

L'obligation de divulgation en assurances

DENIS BOIVIN*

Cet article fait un survol de l'obligation de divulgation en assurances dans les provinces de common law. L'auteur divise le texte en quatre parties, lesquelles correspondent aux quatre questions que doit se poser un tribunal saisi d'une allégation de non-divulgation. Premièrement, la personne assurée avait-elle l'obligation de divulguer les renseignements qui font l'objet de l'allégation ? Deuxièmement, la personne assurée a-t-elle manqué à son obligation de divulgation ? Troisièmement, l'assureur a-t-il été induit à conclure le contrat d'assurance en raison de ce manquement ? Quatrièmement, quelles sont les répercussions de cette non-divulgation sur les droits des parties ? L'auteur examine la jurisprudence clé en la matière, ainsi que les dispositions pertinentes de la Loi sur les assurances de l'Ontario. Les dispositions ontariennes sont représentatives de la législation qui existe à travers les provinces de common law.

In this article, the author reviews how Common Law jurisdictions approach the topic of mandatory disclosure in insurance transactions. The article is divided into four parts, one for each question that must be addressed when a failure to disclose is alleged by an insurer. The first part deals with duty: did the insured owe a duty to disclose the information that was allegedly withheld from the insurer? The second part deals with breach: did the insured breach his or her duty to disclose? The third part deals with inducement: was the insurer induced into signing the insurance contract, because of this breach? Part four addresses the consequences of a failure to disclose: what are rights of each party following a breach of the duty to disclose? The main case law is reviewed, as well as the relevant provisions of the Ontario Insurance Act. The Ontario statute was chosen because it is representative of the legislation in place in all Common Law provinces.

* Professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, section de common law. L'auteur tient à remercier son assistant de recherche, Tomasz Zych, ainsi que le Centre de traduction et de documentation juridiques d'Ottawa pour leur appui à la préparation de ce texte.

Table des matières

3	I. Introduction
4	II. Obligation de divulguer
4	A. Introduction
5	B. La raison d'être de l'obligation de divulguer
7	C. La portée de l'obligation de divulgation
7	1) Les faits
8	2) La connaissance
8	3) L'innaccessibilité
10	4) Le caractère important
12	D. Les clauses contractuelles qui élargissent la portée de l'obligation
15	E. Qui doit divulguer ?
17	F. À quel moment la divulgation doit-elle avoir lieu ?
19	III. Manquement à l'obligation
19	A. Introduction
19	B. Déclaration inexacte ou omission
24	C. Importance objective
24	1) La définition
27	2) Le fardeau de la preuve
30	3) Pratiques abusives
33	D. Intention frauduleuse
36	IV. Incitation
36	A. Introduction
37	B. La définition
39	C. Le fardeau de la preuve
40	D. Diligence raisonnable de la part de l'assureur
43	V. Recours
43	A. Introduction
43	B. Contrat nul et annulable
45	C. La règle générale
46	D. Autres recours
48	VI. Conclusion

L'obligation de divulgation en assurances

DENIS BOIVIN

1. Introduction

LES CONTRATS D'ASSURANCE sont des contrats *uberrima fidei*, c'est-à-dire qu'ils exigent la plus entière bonne foi de la part des deux parties. Dans les provinces de common law, la société d'assurances et la partie assurée doivent agir de bonne foi, tant au cours des négociations que pendant l'exécution de l'entente¹. Les répercussions de cette obligation sont nombreuses. Du point de vue des assureurs, la bonne foi opère principalement au cours du processus de règlement, une fois que le contrat est signé. C'est à ce moment que les parties assurées sont vulnérables par rapport à leurs vis-à-vis. Elles ont subi des pertes et ont besoin d'être indemnisées afin de poursuivre leurs activités. Les assureurs ont les ressources voulues pour répondre aux besoins des assurés et ont accepté des primes à cette fin. En vertu de la loi, ils doivent agir de bonne foi afin de veiller à ce que les demandes de règlement soient traitées avec rapidité et de manière équitable. Dans ce contexte, la mauvaise foi dénote un refus déraisonnable de répondre aux attentes contractuelles de la clientèle assurée².

Du point de vue de la personne assurée, les incidences de l'obligation sont quelque peu différentes. La bonne foi se manifeste surtout au cours des négociations précédant la signature du contrat, avant que des attentes soient créées. Ce sont les assureurs et non les assurés qui sont vulnérables à ce stade. Les premiers ont besoin de renseignements afin d'évaluer la nature et l'ampleur des risques de manière à pouvoir exploiter leur entreprise. Le processus de souscription, sur lequel repose l'industrie des assurances, ne peut fonctionner en l'absence de données régulières et fiables. Une quantité de cette information est facilement accessible, parce qu'elle fait partie des connaissances notoires ou du domaine public. Toutefois, bon nombre des faits sont connus uniquement des personnes qui présentent une demande d'assurance.

