Poulin*, [1948] B.R. 125.

Avec la réforme de 1976, l'intérêt, tant des auteurs que des tribunaux, s'est cependant accru. De par son nouveau champ d'application élargi et sa consécration en principe général, cette règle, pratiquement inconnue et inoffensive, devenait centrale. Il était alors nécessaire de circonscrire cette notion et de tenter de la définir. Nous verrons successivement l'interprétation que certains auteurs lui ont donnée, pour ensuite examiner comment la jurisprudence l'a, à son tour, interprétée.

a. Interprétation doctrinale

La recherche d'un critère objectif pour définir la notion de divergence n'est pas une affaire aisée. Il est généralement reconnu que cette notion doit recevoir une interprétation pragmatique. Il reste néanmoins qu'un cadre doit être déterminé pour bien cerner l'essence de cette notion étrangère au droit commun des contrats. Le critère adopté par une majorité d'auteurs est celui de la contre-offre. Ainsi, pour le professeur Bergeron, est une divergence toute disposition de la police qui, au sens du droit commun, constitue une contre-offre, soit en modifiant, en supprimant ou en ajoutant une clause à la proposition¹⁹⁶. Pour lui, toute contre-offre, quelle que soit son importance, doit être soumise à l'article 2400 C.c.Q.¹⁹⁷. La question de savoir ce que constitue une contre-offre doit être posée en regard du preneur, en tentant de déterminer son intention lorsqu'il a « rédigé » la proposition¹⁹⁸. Cette façon de voir donne donc à la notion de divergence un sens très large,

¹⁹⁶ J.-G. BERGERON, *op. cit.*, note 11, p. 234; Jean-Guy BERGERON, « Chronique – Droit des assurances – La notion de divergence dans les contrats d'assurance », (1986) 46 *R. du B.* 273, 274; J.-G. BERGERON, *loc. cit.*, note 178, 784; Jean-Guy BERGERON, « L'obligation de renseignement de l'assureur », dans *La responsabilité et les assurances*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 1, à la page 14.

¹⁹⁷ Le professeur Bergeron prend l'exemple d'une proposition, en assurance-vie, demandant 500 000 \$ d'indemnité. Si l'assureur accepte pour 250 000 \$, mais n'indique pas la différence, conformément à ce que prévoit l'article 2400 C.c.Q., il y aura assurance pour une indemnité de 500 000 \$. Cf. J.-G. BERGERON, *op. cit.*, note 11, pp. 216 et 217.

¹⁹⁸ Ainsi la défense, de la part de l'assureur, sur le caractère usuel de la clause ne peut être retenue. J.-G. BERGERON, *op. cit.*, note 11, p. 234; J.-G. BERGERON, *loc. cit.*, note 196, 274.

susceptible de s'adapter aux différentes situations et aux différents assurés et semble puiser sa source dans la théorie américaine de l'attente raisonnable.

Le doyen Belleau fait également référence à la notion de contre-offre pour définir la divergence¹⁹⁹. Il ne partage par ailleurs pas l'opinion du professeur Bergeron concernant l'attente raisonnable²⁰⁰.

Toujours en accord avec le critère de la contre-offre, le professeur Lluelles apporte une nuance importante. En effet, selon lui, n'est pas soumise à l'article 2400 C.c.Q. la différence fondamentale, par exemple, la modification du risque demandé ou une réduction importante de l'indemnité désirée²⁰¹. Dans le cas de semblables modifications, il est d'avis qu'aucun contrat n'est formé à moins que l'assuré ne les accepte expressément. Il réfère également à la notion d'attentes de l'assuré; sera ainsi, pour lui, une divergence, une clause qui est en contradiction *flagrante* avec les attentes de l'assuré, si celles-ci ont été communiquées à l'assureur ou à son agent ou que ces derniers pouvaient raisonnablement s'en douter²⁰². D'un critère purement subjectif, nous passons à un critère plus objectif.

La dernière opinion que nous retiendrons est celle de M^{es} Moreau, Jobin-Laberge et Plamondon. Leur conception restreint la notion de divergence. Pour eux, il n'y a divergence que s'il existe une différence entre ce qui est expressément ou implicitement demandé dans la proposition et ce qui est prévu dans la police. Il n'y a donc divergence que sur des sujets prévus tant dans la proposition que dans la police. On réfère alors à la notion de divergence-

¹⁹⁹ Nous avouons notre incertitude sur la véritable opinion du doyen Belleau concernant le critère de la contre-offre. Ainsi dans un premier article, il est d'avis que n'est pas une divergence une modification exigeant normalement le consentement de l'assuré - donc une contre-offre; (C. BELLEAU, *loc. cit.*, note 93, 231). Dans un second article, il semble appuyer l'assimilation de la divergence à une contre-offre : Claude BELLEAU, « Le droit nouveau proposé en matière d'assurance terrestre », (1988) 29 *C. de D.* 1037, 1055.

²⁰⁰ Claude BELLEAU, « L'harmonisation du droit civil et de la common law en droit des assurances au Québec », (1991) 32 *C. de D.* 971.

²⁰¹ D. LLUELLES, *op. cit.*, note 7, pp. 46 et 47. Voir *Québec Fire Ins. Co. c. Dufresne*, (1926) 40 B.R. 555; *Pearlman c. Sutcliffe*, (1910) 15 O.W.R. 140.

²⁰² D. LLUELLES, *op. cit.*, note 7, p. 86 et suiv.

contradiction²⁰³. De plus, une clause généralement incluse dans un contrat ne pourra pas être considérée comme une divergence²⁰⁴. Nous le voyons, la notion de divergence est susceptible d'être interprétée de multiples façons. Le problème concret d'application se révèle par ailleurs surtout dans le cas de l'ajout d'une clause dans la police. En effet, dans le cas d'une contradiction entre une clause de la proposition et une de la police, il est admis que la notion de divergence doit s'appliquer. Dans la même logique, il devrait en être de même lorsqu'une clause de la proposition est supprimée dans la police : puisque toutes les clauses de l'offre (ici la proposition) sont considérées comme des conditions substantielles pour l'offrant, le rejet de l'une d'elles constitue, dans tous les cas, une contre-offre.

Voyons maintenant la façon dont la jurisprudence a tenté d'encadrer cette notion face aux différentes opinions que nous venons de présenter.

b. Interprétation jurisprudentielle

Tout comme la doctrine, depuis 1976, les tribunaux ont eu à étudier à plusieurs reprises la notion de divergence et ce, particulièrement dans le cadre de clauses ajoutées dans la police. À la lecture des différents jugements portant sur le sujet, on réalise rapidement que les tribunaux n'ont pas encore fixé définitivement la façon d'interpréter cette notion. Chacune à leur tour, toutes les opinions doctrinales se retrouvent reprises par les juges. Ainsi, l'assimilation de la notion de divergence à une contradiction entre la proposition et la police, thèse soutenue par M^{es} Moreau, Jobin-Laberge et Plamondon, a été retenue par les juges au moins à trois reprises. La Cour supérieure, dans l'affaire *Faubert*²⁰⁵, est d'avis que la définition restrictive du terme accident faite dans la police ne constitue pas une divergence puisqu'elle ne vient

²⁰³ R. MOREAU, *loc. cit.*, note 12, 339; O. JOBIN-LABERGE et L. PLAMONDON, *loc. cit.*, note 68, pp. 1109 et 1110.

²⁰⁴ Sauf, bien entendu, si le preneur demande expressément dans la proposition que cette clause ne soit pas présente dans la police.

²⁰⁵ *Faubert c. L'Industrielle Cie d'assurances sur la vie*, [1986] R.R.A. 95 (C.S.).

qu'expliciter les conditions d'application de la garantie, elle n'est pas une « divergence-obstacle »²⁰⁶. La Cour d'appel, dans *La Souveraine c. Robitaille*²⁰⁷, opte pour une solution semblable en jugeant que l'ajout, dans la police, d'un engagement formel n'est pas une divergence, notion qui doit être interprétée de façon restrictive en gardant à l'esprit le terme « inconsistency » alors utilisé dans la version anglaise de l'article 2478 C.c.B.C.²⁰⁸. Enfin, en 1989, la Cour d'appel dans l'affaire *Gidep*, a refusé d'appliquer le principe de divergence au motif que la proposition de l'assuré contenait implicitement les clauses usuelles du contrat désiré²⁰⁹. Ces décisions cautionnent donc une vision restrictive de la notion de divergence²¹⁰. Il faut noter, par ailleurs, que ces décisions sont affaiblies du fait que les deux premières ont été renversées respectivement par la Cour d'appel et la Cour suprême et que la troisième se justifiait par des faits particuliers propres à l'espèce. C'est la référence à la notion de contre-offre vue du côté des attentes légitimes de l'assuré²¹¹ qui est plus régulièrement reprise

²⁰⁶ *Id.*, 97.