-
1. Bien entendu, cette obligation existe aussi en droit civil québécois : Christianne Dubreuil, « L'assurance : un contrat de bonne foi à l'étape de la formation et de l'exécution » (1992) 37 R.D. McGill 1087.
 2. Voir Denis W. Boivin, « La bonne foi et l'indemnisation des personnes assurées » (1998) 43 R.D. McGill 221.

Dans ce contexte, l'obligation de bonne foi prend la forme d'une obligation de divulgation et la mauvaise foi découle des omissions et des déclarations inexactes. À l'instar de l'exigence liée à l'intérêt assurable, la divulgation est une condition préalable qui est reconnue dans les juridictions de common law. Les assurés éventuels sont tenus de communiquer à leurs assureurs tous les renseignements pertinents au sujet des risques qu'ils ont l'intention de transférer, et une divulgation erronée constitue un moyen de défense pouvant légitimement être opposé à la validité du contrat d'assurance.

Lorsque l'assureur allègue une divulgation erronée, quatre questions doivent être examinées. Les parties I à IV de cet article seront consacrées à chaque question. Premièrement, la partie assurée était-elle tenue de divulguer les renseignements visés par la plainte ? Deuxièmement, cette partie a-t-elle commis un *manquement* à cette obligation en faisant des déclarations inexactes au sujet des faits pertinents ou en omettant de divulguer l'un de ceux-ci ? Troisièmement, l'assureur a-t-il été *incité* à signer le contrat sur la foi de la déclaration inexacte ou de l'omission ? Quatrièmement, quels sont les *recours* dont l'assureur dispose ? Ces questions sont liées entre elles—surtout les trois premières—et ne sont pas toujours traitées séparément dans la jurisprudence canadienne. Toutefois, l'énoncé de ces questions est utile à des fins d'analyse et permet de mieux structurer les nombreux problèmes que soulève l'obligation de divulgation en assurances.

II. Obligation de divulguer

A. INTRODUCTION

Il est rare que la divulgation soit impérative dans le cas des transactions commerciales et des transactions de consommation. La common law présume que la plupart des personnes dotées de la personnalité juridique, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales, sont capables de s'occuper de leurs intérêts personnels au cours des négociations contractuelles. Elles peuvent recueillir leurs propres renseignements et communiquer des données à l'autre partie à l'accord. Si elles choisissent de parler, elles doivent être honnêtes³. Dans certains cas, elles doivent également faire preuve de prudence au cours des discussions précédant la signature du contrat⁴. Cependant, le silence constitue rarement une préoccupation en common law, du moins en l'absence de fraude ou de négligence donnant ouverture à des poursuites. Une partie peut s'abstenir de divulguer un renseignement à l'autre, quelle

3. *Derry v. Peek*, [1889] 14 A.C. 337 (1889), [1886-90] All E.R. Rep. 1 (H.L.).

4. *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* (1963), [1964] A.C. 465, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.) [*Hedley Byrne*]; *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12, 99 D.L.R. (4^e) 577; *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87, 99 D.L.R. (4^e) 626. Pour une application de la doctrine énoncée dans *Hedley Byrne* dans le contexte des assurances, voir *Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191, (*sub nom. Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.*) 74 D.L.R. (4^e) 636 [*Fletcher* avec renvois aux R.C.S.].

que soit la pertinence de ce renseignement pour la prise de décision. Par conséquent, le silence peut donner à une partie un avantage stratégique sur l'autre. Le silence peut même être trompeur. Pourtant, la réponse de la common law est toujours la même : *caveat emptor* ou que la personne achetant prenne garde⁵!

B. LA RAISON D'ÊTRE DE L'OBLIGATION DE DIVULGATION

En quoi la souscription d'assurance est-elle différente de la plupart des transactions commerciales et des transactions de consommation ? La raison d'être de l'obligation de divulgation a été expliquée à maintes reprises et de différentes façons⁶. Une des premières explications proposées est aussi l'une des meilleures. Elle provient du jugement que Lord Mansfield a rendu dans l'arrêt de principe *Carter v. Boehm*⁷. Les faits de cette affaire sont uniques, mais l'analyse juridique est toujours valable après plus de deux cent vingt-cinq ans. C'est pourquoi il convient de revoir cet arrêt de façon détaillée.