²⁰⁷ *La Souveraine c. Robitaille*, [1985] C.A. 319. Le jugement majoritaire est rendu par le juge Rothman, le juge Chouinard est dissident. Commentaire de Jean-Guy BERGERON, *loc. cit.*, note 178.

²⁰⁸ *La Souveraine c. Robitaille*, précité, note 207, 322.

²⁰⁹ *Gidep Inc. c. Le Groupement des courtiers*, [1989] R.R.A. 387 (C.A.). Il faut spécifier qu'il y avait dans cette affaire, faute du courtier. La Cour écrit que l'assuré n'a alors qu'à prendre un recours contre celui-ci (390).

²¹⁰ Voir pour un cas de contradiction : *Thibodeau c. Assurances Provencher-Verreault*, [1992] R.R.A. 381 (C.A.). Or, l'article 2400 C.c.Q. n'utilise plus le terme « *inconsistency* » mais « *discrepancy* ». Si on se réfère aux traductions offertes par le *Harrap's Shorter French-English Dictionary*, on retrouve sous « *inconsistency* » les mots « inconsistance », « contradiction », puis, sous « *discrepancy* », les termes « désaccord », « écart ». Il est permis de croire que la nouvelle version exige une différence entre les deux textes moins lourdes et que, par conséquent, les propos du juge Rothman pour la majorité pourraient ne plus être soutenus face à l'article 2400 C.c.Q.

²¹¹ Ce critère des attentes légitimes est utilisé tant positivement que négativement. Ainsi, la Cour d'appel, dans l'affaire *J.A. Martin et fils c. Hercules Autoparts*, [1996] R.R.A. 332 (C.A.) utilise le critère du profane pour déterminer ce que signifie « assurance tous risques » (mention apparaissant sur la proposition) et conclut qu'une police incluant des exclusions pour inondation était divergente. Le même critère a été utilisé dans *Bérubé c. Groupe Simcoe et Erié*, [1993] R.R.A. 651 (C.Q.) (montant de franchise différent) et *Fournier c. La Mutuelle d'Omaha, Cie d'assurances*, [1995] R.R.A. 663 (C.S.) (où le juge après avoir présenté les critères des professeurs Bergeron et Lluelles conclut qu'il y a violation des attentes légitimes du

par les tribunaux. Ainsi, dans l'affaire *Faubert*, la Cour d'appel a appliqué la théorie du professeur Bergeron²¹². La définition restrictive, exorbitante du sens commun du terme accident, constitue, si l'on se réfère aux attentes de l'assuré, une contre-offre. Cette définition devenait par conséquent une divergence et, n'ayant pas été dénoncée par l'assureur, n'était pas opposable à l'assuré²¹³. Ce raisonnement a été repris par la Cour supérieure en 1988, dans l'affaire *Marion* où, en *obiter*, le juge conclut qu'il y avait divergence entre les expressions « mutilation accidentelle », présente dans la proposition et « séparation complète à l'articulation de la cheville », contenue dans la police²¹⁴. Dans l'affaire *Ribo*, le juge Baudouin de la Cour d'appel utilise également ce principe pour décider que la clause d'exclusion pour « soin garde et contrôle » constituait, dans l'esprit de l'assuré, une contre-offre et que dans cette mesure elle était soumise à l'article 2478 C.c.B.C.²¹⁵.

preneur et donc divergence, mais ne donne de préférence pour aucun des deux critères présentés. Voir concernant cette décision : Bernard AMYOT, « Vues divergentes sur les divergences », dans *Développements récents en droit des assurances (1996)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 83). Cette notion d'attente légitime joue également dans l'autre sens. Ainsi, dans l'affaire *Auberge Rolande St-Pierre Inc. c. Cie d'assurances canadienne générale*, [1994] R.J.Q. 1213 (C.A.), la Cour refuse de voir une divergence car, selon elle, l'engagement formel n'aurait pas dû normalement causer de surprise au preneur.

²¹² *Faubert c. L'Industrielle Cie d'assurances sur la vie*, précité, note 90. Voir commentaire J.-G. BERGERON, *loc. cit.*, note 196.

²¹³ Voir C. BELLEAU, *loc. cit.*, note 200, 985, à la note 33.

²¹⁴ *Marion c. Cie Croix-Bleue*, [1988] R.J.Q. 683 (C.S.) (appel rejeté). L'application de l'arrêt *Faubert* est accessoire, la décision portant sur un contrat d'assurance antérieur à la réforme de 1976, l'article 2478 C.c.B.C. ne s'appliquait pas.

²¹⁵ *Groupe de Commerce, Cie d'assurance c. Service d'entretien Ribo Inc.*, précité, note 8. L'intérêt particulier de cet arrêt réside en ce que la proposition d'assurance était verbale; la question de savoir si l'article 2478 C.c.B.C. s'appliquait dans cette hypothèse se posait alors. Seul le juge Baudouin motive sa décision sur la notion de divergence. Le juge Beauregard, dissident, ne se prononce pas sur la question de l'application de l'article 2478 C.c.B.C. à la proposition verbale et est d'avis qu'en l'espèce, aucune preuve de divergence n'a été faite. Pour la juge Deschamps, l'article 2478 C.c.B.C. s'applique à la proposition verbale, mais elle ne l'applique pas en l'espèce, ne pouvant savoir qui, de l'assuré ou de l'assureur, le courtier représentait. Elle fonde donc son jugement sur l'aspect de l'interprétation du contrat; la clause ayant en l'occurrence l'effet d'exclure pratiquement toute garantie à l'assuré, elle ne doit pas être appliquée. Sans qu'elle le cite, il semble y avoir un rapprochement à faire entre ces motifs et la décision de la Cour supérieure

Deux décisions ont, en « *obiter* », plutôt appuyé la thèse du professeur Lluelles pour qui la notion doit être comprise dans un sens un peu plus restrictif, l'ajout de la clause devant être en contradiction flagrante avec les attentes de l'assuré. Dans l'affaire *Leroy*, la Cour d'appel (quoique ne tranchant pas la question de savoir si l'engagement de l'assuré de tenir les portes de son commerce continuellement verrouillées constituait une divergence) insiste sur la distinction entre les termes « divergence » et « différence »²¹⁶. Également, le juge Austin, de la Cour supérieure, dans un jugement renversé en appel, insiste quant à lui sur le fait que pour qu'il y ait divergence, l'exclusion doit réduire substantiellement (« *substantially* ») la garantie de l'assuré²¹⁷. Enfin, dans la célèbre affaire *Robitaille c. Madill*, le juge Letarte de la Cour supérieure a conclu que l'ajout de l'engagement formel constitue une divergence en rapport au contrat initial et que, faute d'indication de la part de l'assureur dans un autre document, celle-ci ne pouvait être opposée à l'assuré²¹⁸. Dans cette affaire, l'assuré

dans l'affaire *Hadley Shipping Co. c. Eagle Star Insurance*, précité, note 45. Voir commentaire de l'arrêt : Rémi MOREAU, « Chronique juridique », (1993) 61 *Ass.* 325; Christianne DUBREUIL, « L'obligation de renseignements de l'assureur : vers une moralisation des relations entre assureurs et assurés », dans *La morale et le droit des affaires – Les journées Maximilien-Caron 1993*, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 241. Sur la question de l'application de l'article 2400 C.c.Q. à la proposition verbale, voir également : O. JOBIN-LABERGE et L. PLAMONDON, *loc. cit.*, note 68, 1111. Aussi *cf.* : *Perron c. Cie d'assurance canadienne universelle*, précité, note 8.

²¹⁶ *Madill c. Les importations Leroy Inc.*, [1990] R.J.Q. 2378 (C.A.).

²¹⁷ *D.K. Automobile Inc. c. Timmins-Lacoste*, précité, note 175, 662. Dans le jugement en appel, la Cour, curieusement, ne discute aucunement de la question de la divergence et ne décide que sur la question du non-respect de l'engagement formel et de l'aggravation du risque (ce qui implique que la clause était opposable au preneur).

²¹⁸ *Robitaille c. Madill*, précité, note 134. Le juge n'élabore pas longuement sur la notion de divergence, il ne fait qu'appliquer le principe à l'espèce. Par ailleurs, en plus d'invoquer l'article 2478 C.c.B.C. (2400 C.c.Q.), il utilise l'article 2482 C.c.B.C. (2405 C.c.Q.), motivant que, le contrat ayant été formé lors de la rencontre des volontés entre le courtier et Robitaille et qu'il n'y fut alors pas question de la clause prévoyant l'engagement formel de l'assuré, celle-ci ne fait pas partie du contrat à moins qu'un avenant, signé des parties, eût été signé (pp. 343 et 344). Ce commentaire du juge illustre, encore une fois, la fausseté, face au droit commun, de la notion de divergence. Nous avons vu que la jurisprudence fait de la police non conforme à la proposition, une contre-offre. Cette réalité est en opposition avec le caractère consensuel unanimement reconnu au contrat d'assurance (et l'article 2399 C.c.Q.). Le contrat étant formé dès la rencontre des volontés, une police modifiant le

désirait contracter avec un nouvel assureur et lui demandait la même protection que celle qu'il avait alors. La proposition était ainsi constituée du premier contrat, ce qui faisait d'elle une véritable offre précise et complète. La décision de la Cour supérieure fut confirmée par la Cour suprême²¹⁹ qui, dans un jugement laconique, n'a pas cru bon devoir relever le défi d'établir les critères d'évaluation de la divergence et n'a fait que reprendre le dispositif de la Cour supérieure.

Il est donc particulièrement difficile de systématiser ces décisions et d'en tirer un corpus jurisprudentiel cohérent²²⁰. Rares en effet sont les commentaires tentant de dégager une règle un tant soit peu générale objectivant la notion de divergence²²¹. Il reste néanmoins que la tendance affichée par les tribunaux supérieurs,

contenu de celui-ci est alors une offre en vue d'un nouveau contrat. Vu ainsi, l'article 2400 C.c.Q. (2478 C.c.B.C.) perd toute utilité au profit de l'article 2405 C.c.Q. (2482 C.c.B.C.) puisque toute divergence devenant une modification à un contrat déjà formé, l'indication doit se faire dans un avenant conformément au système prévu à l'article 2405 C.c.Q. Il est évident que ce n'est pas là l'intention du législateur qui a prévu deux systèmes distincts : l'un pour la première remise de la police, l'autre pour une modification ultérieure apportée à celle-ci. Les commentaires du juge Letarte sont par conséquent incontestablement justes en vertu du droit commun des contrats, mais ne semblent pas refléter le système, quoique juridiquement très critiquable, implanté par le législateur en assurance. Cette justifiable confusion semble également être reprise par le jugement de la Cour suprême. Voir concernant l'article 2405 C.c.Q. Patrice DESLAURIERS, *La déclaration précontractuelle de risques en droit québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 30.

²¹⁹ *Robitaille c. Madill*, [1990] 1 R.C.S. 985. Voir commentaires : J.-P. CASAVANT, *loc. cit.*, note 23; Rémi MOREAU, « Chronique juridique », (1990-91) 58 *Ass.* 609; Jean-Guy BERGERON, « Les derniers développements en droit des assurances : récentes décisions de la Cour suprême du Canada », dans *Congrès 1991 - Barreau du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 699.

²²⁰ Voir pour d'autres applications de la notion de divergence : *Crédit Ford du Canada Ltée c. Cie d'assurances Missisquoi*, [1995] R.R.A. 234 (C.Q.) (différence dans le montant de la franchise); *Rivard c. Guardsman Insurance services Inc.*, [1993] R.R.A. 676 (C.S.); *Dumont c. Survivance Cie mutuelle d'assurance-vie*, [1996] R.R.A. 1272 (P.C.). Voir également, concernant une divergence entre l'attestation d'assurance collective et la police (art. 2401 C.c.Q.) : *Lapointe c. Industrielle-Alliance*, précité, note 172 (concernant la non-opposabilité de la clause d'exclusion en cas de suicide).

²²¹ Nous référons le lecteur à trois autres jugements qui ont conclu qu'il n'y avait pas divergence, toujours pour des raisons particulières en l'espèce non propices à tirer des préceptes généraux : *Airmac Systèmes Ltée c. Cie d'assurance Continentale du Canada*, [1990] R.R.A. 200 (C.S.); *Auclair c. Westbury Canadienne-vie*, [1992] R.R.A. 737 (C.S.) (appel rejeté); *Réunion Européenne c. Entreprises Forestières J.R. Inc.*, [1993] R.R.A. 395 (C.A.).

particulièrement par la Cour d'appel, appuie une interprétation très large de la notion de divergence : est une divergence toute clause qui, modifiée, supprimée ou ajoutée à la police, constitue au sens du droit commun, une contre-offre²²². Ce caractère de contre-offre doit être qualifié par rapport aux attentes raisonnables de l'assuré. Ainsi comprise, peut même être une divergence la clause qui se retrouve usuellement dans un contrat donné. Une fois qualifiée de divergence, la clause doit être indiquée dans un document distinct de la police, sans quoi elle ne fait pas partie du contrat d'assurance. Il est néanmoins prématuré de conclure que ce mouvement jurisprudentiel, quoique majoritaire, soit définitivement fixé pour l'avenir, ce qui par ailleurs, à notre avis, n'est pas souhaitable. En effet, cette façon d'interpréter la notion de divergence lui donne un champ d'application trop étendu. Toute clause modifiant le risque ou augmentant les obligations de l'assuré est perçue comme une divergence. En soi, la constatation n'est pas fautive puisqu'il est essentiel que l'assuré soit informé de ces modifications pour qu'il puisse y consentir. Le danger réside, par contre, à deux niveaux. Le premier est qu'il faut garder à l'esprit que l'assurance est à la base un contrat et donc que le consentement doit exister chez l'assuré, mais également chez l'assureur. Étendre indûment la notion de divergence va à l'encontre de cette réalité parce qu'elle rend contractuel ce qui ne l'est pas²²³. Conclure à une divergence si l'assureur accepte une indemnité inférieure de 50% à celle demandée, c'est voir un contrat là où il n'y en a pas. Dans ce cas, les volontés ne se sont pas rencontrées²²⁴. Le second danger s'évalue par rapport au but même de la notion de divergence. Cette notion a été instaurée pour protéger et informer

²²² Et non simplement l'ajout d'une modalité accessoire.

²²³ R. MOREAU, *loc. cit.*, note 215, 326.

²²⁴ On pourrait dans certains cas, on le verra, donner raison à l'assuré par le biais de la faute dans l'obligation de renseignement de l'assureur ou du courtier. Le résultat peut potentiellement être le même, mais le raisonnement juridique pour y arriver ne viole pas l'esprit et la notion même de contrat, échange de volontés. Voir par ailleurs le principe « d'effet obligatoire de l'information » proposé dans Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 221, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 507 et suiv.

l'assuré qui, ne lisant pas la police par négligence, découragement, incompétence ou même fatalisme, ne connaît pas ses droits et obligations. L'assureur doit alors indiquer les divergences dans un document séparé pour que l'assuré, sans avoir à lire l'entier de la police, puisse consentir « librement » aux nouvelles clauses²²⁵. Or, en étendant indûment l'impact de la notion de divergence, ce document risque de devenir aussi complexe que la police elle-même et par conséquent décourager l'assuré de le lire²²⁶. En voulant trop protéger l'assuré, le contraire peut se produire²²⁷. Pour ces raisons, nous favorisons une vision plutôt restrictive de la notion de divergence. Nous considérons l'interprétation du professeur Lluellas comme la plus adéquate. Tout en respectant le plus possible la notion de contrat²²⁸, elle a en effet le mérite – ou le réalisme – de ne pas fixer de norme absolue et d'éviter de faire de la notion de divergence une notion trop rigide. Il reste néanmoins qu'il serait avantageux d'avoir un critère plus précis, mais celui-ci semble difficile, voire impossible à développer.

En fait, là réside un danger supplémentaire. S'il est si difficile de déterminer précisément la notion de divergence, c'est parce qu'elle est une notion techniquement fautive : il y a contrat ou il n'y en a pas. Par cette notion, le législateur essaie de rendre contractuelle une entente non suffisamment complète pour l'être. Cette situation est la conséquence de deux réalités.

En premier lieu, la proposition n'étant pas, par manque de précision et de fermeté, une offre, il devient inévitable que la police doive ajouter plusieurs clauses essentielles au contrat.

Voulant que cette police constate l'acceptation de l'assureur et le

²²⁵ Cette exigence du tiers document a été soulevée pour la première fois par le juge Letarte dans l'affaire *Robitaille* pour ensuite être reprise par le législateur à l'article 2400 C.c.Q. Elle ne fait par ailleurs pas l'unanimité au sein de la doctrine : R. MOREAU, *loc. cit.*, note 215, 339; C. BELLEAU, *loc. cit.*, note 199, 1055.

²²⁶ Considérant particulièrement que la proposition contient peu de clauses (environ 2% de la police, selon M^e Casavant), le tiers document risque de devenir pratiquement l'identique de la police.

²²⁷ O. JOBIN-LABERGE et L. PLAMONDON, *loc. cit.*, note 68, 1109.

²²⁸ Le plus possible, car la notion de divergence est à l'encontre même de la notion de contrat, les deux concepts sont alors difficilement conciliables.

contrat intervenu, il survient des distinctions entre les deux documents qui, en fait, ne sont pas la rencontre de deux volontés, mais l'illustration de deux phénomènes distincts²²⁹, l'un est une demande imprécise d'assurance, l'autre, la première élaboration d'un éventuel contrat. Cette constatation étant faite, il devient logique que la notion de divergence soit impossible à préciser. En second lieu, la volonté législative qu'il y ait formation du contrat d'assurance avant la remise de la police est antinomique à la réalité. Celle-ci ne constate généralement pas le contrat formé verbalement, elle le complète, le modifie. Il serait plus adéquat et juridiquement plus exact de « retarder » la conclusion du contrat au moment de l'acceptation de la police par l'assuré. Ainsi, le consentement serait donné en une seule étape sur l'ensemble des stipulations du contrat et le problème des divergences disparaîtrait²³⁰. De plus, l'acharnement à faire du contrat d'assurance un contrat consensuel²³¹ va à l'encontre de la réalité moderne. Celui-ci n'est pas un contrat simple dans ses modalités, mais la représentation d'une opération complexe, reposant sur des principes et des règles nombreuses et impératives, telle la mutualité, principes que l'on ne peut négliger en faveur d'une protection des assurés²³². Certes, cette protection doit exister et être favorisée, mais il nous semble qu'elle doit l'être dans le respect des réalités juridiques, actuarielles et pratiques. Dans cet ordre d'idée, il nous apparaît que la notion de divergence occulte une réalité qui ne peut être ignorée : l'assuré et l'assureur sont plutôt des adversaires éventuels que des partenaires

²²⁹ O. JOBIN-LABERGE et L. PLAMONDON, *loc. cit.*, note 68, 1108 : « Comme on peut le constater, la proposition d'assurance ne comporte jamais les conditions du contrat, tant ses limites que ses exclusions, puisqu'il ne s'agit pas d'un document visant à informer l'assuré mais plutôt d'un document visant à informer l'assureur des éléments de l'offre présentée par l'assuré ».

²³⁰ Un contrat temporaire pourrait être conclu pour protéger l'assuré tant que le contrat définitif ne l'est pas.

²³¹ Acharnement qu'illustre bien le principe de divergence, cette dernière tronquant la notion de contrat afin de curieusement défendre l'idée du consensualisme en assurance.

²³² Voir sur la complexification des contrats : J.-G. BELLEY, *loc. cit.*, note 88, 1052. Voir également sur cet aspect dans le contrat d'assurance : C.J. BERR et H. GROUDEL, *op. cit.*, note 23, p. 21.

contractuels²³³. Cette réalité vient de l'aspect aléatoire de l'assurance. Une des parties prend part au contrat dans l'espoir que celui-ci ne s'exécutera jamais, c'est-à-dire que le risque ne se réalise pas. Les intérêts des deux parties sont donc inévitablement et automatiquement divergents et ce, non seulement dans la phase de la formation du contrat – ce qui est usuel – mais également dans la phase de son exécution. L'assuré désire la plus grande protection possible, l'assureur le contraire²³⁴. La police que l'assuré, faible de son incompréhension, n'a pas connue, risque alors de devenir l'échappatoire de l'assureur. Face à un premier malheur, l'assuré risque d'en voir un second s'abattre sur lui, soit le refus de couverture de l'assureur. Il tentera alors, de toutes les façons, d'obtenir la couverture la plus complète possible. La notion de divergence fait fi de cette réalité en ce qu'elle risque d'inverser tout aussi injustement la réalité.

La notion de divergence, telle que semble vouloir l'appliquer la Cour d'appel, fait du contrat d'assurance ce que l'assuré seul a voulu dans la simple limite de ce qui était « raisonnable » (et même là, cette limite n'est pas toujours évidente). Or, le contrat est ce qu'il est : une rencontre de deux volontés et non pas la manifestation d'une seule d'entre elles. En voulant faire revivre cette réalité trop souvent virtuelle du fait de la puissance de l'assureur, le législateur risque de faire injustement primer la volonté de l'assuré sur celle de l'assureur. L'assureur, sans telle exclusion ou tel engagement formel, n'aurait peut-être pas voulu assurer ou l'aurait fait moyennant une prime plus élevée. Le tribunal ne peut pas modifier unilatéralement la volonté d'une partie contractante postérieurement au contrat.

La réalité de l'aspect conflictuel des intérêts entre l'assuré et l'assureur commande cependant bien évidemment une protection accrue de l'assuré, partie assujettie à la force économique et technique de l'assureur. En fait, l'option idéale réside dans la théorie de la responsabilité du courtier ou de l'assureur – si le

²³³ C.J. BERR et H. GROUDEL, *op. cit.*, note 23, p. 22.

²³⁴ Rémi MOREAU, « La plus entière bonne foi », (1992-93) 60 *Ass.* 577.

courtier est son agent –, dans l'exécution de leur obligation de renseignement et de conseil²³⁵. C'est d'ailleurs de cette façon que les systèmes français²³⁶, canadien²³⁷ et américain²³⁸ résolvent la question de non-conformité de la police à l'entente entre les parties. La jurisprudence québécoise, avant 1976, ou encore maintenant lorsque le principe des divergences ne peut s'appliquer, sanctionne aussi ce devoir de renseignement²³⁹, et ce, même avant la formation du contrat d'assurance²⁴⁰. Il est clair que la notion de divergence est une illustration législative de cette obligation et en ce sens, elle n'est pas mauvaise. Toutefois, l'information divulguée par le respect de cette notion se fait *après* la formation du contrat et n'est alors pas utile à l'assuré dans son choix de contracter ou non. De plus, elle porte le débat au niveau du contenu contractuel

²³⁵ Ce sujet étant en soi très vaste, nous ne faisons que le présenter. Nous référons cependant aux trois textes suivants : J.-G. BERGERON, « L'obligation de renseignement de l'assureur », *loc. cit.*, note 196; C. DUBREUIL, *loc. cit.*, note 215; P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 218, p. 17.

²³⁶ Cass. civ. 1^{re} ch. 7 mars 1989. D. i.r. 94; Cass. civ. 1^{re} ch. 10 fév. 1987. *Bull. civ. I*. n° 44. p. 33; Cass. civ. 1^{re} ch. 26 avr. 1977, (1978) 49 *R.G.A.T.* 219; Cass. civ. 1^{re} ch. 3 janv. 1985, (1985) 56 *R.G.A.T.* 375. Voir le principe « d'effet obligatoire de l'information » proposé dans M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, note 224, p. 507 et suiv.

²³⁷ C. DUBREUIL, *loc. cit.*, note 215. Voir entre autres en jurisprudence : *Fine's Flower Ltd. c. The General Accident Assurance Co. of Canada*, [1978] I.L.R. 1-973 (C.A. Ont.); *Blue c. Pearl Assurance Co.*, précité, note 152; *Piggot Construction (1969) Ltd. c. Saskatchewan Government Insurance Office*, (1986) 16 C.C.L.I. 104 (C.A. Sask.).

²³⁸ *Darner Motor Sales Inc. c. Union Underwriters Ins. Co.*, (1984) 682 P. 2d 388; *Connell c. State Farm Mutual Auto Ins. Co.*, (1986) 482 So 2d 1165; *Gristock c. Royal Ins. Co.*, (1891) 49 NW 634; *Stamps c. Consolidated Underwriters*, (1970) 468 P. 2d 84; *State Distributing Corp. c. Travelers Indemnity Co.*, précité, note 179.

²³⁹ *Bergeron c. La Laurentienne Vie Inc.*, [1997] R.J.Q. 1070 (C.S.) (en appel); *Coutu c. Assurances Benoit Côté*, [1997] R.R.A. 595 (C.Q.); *Michaud c. Société Mutuelle d'assurances générales du Comté de Rivière-du-Loup*, précité, note 68; *Galarneau c. Les assurances Marcel Hamel*, [1995] R.R.A. 406 (C.S.); *Téléson Électronique c. Seymour Alper Inc.*, [1991] R.R.A. 623; [1997] R.J.Q. 354 (C.A.); *Lemieux c. Dessureault*, précité, note 58; *Lamarre c. La Garantie, Cie d'Ass. Amérique du Nord*, [1986] R.R.A. 659 (C.S.); *Côté c. Labrecque*, [1960] C.S. 72; *Cie d'Assurance des Provinces-Unies c. Poulin*, précité, note 195; *Bleau c. Cie d'assurance Halifax*, précité, note 90; *Blackburn c. Bossché*, [1949] B.R. 697; *Bélanger c. Gagnon, Chabot, Labrecque et associés*, [1988] R.R.A. 146 (C.S.); *Arvisais c. Ménard*, précité, note 195; *Gidep Inc. c. Le groupement des courtiers*, précité, note 209.

²⁴⁰ *Baril c. L'Industrielle, Cie d'Assurance sur la vie*, [1991] R.R.A. 196 (C.A.); *Fletcher c. société d'Assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191.

puisqu'elle permet la restructuration totale du contrat en établissant une rencontre fictive de volontés. En effet, comment justifier *contractuellement* que l'assureur, ayant accepté le risque pour une indemnité de 50 000 \$ et reçu une prime proportionnelle, soit tenu de payer une indemnité dix fois plus importante, pour la simple raison que l'assuré l'avait demandée? Il n'y a eu aucune convention en ce sens. Dans ce cas, il devrait y avoir condamnation de l'assureur à des dommages-intérêts, représentant la perte de gain, en raison d'une faute, s'il y a lieu, dans l'exécution de l'obligation d'information. Le résultat peut alors être le même mais fondé sur la responsabilité civile.

Enfin, le mécanisme de divergence rend invariablement responsable l'assureur lorsqu'il peut s'avérer que ce soit le courtier qui, mandataire de l'assuré, n'a pas rempli ses obligations de renseignement. C'est alors à lui d'assumer les dommages dus à la mauvaise exécution de ses obligations et non, par une modification du contenu contractuel, à l'assureur.

Nous sommes donc en faveur d'un système juridiquement plus conforme au droit commun. Une offre, par définition complète et ferme (en l'occurrence ici **généralement** la police), est faite à l'assuré. Celui-ci, l'étudiant, peut l'accepter ou la refuser. Dans la première éventualité, le contrat est formé. S'ajoute une obligation de renseignement de la part du courtier et de l'assureur qui, s'ils ne la respectent pas, selon les faits et selon l'intensité de l'obligation de l'assuré de lire la police, se verront obligés de dédommager l'assuré. L'avantage d'un tel système est qu'il respecte la structure juridique du contrat, assure une information précontractuelle – et non postcontractuelle – à l'assuré et ramène une stabilité du contenu contractuel de l'assurance. Tout n'est alors qu'une « simple » application de la théorie de la responsabilité.

B. L'expression de l'acceptation

La volonté, pour être une réalité juridique, doit être extériorisée. La forme que prend cette manifestation extérieure n'importe pas, elle

peut être tacite ou expresse²⁴¹. Ainsi, une manifestation écrite, verbale, gestuelle ou même déduite d'un comportement peut être reconnue comme une expression juste et suffisante de la volonté du contractant.

Si l'acceptation d'une offre peut être expresse ou tacite, peut-elle être le résultat du silence de la part du bénéficiaire? Cette question a été longuement débattue par les auteurs. Le principe, par ailleurs bien établi, veut que le silence ne puisse équivaloir à acceptation : « Qui ne dit mot ne consent pas »²⁴². Ce principe est maintenant codifié à l'article 1394 C.c.Q. Aucune réalité juridique n'étant absolue, il existe cependant trois exceptions codifiées à l'article 1394 C.c.Q.²⁴³.

La première exception est la volonté des parties. Cette exception n'exige pas d'explication et ne constitue qu'une application particulière de la liberté de contracter²⁴⁴.

La deuxième est la loi. Le législateur peut en effet prévoir que, dans certains cas, le silence d'une partie équivaut à acceptation. Ainsi, par exemple en France, l'article L 112-2 du *Code des assurances* prévoit que le silence de l'assureur dans les 10 jours de

²⁴¹ J. SCHMIDT, *op. cit.*, note 27, p. 82; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 16, p. 353 et suiv.; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 49, p. 91. La distinction entre manifestation tacite et expresse, quoique paraissant aller de soi, n'est pas simple : un signe de la tête est-il une expression tacite ou expresse? Même question pour les gestes d'un muet ou pour l'exécution « silencieuse » du contrat. Les auteurs ne sont pas d'accord sur ce sujet et se divisent en deux écoles : l'une dite objective et l'autre, subjective. Voir sur ce sujet : Pierre GODÉ, *Volonté et manifestations tacites*, Paris, P.U.F., 1977, p. 23 et suiv.; Alfred RIEG, « Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français », dans *Travaux de l'association Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1972, p. 40, à la page 44; Mircea DURMA, *La notification de la volonté*, Paris, Sirey, 1930, p. 241 et suiv.

²⁴² Cass. civ. 25 mai 1870 D.P. 1870. I. 257; Req. 13 août 1872. D.P.1874.I. 77; C.A. Douai. 12 nov. 1953. D. 1954. 63; *Durand c. Crédit St-Laurent Inc.*, [1966] C.S. 282; *Rochon c. Bennette*, (1922) 60 C.S. 537; *Grace c. Perras*, (1921) 62 R.C.S. 166; *Gélinas c. Cie Tremblay & Desbiens*, (1913) 22 B.R. 542; *Caron c. Perkins*, précité, note 130; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 16, p. 358; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 49, p. 92; J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 16, p. 102. En droit comparé, voir l'étude dans René RODIÈRE, *La formation du contrat*, Paris, Pédone, 1976.

²⁴³ Une quatrième exception connue en droit français ne figure pas à l'article 1394 C.c.Q. : celle de l'offre faite à l'avantage exclusif du bénéficiaire : Req. 29 mars 1938. D.1939.I. 5 note Voirin; Cass. ch. soc. 12 fév. 1985. *Bull. civ.* V, n° 96, p. 70.

²⁴⁴ C.A. Besançon. 27 déc. 1930. D. 1931. 124.

l'envoi d'une offre de renouvellement par l'assuré vaut acceptation²⁴⁵. Au Québec, l'article 2405 C.c.Q. prévoit que la non-contestation de l'assuré pendant une période de 30 jours suivant la réception d'un avenant, lors du renouvellement d'une police, constitue également une acceptation. L'article 2132 C.c.Q., en matière de mandat, en est un autre exemple.

Quant à la troisième, elle se réfère aux circonstances particulières tels les usages ou les relations contractuelles antérieures. Ainsi, la jurisprudence a admis à plusieurs reprises, particulièrement dans des cas de renouvellement de contrats commerciaux, que le silence pouvait équivaloir à une acceptation²⁴⁶. Cette exception a souvent donné lieu à des litiges sur la question de savoir si l'acceptation d'un contrat, d'un reçu ou d'un billet, sans réaction du contractant, équivalait ou non à acceptation du document et de ses clauses accessoires qui n'avaient pas fait partie de l'entente initiale²⁴⁷. La jurisprudence nombreuse est à ce sujet contradictoire et il est difficile de percevoir une tendance majoritaire²⁴⁸. Les auteurs sont également divisés sur cette question²⁴⁹.

²⁴⁵ J. GHESTIN, *op. cit.*, note 16, p. 359; Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 20, p. 167.

²⁴⁶ *R.C. Coull Co. c. Latrémouille*, [1968] R.L. 78; *Mainguy c. Crispo*, [1971] R.L. 65; *Astier Faurot et Cie c. Mendelsohn*, (1925) 63 C.S. 225. Req. 14 mai 1912. D. 1913. I. 281; Req. 15 mars 1944. S. I. 40. En sens contraire : *Garneau Turpin Ltée c. Gravelle*, [1969] R.L. 498; *Dorion c. Savard*, [1959] R.L. 497.

²⁴⁷ Yves BOYER, *L'obligation de renseignement dans la formation du contrat*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1978, p. 217. Le silence, rapporte cet auteur, ne peut être significatif d'une acceptation de clauses venant dénaturer l'essence du contrat, cela devenant une nouvelle entente. Le principe de non-reconnaissance du silence comme acceptation doit donc recevoir application ici.

²⁴⁸ Cass. ch. com. et fin. 3 déc. 1985. *Bull. civ.* IV, n° 289; Cass. civ. 8 mai 1907. S. 1909. I. 486; Cass. civ. 9 mars 1942. *Gaz. Pal.* 1942. I. 264; Req. 26 déc. 1898. D. 1899. 319; Req. 27 janv. 1909. D. 1909. 173; *Langevin c. Duval*, précité, note 120.

²⁴⁹ Ainsi, Y. BOYER est d'avis que les tribunaux ont renversé définitivement le courant pour établir clairement que le silence ne vaut pas consentement pour les clauses remises postérieurement au contrat, même pour les clauses accessoires : *op. cit.*, note 247, p. 217 et suiv. J. GHESTIN, quant à lui, tout en reconnaissant la sévérité accrue des tribunaux à ce sujet, ne tranche pas la question de façon si absolue, *op. cit.*, note 16, p. 388. Il ne faut pas confondre la jurisprudence sur ce sujet et celle sur la question de savoir si l'exécution silencieuse du contrat équivaut à acceptation de celui-ci. En effet, l'acceptation « passive » des documents contractuels est bien souvent contemporaine à l'exécution partielle ou totale du contrat : *Allan's Beverages*

Il ne faut pas confondre acceptation par silence et acceptation tacite. Le silence n'est pas seulement le fait de ne pas parler ou de ne pas écrire, mais bien l'absence de toute manifestation, de tout comportement. Pour être silencieuse, l'attitude doit être totalement passive²⁵⁰. Ainsi un geste corporel, quoique « silencieux », constitue néanmoins une manifestation expresse de volonté. Le silence, entendu ici, ne se réfère pas à une manifestation physique, mais psychologique.

L'exécution du contrat proposé, à l'exclusion de tout autre comportement, ne constitue pas un comportement silencieux, mais représente plutôt, potentiellement, une acceptation tacite de l'offre²⁵¹.

Ainsi, a été reconnu comme acceptation du contrat, le fait d'encaisser un chèque²⁵², de payer sans protestation une facture²⁵³ ou encore de prendre livraison du matériel acheté²⁵⁴. Ce type d'acceptation n'est généralement pas contesté et est régulièrement reconnu, dépendant de la situation factuelle²⁵⁵. La solution n'est par ailleurs pas aussi tranchée pour ce qui est des clauses accessoires au contrat ou des modifications postérieures à la formation de celui-ci. La jurisprudence, à l'instar de celle sur

c. *Kopernick*, précité, note 131; *Reinhart c. Regent Children's Dress*, (1922) 28 R. de J. 208; *Suburban Enterprises Inc. c. Prévost*, [1955] B.R. 389.

²⁵⁰ Cf. J. GHESTIN, *op. cit.*, note 16, p. 358; J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 15, p. 288; A. RIEG, *loc. cit.*, note 241, 52; F. KINT, *loc. cit.*, note 32, 47.

²⁵¹ P. GODÉ, *op. cit.*, note 241, p. 29. Voir les décisions citées à la note 249.

²⁵² *Allan's Beverages c. Kopernick*, précité, note 131; *Reinhart c. Regent Children's Dress*, précité, note 249 (et la jurisprudence citée).

²⁵³ *Kearny c. Letellier*, (1897) 27 R.C.S. 1; *Suburban Enterprises Inc. c. Prévost*, précité, note 249; *Lavigne (1961) Ltée c. Les immeubles Alfred Dallaire Inc.*, [1976] C.P. 408.

²⁵⁴ Cass. ch. comm. et fin. 22 janv. 1975. *Bull. civ.* IV, n° 22. p. 18; Cass. ch. comm. et fin. Bull. III. 21 oct. 1958. n° 355, p. 298.

²⁵⁵ J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 16, p. 101; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 16, p. 354; J. SCHMIDT, *op. cit.*, note 27, p. 83. Voir également *Pierre-Louis c. L'Industrielle-Alliance Cie d'assurances sur la vie*, précité, note 90. Dans cette affaire, la Cour d'appel a considéré que le fait pour l'assureur d'avoir encaissé un chèque ne vaut pas acceptation, car une demande d'examen médical avait été faite antérieurement. La Cour condamne cette façon de faire (encaisser le chèque avant acceptation du risque), mais est d'avis que la sanction de cet agissement n'est pas la formation du contrat.

l'acceptation par le silence, est plus confuse et moins régulière²⁵⁶. Nous croyons qu'il faut alors faire un lien entre la question de l'obligation de lire le contrat et celle de son acceptation par exécution ou par silence.

En effet, on ne peut reprocher à l'adhérent de ne pas avoir lu le contrat et pris connaissance des clauses accessoires que s'il a, *a priori*, l'obligation de le faire. Or, il n'est pas évident qu'une telle « obligation » existe pour le contrat d'assurance²⁵⁷. Il devient par conséquent logique de douter que la simple exécution de la part de l'adhérent emporte automatiquement acceptation de tout le document contractuel : pour qu'il y ait consentement, il doit y avoir connaissance et pour reconnaître l'existence d'un consentement tacite, il doit y avoir certitude, le doute bénéficiant à la thèse de l'absence de consentement²⁵⁸. L'exécution emporte donc acceptation du contrat dans son objet mais pas nécessairement dans ses modalités ou dans les modifications qui y sont postérieurement apportées.

Ayant exposés les principes de l'expression de l'acceptation, nous tenterons maintenant de les appliquer au contrat d'assurance. Nous verrons, en un premier temps, l'expression de l'intention de l'assureur (1) pour ensuite voir celle de l'assuré (2).

²⁵⁶ Exécution n'équivaut pas à acceptation : Cass. ch. soc. 8 déc. 1960. *Bull. civ.* IV, n° 1146, p. 888; Cass. civ. 3^e ch. *Bull. civ.* 1958. III. n° 465. p. 390. Équivaut à acceptation : Cass. ch. comm. et fin. 21 oct. 1958, précité, note 254; Cass. ch. comm. et fin. 22 janv. 1975, précité, note 254; Cass. civ. 1^{re} ch. 9 janv. 1933. S. 1933. 145; Cass. civ. 1. 25 juin 1991. no 205. p. 134; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 16, pp. 354 et 388; Y. BOYER, *op. cit.*, note 247, p. 221; Michel DESPAX, « L'acceptation par le salarié de modifications aux conditions de travail initialement convenues avec l'employeur », dans *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 449, à la page 456; Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Les obligations – L'acte juridique*, 4^e éd., Paris, Armand Colin, 1990, p. 133.

²⁵⁷ Nous y reviendrons lorsque nous étudierons l'expression de l'acceptation du preneur.

²⁵⁸ *Bernatchez c. Vaillancourt*, [1964] B.R. 860; *Dorion c. Savard*, précité, note 246; *Commissaires d'écoles pour la municipalité scolaire Mtl-Sud c. Lord*, [1965] C.S. 205; *Caouette c. Patenaude Automobile Ltée*, [1961] C.S. 302; J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 16, p. 101; Cass. civ. 1^{re} ch. 2 déc. 1969, (1970) *R.T.D.C.* 589 et l'intéressante note de Gérard Cornu sur le caractère fictif de la reconnaissance d'acceptation tacite au fait qu'un client ouvre la portière d'une voiture taxi.

1. L'expression de l'acceptation de l'assureur

L'expression de l'acceptation de l'assureur ne pose pas véritablement de problème. Sa volonté, que ce soit lors de l'acceptation de la proposition d'assurance ou lors d'une modification postérieure, se fait expressément par l'envoi d'une police ou d'un avenant²⁵⁹. Cet envoi est en réalité bien souvent la simple confirmation écrite d'une acceptation déjà exprimée verbalement, soit par l'assureur lui-même, soit par un courtier autorisé.

Le silence de l'assureur ne constitue pas, conformément au principe de l'article 1393 C.c.Q., une acceptation de la proposition de l'assuré²⁶⁰. Il existe même en France, dans le cadre de l'assurance-automobile (qui est obligatoire), une présomption de refus de l'assureur si celui-ci garde le silence plus de 15 jours²⁶¹. Par ailleurs, toujours en France, en matière de modification du contrat, le silence de l'assureur pendant 10 jours suivant la réception d'une proposition de modification ou de prolongation faite par lettre recommandée équivaut à acceptation²⁶².

2. L'expression de l'acceptation du preneur

Puisque l'assuré, lors de la conclusion du contrat initial, est l'offrant, nous devrions parler de l'acceptation de celui-ci exclusivement dans le cas d'une modification au contrat. Normalement, le contrat étant déjà formé par l'acceptation verbale

²⁵⁹ Cass. civ. 1^{re} ch. 4 janv. 1980, précité, note 140; Cass. civ. 1^{re} ch. 24 mai 1978. *Bull. Civ. I*, n° 203, p. 163; Cass. civ. 1^{re} ch. 21 mars 1978, précité, note 123; Cass. civ. 1^{re} ch. 21 juin 1983. *Bull. Civ. I*, n° 176, p. 155; Cass. civ. 1^{re} ch. 15 févr. 1978, (1978) 49 *R.G.A.T.* 508; Cass. civ. 1^{re} ch. 14 juin 1977, précité, note 50; Cass. civ. 1^{re} ch. 14 déc. 1976, (1977) 48 *R.G.A.T.* 487; Cass. civ. 1^{re} ch. 4 mai 1982, (1983) 54 *R.G.A.T.* 188. Voir en droit américain : *Central Life Ins. Co. c. Robinson*, précité, note 179; *Moore c. Palmetto State Life Ins. Co.*, (1952) 73 SE 2d 688 (S.C. South Carolina).

²⁶⁰ D. LLUELLES, *op. cit.*, note 7, p. 41; Pascal TIFFREAU, « Le silence et le contrat d'assurance », (1989) 60 *R.G.A.T.* 761.

²⁶¹ Art. R-212-4 C. ass. Voir : Cass. civ. 1^{re} ch. 2 mai 1990, *Resp. civ. Ass.* 1990-257.

²⁶² André BESSON, « Modifications conventionnelles apportées à un contrat d'assurance en cours », (1957) 28 *R.G.A.T.* 357; Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 20, p. 167; P. TRIFFEAU, *loc. cit.*, note 260, 779; Cass. civ. 1^{re} ch. 22 juill. 1986, (1986) 57 *R.G.A.T.* 533.

de l'assureur, l'assuré ne devrait pas avoir à accepter la police, celle-ci étant censée constater par écrit l'accord initial. Cependant, puisque la police est généralement source de nouvelles dispositions contractuelles, l'assuré doit exprimer un nouveau consentement afin d'accepter ces modifications. La question porte alors sur l'acceptation par l'assuré des divergences entre sa proposition et la police.

L'article 2400 C.c.Q., contrairement à l'article 2405 C.c.Q. pour le cas d'un avenant et aux lois des autres provinces, ne prévoit pas de présomption d'acceptation des divergences dénoncées dans le tiers document. La question de l'expression et de l'existence de ce consentement conserve alors toute son acuité. Il est évident que si l'assureur exige de l'assuré une signature du document énumérant les divergences, le consentement est prouvé²⁶³. Mais dans le cas plus fréquent où aucun document n'est signé, l'acceptation doit être démontrée autrement.

La jurisprudence classique était fixée sur le sujet et correspondait à celle du droit commun. La simple rétention de la police et le paiement des primes sans protestation équivalait à acceptation de la police dans son ensemble²⁶⁴. Cette acceptation tacite supposait nécessairement une obligation de l'assuré de lire entièrement la police²⁶⁵ et de s'informer sur les aspects qu'il ne comprenait pas.

²⁶³ *Madill c. Les importations Leroy Inc.*, précité, note 216.

²⁶⁴ *Aréna de Québec Ltée c. Stevenson*, [1944] C.S. 325; *Grenier c. Giroux*, [1951] B.R. 26; *Lalanne c. New York Fire Ins. Co.*, [1960] C.S. 1. Au Canada anglais : *Provident Saving Life Ins. c. Mowat*, (1902) 32 R.C.S. 147. Aux États-Unis : *Central Life Ins. Co. c. Robinson*, précité, note 179; *Citizen's National Life Ins. Co. c. Murphy*, (1913) 156 S.W. 1069 (C.A. Kentucky); *Ginners' Mutual Underwriters c. Fisher*, précité, note 179; *Home Ins. Co. of New York c. Horrell*, (1921) 227 S.W. 830 (C.A. Missouri); *Neuner c. Gove*, précité, note 179; *Nossaman c. Northwestern National Life*, précité, note 179; *Parks c. American Casualty*, (1977) 572 P. 2d 801 (S.C. Arizona); *Porter c. Butte Farmers Mutual Ins.*, (1961) 360 P. 2d 372; *Prudential Ins. Co. of America c. Anaya*, (1967) 428 P. 2d 640; *State Distributing Corp. c. Travelers Indemnity Co.*, précité, note 179; *Sublett c. World Ins. Co.*, (1949) 224 S.W. 2d 288 (C.A. Texas); *Sturgis c. Bradley*, (1919) 208 S.W. 124 (C.A. Missouri); *Weisman c. Continental Life Ins. Co.*, (1925) 267 S.W. 21 (C.A. Missouri); *Cook c. Michigan Mutual Liability Co.*, précité, note 103. En droit anglais : *Rust c. Abbey Life Ass.*, précité, note 98.

²⁶⁵ R. BOUT, *op. cit.*, note 51, p. 20; D. LLUELLES, *op. cit.*, note 7, p. 82. La majorité des causes citées réfèrent d'ailleurs à la négligence de l'assuré de ne pas avoir lu le contrat.

Or, la jurisprudence récente refuse à l'assureur le droit d'opposer à l'assuré l'omission par celui-ci d'avoir lu la police, afin de s'exonérer de sa responsabilité dans l'inexécution de son obligation d'information et de remise d'une police conforme à la proposition²⁶⁶. Il est néanmoins faux, au regard de cette jurisprudence, de conclure que l'assuré n'a plus l'obligation de lire sa police. L'assuré doit agir comme une personne raisonnable pour tenter de connaître ses droits et obligations issus du contrat qu'il conclut. À ce titre, il conserve donc, du moins en théorie, l'obligation de lire son contrat²⁶⁷. Il a même été décidé par la Cour du Québec qu'il y avait faute commune de l'assuré et de l'assureur, l'assureur n'ayant pas informé l'assuré et ce dernier n'ayant fait

²⁶⁶ *Coutu c. Assurances Benoit Côté*, précité, note 239; *Robitaille c. Madill*, précité, note 219 (C.S.C.) et 134 (C.S.); *Groupe de Commerce, Cie d'assurances c. Service d'entretien Ribo Inc.*, précité, note 8; *Bélanger c. Gagnon, Chabot, Labrecque et associés.*, précité, note 239; *Bleau c. Cie d'assurance Halifax*, précité, note 90; *Chrétien c. Le Groupe Commerce*, J.E. 84-856 (C.P.); *Lamarre c. La Garantie, Cie d'Ass. Amérique du Nord*, précité, note 239; *Lemieux c. Dessureault*, précité, note 58; *Téléson Électronique c. Seymour Alper Inc.*, précité, note 239; *Wilkinson c. Lagrandeur*, [1971] C.A. 198. Dans le sens contraire : *La Souveraine c. Robitaille*, précité, note 207; *Atlas Ass. Co. c. Turgeon*, [1967] B.R. 631; [1969] R.C.S. 286; *Duchesneau c. Great American Ins. Co.*, [1955] B.R. 121; *Gosselin c. The Independant Order of Foresters*, (1905)11 R. J. 259; *Industries G.M.C. Inc. c. Dupuis, Tremblay, Parizeau Inc.*, [1988] R.R.A. 399 (C.S.) (absence de faute du courtier); *Miller c. Liberty Mutual Ins. Co.*, [1990] R.R.A. 718 (C.Q.); *Lalanne c. New York Fire Ins. Co.*, précité, note 264; *Similingis c. Provincial Fire Insurance Co.*, (1917) 23 R.L.n.s. 323; *Simpson c. Caledonian Ins. Co.*, (1893) 2 B.R. 209. En France : Cass. civ. 1^{re} ch. 10 fév. 1987, précité, note 236. De l'avis contraire : Cass. civ. 3 janv. 1985, précité, note 236 (l'assuré était un commerçant). Aux États-Unis : *Mc Elroy c. British America Ass.*, (1899) 94 F. 990; *California Reclamation Co. c. New-Zealand*, (1914) 138 P. 960; *Stamps c. Consolitated Underwriters*, précité, note 238; *Dreyer c. Security Fire Ins. Co.*, (1900) 82 N.W. 494; *Guggenheimer c. Greenwich Fire Ins. Co.*, (1887) 9 N.Y. 316; *Connell c. State Farm Mutual Auto Ins. Co.*, précité, note 238; *Darner Motor Sales Inc. c. Union Underwriters Ins. Co.*, précité, note 238; *German American Ins. Co. of New York c. Darrin*, (1909) 103 P. 87; *Northwestern National Ins. Co. c. Chambers*, (1922) 206 P. 1081; *Texas Life Ins. Co. c. Shuford*, (1939) 131 S.W. 2d 118. De l'avis contraire : *Allstate Ins. Co. c. Fitzgerald*, (1990) 743 F. Supp. 539; *Neuner c. Gove*, précité, note 179; *Parris & Son c. Campbell*, (1973) S.E. 2d 334; *Reliance Ins. Co. c. D'Amico*, (1988) 528 2d 533; *Sublett c. World Ins. Co.*, précité, note 264.

²⁶⁷ *Savard c. Cie d'assurance Prudentielle d'Amérique*, précité, note 58; J.-G. BERGERON, *op. cit.*, note 11, p. 103; P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 218, pp. 35 et 36 (concernant la diligence du preneur dans la déclaration précontractuelle de risque).

aucun effort pour se renseigner, entre autres, en omettant de lire la police²⁶⁸.

Cet affaiblissement de l'obligation de l'assuré de lire sa police au profit d'un accroissement de l'obligation de l'assureur de renseigner celui-ci s'explique évidemment par la longueur et la complexité du contrat d'assurance. Sa lecture est bien souvent utopique, l'assuré se laissant décourager dès le début du texte. Elle est également, aux yeux de l'assuré, inutile puisqu'il ne comprend pas ce qu'il lit et qu'elle lui est imposée sans discussion et possibilité de modification²⁶⁹.

L'article 2400 C.c.Q. semble bien aller dans le sens d'un assouplissement de l'obligation de l'assuré de lire sa police²⁷⁰. Il exonère l'assuré de la non-connaissance du contenu de la police (qu'il aurait pu avoir en lisant le contrat, toute clause devant y apparaître) si l'assureur ne remplit pas son devoir d'information.

Cette disposition a le mérite de rendre plus accessible le contenu du contrat. Ainsi, l'assureur devant indiquer les modifications contractuelles sur un document distinct, l'assuré a la possibilité de connaître le nouveau contenu du contrat sans avoir à lire la police en entier. Comme nous l'avons vu, un problème risque par ailleurs de surgir compte tenu du sens très large que la jurisprudence semble vouloir donner à la notion de divergence. Ainsi, toutes clauses non présentes dans la proposition, autres que celles concernant des modalités accessoires, sont potentiellement des divergences et doivent par conséquent être dénoncées dans un document distinct. Celui-ci risque alors de reproduire pratiquement en entier le texte de la police. L'assuré n'est donc pas avantagé puisque libéré de la lecture de la police, il doit cependant faire celle d'un nouveau document tout aussi complexe. Le risque est

²⁶⁸ *Miller c. Liberty Mutual Ins. Co.*, précité, note 266.

²⁶⁹ *Groupe de commerce, Cie d'assurances c. Service d'entretien Ribo Inc.*, précité, note 8; *Téléson Electronique c. Seymour Alper Inc.*, précité, note 239.

²⁷⁰ *Contra* : *Miller c. Liberty Mutual Ins. Co.*, précité, note 266.

alors, comme l'ont noté certains auteurs, que l'on tolère l'omission de la lecture de ce document²⁷¹.

Cette éventualité nous paraît devoir être catégoriquement rejetée. L'assuré a, en principe, l'obligation de lire la police, mais il semble ne pas pouvoir se faire reprocher ce manquement lorsqu'il y a faute dans l'obligation du courtier – ou de l'assureur – de le renseigner. Or, le document prévu à l'article 2400 C.c.Q. est justement l'exécution de cette obligation de renseignement prévue par la loi. Une fois que l'assureur l'a remis à l'assuré, il a exécuté son obligation et il incombe à l'assuré de remplir les siennes en étant diligent dans sa propre obligation de se renseigner.

Évidemment, ce document doit avoir été fait dans le but réel de renseigner l'assuré. Ainsi, il doit être lisible et compréhensible et en ce sens, étant un document contractuel, il doit respecter les articles 1435 et 1436 C.c.Q.²⁷².

Dans l'éventualité où le document a été convenablement rédigé et remis, la rétention de celui-ci ainsi que de la police, sans protestation de l'assuré, devrait faire présumer son acceptation. Pour juger du temps requis pour établir une acceptation, les tribunaux pourraient utiliser la présomption prévue à l'alinéa 3 de l'article 2405 C.c.Q. selon laquelle, lors d'un renouvellement de contrat, le silence de l'assuré pendant 30 jours fait présumer son acceptation²⁷³. Une fois celle-ci prouvée, l'assuré peut se voir opposer tout le contenu de la police et ne peut plus prétexter l'absence de connaissance ou de consentement d'une ou de plusieurs clauses du contrat.

²⁷¹ O. JOBIN-LABERGE et L. PLAMONDON, *loc. cit.*, note 68, pp. 1109 et 1110.

²⁷² Voir B. MOORE, *loc. cit.*, note 69, 211 et suiv.

²⁷³ En droit français, la présomption d'acceptation existe si l'assureur garde le silence pendant 10 jours (L-112-2). Aux États-Unis, le désir de l'assuré de refuser la police doit être signifié promptement à l'assureur (*cf.* G.J. COUCH, *op. cit.*, note 20, p. 796).

*
* *
*

Il n'est pas toujours facile de relier la pratique commerciale à la théorie juridique et inversement. Nous l'avons constaté. Pour tenter de le faire, le législateur innove, crée de nouvelles règles pour justifier des pratiques qui sont bien ancrées. Le droit spécifique vient donc s'opposer, nier le droit commun.

Le phénomène est particulièrement notable dans le cas des notions d'offre et d'acceptation telles que perçues en droit des assurances. Ni l'une ni l'autre ne représente fidèlement la nature de ces phases contractuelles.

Ainsi, dans le droit commun des contrats, la proposition d'assurance, reconnue par le Code comme étant l'offre, ne semble généralement pas en être une. Elle n'est ni ferme, ni précise; le proposant ne se sent pas lié par une éventuelle acceptation de la part de l'assureur et elle ne contient pas le contenu complet et définitif du contrat à conclure, ne comportant bien souvent pas la prime et la garantie. Elle constitue plutôt, bien souvent à notre avis, un appel d'offres envers différents assureurs. Toutefois, elle reçoit l'appellation d'offre tant au Québec que dans la majorité des systèmes de droit, à l'exclusion de la Belgique.

Il reste néanmoins que cette présomption est particulièrement forte au Québec. Rares en effet sont les cas où la jurisprudence a refusé de voir dans la proposition, l'offre de contracter; le seul exemple existant étant l'assurance-voyage. Face au droit commun, la proposition n'étant **généralement** pas l'offre de contracter et le preneur ne pouvant **généralement** pas être l'offrant, dans la mesure où le contrat d'assurance est reconnu en être un d'adhésion, l'offrant devrait être l'assureur.

Il ne peut par ailleurs pas l'être en permanence. Ainsi, la proposition ne peut être l'acceptation d'une offre implicite et continue de l'assureur, celui-ci devant connaître le risque pour formuler l'offre. Il ne reste alors plus que la police qui peut être reconnue comme l'offre. Ce constat, conforme à la nouvelle loi

belge, est logique. La police constitue réellement un document contractuel ferme et complet. Tout le contenu du futur contrat y est inclus et l'assureur la présente dans le but évident d'être lié par une acceptation du preneur.

N'étant cependant pas ce que le *Code civil du Québec* prévoit, il fallait alors étudier les répercussions de ce choix législatif. Celles-ci se retrouvent dans la notion de divergence : en cas de divergences entre la proposition et la police, le premier document prédomine, à moins que celles-ci n'aient été adéquatement indiquées. Ce principe est une tentative de rationalisation de « l'offre-proposition ».

En effet, puisque la proposition n'est **généralement** pas complète, la police contient bien souvent des modifications en rajoutant certaines dispositions. Cette pratique est, il va sans dire, dangereuse pour les assurés qui peuvent recevoir un « contrat » significativement distinct de celui auquel ils s'attendaient et être tout de même lié par celui-ci. Le principe de la prédominance de la proposition vient pallier ce problème, mais n'est pas pour autant juridiquement fondé et pratiquement viable.

Il y a contrat lorsque deux volontés se rencontrent sur un même contenu contractuel. Idéalement, aucun des deux contractants ne doit pouvoir dicter sa volonté à l'autre. Il est évident qu'il en est souvent autrement en assurance puisque l'assureur est dans une position de force et peut rédiger le contrat qu'il désire. Il faut contrôler et amenuiser ce pouvoir. C'est ce que tente de faire l'article 2400 C.c.Q., mais d'une façon contestable parce qu'il renverse tout aussi injustement, mais cette fois pour l'assureur, la réalité. Dans ce contexte, le contrat est ultimement, si on en croit une jurisprudence très libérale de la Cour d'appel, ce que l'assuré croyait qu'il était dans la simple mesure où cela était raisonnable. Il n'y a toujours pas rencontre de volontés. Cette règle, quant à nous fautive et dangereuse, devrait être sérieusement remise en question. Elle n'est aucunement conforme à notre droit civil. D'origine de common law, elle est l'exemple d'« une oeuvre

législative moutonnaire, génératrice d'inutilités, ou de désordres du système »²⁷⁴.

En fait, on s'empresse de déclarer le contrat formé dans le but louable de protéger plus rapidement le preneur. Néanmoins, le contrat ne devrait être formé que lorsque l'assuré accepte le contenu de la police. Il y aurait alors conformité à la théorie du contrat. Par ailleurs, il devrait y avoir parallèlement une théorie générale de renseignements précontractuels et de responsabilité civile de l'assureur ou du courtier – théorie d'ailleurs déjà bien développée. Enfin, la pratique des assurances temporaires, usuelle en matière d'assurance-vie, devrait être généralisée à tous les domaines, afin de permettre au preneur d'être couvert immédiatement si besoin est. Le résultat pratique de ce système serait alors ultimement le même que celui en vigueur actuellement, mais entrerait dans un cadre juridique plus conforme à la théorie générale des obligations et, par conséquent, supprimerait les incertitudes du droit positif.

²⁷⁴ Alain-François BISSON, « Dualité de systèmes et codification civiliste », dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 39, à la page 43.