Dans *Carter v. Boehm*, l'assuré était le propriétaire d'un fort britannique que les Français ont capturé. À la date des hostilités, le fort était assuré en vertu d'une police d'assurance tous risques. Toutefois, l'assureur⁸ a nié sa responsabilité, au motif que les faits pertinents n'avaient pas tous été divulgués. Plus précisément, vers la date à laquelle les contrats ont été signés, l'assuré avait rédigé deux lettres dans lesquelles il avait fait trois déclarations incriminantes à une tierce partie. Dans ces lettres, il avait mentionné (1) que le fort ne possédait pas beaucoup de fortifications et qu'il n'était guère plus qu'un marché commun ; (2) qu'il redoutait une attaque par les Français ; (3) que le gouvernement français avait, au cours de l'année précédente, déclaré son intention de capturer le fort. L'assureur a soutenu que les lettres et les trois déclarations auraient dû être divulguées au cours des négociations contractuelles.

À première vue, les déclarations semblent être utiles pour le calcul de la nature et de l'ampleur du risque transféré du proposant à l'assureur. Les trois déclarations font état de la *probabilité* d'hostilités, tandis que la première et la troisième font allusion à la *gravité* du résultat potentiel. En conséquence, il est facile de comprendre les objections de l'assureur. L'assureur *aurait pu* se servir de ces renseignements pour prendre ses décisions au sujet de la protection et des primes et il les *aurait* peut-être effectivement utilisés.

5. Pour un excellent examen de la façon dont le silence est traité en common law, voir Kim Lane Scheppele, *Legal Secrets: Equality and Efficiency in the Common Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1988.

6. Voir par ex. *Greenhill v. Federal Insurance Co. Ltd.* (1926), [1927] 1 K.B. 65 à la p. 76, [1926] 24 Ll. L.R. 383, juge Scrutton (C.A.).

7. (1766), 97 E.R. 1162, [1558-1774] All E.R. Rep. 183 (K.B.).

8. Il convient de souligner que dans l'arrêt *Carter v. Boehm*, les souscripteurs étaient des particuliers. Nous utilisons le mot « assureur » par souci de simplicité et d'uniformité. Les mêmes principes de droit s'appliquent dans les deux cas.

Cela étant dit, l'« utilité » des renseignements ne peut constituer le seul facteur justifiant l'existence d'une obligation de divulgation. Il est toujours possible après coup pour l'assureur d'invoquer l'utilité de certains renseignements que la partie assurée avait en main. Ce qu'il faut chercher à savoir, c'est si le proposant était légalement *tenu* de divulguer l'information. En d'autres termes, en supposant que les lettres auraient été utiles au cours de la prise de décision, *pourquoi* auraient-elles dû être divulguées ?

Justifiant l'existence d'une obligation de divulgation, Lord Mansfield rappelle d'abord que « l'assurance est un contrat spéculatif » [notre traduction]⁹. Cet aspect est crucial pour expliquer l'existence d'une obligation de divulgation. En effet, les assureurs sont appelés à prédire l'avenir dans le cadre de leurs activités. Qu'ils offrent de l'assurance maritime ou de l'assurance-vie, ils doivent avoir des données en main pour exercer leurs activités, c'est-à-dire des renseignements au sujet de la nature et de l'ampleur du risque visé par la demande de protection. Ils ont également besoin de données au sujet de la probabilité que le risque se concrétise. S'ils n'avaient pas en main les faits nécessaires, ils ne pourraient prendre des décisions éclairées. Ainsi, ils ne pourraient décider s'il y a lieu d'accepter des risques, ni déterminer la couverture à offrir et les primes à exiger. En l'absence des faits nécessaires, l'industrie des assurances ne pourrait exister.

Cependant, l'aspect spéculatif n'est qu'une partie de la réponse, car bon nombre d'entreprises commerciales se fondent sur des prévisions. C'est pourquoi Lord Mansfield souligne à quel point les deux parties ont un accès inégal aux circonstances qui sont pertinentes aux fins de l'évaluation des risques assurables. « Les faits déterminés, en vertu desquels le risque est calculé, relèvent le plus souvent de la seule connaissance de l'assuré » [notre traduction]¹⁰. En d'autres termes, les positions de négociation de l'assureur et de la personne assurée sont inégales. La partie assurée n'est pas une étrangère en ce qui a trait à l'objet de l'assurance et a nécessairement un lien spécial avec cet objet ; elle possède un intérêt assurable¹¹. Ce lien spécial découle des connaissances de la personne assurée, qui sait ce qu'elle pourrait perdre si le risque se concrétisait et ce qu'elle pourrait gagner dans le cas contraire. Ces renseignements ne sont pas facilement accessibles pour les tiers. Une bonne partie est considérée comme des renseignements personnels ou, du moins, comme des renseignements qui n'appartiennent pas au domaine public. La seule façon de les obtenir à des coûts raisonnables est d'imposer la divulgation.

La dernière partie de l'explication de Lord Mansfield concerne la con-

9. *Carter v. Boehm*, *supra* note 7 à la p. 1164.

10. *Ibid.*

11. L'intérêt assurable est défini dans l'arrêt de principe, *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2, (*sub nom. Constitution Insurance Co. of Canada v. Kosmopoulos*) 34 D.L.R. (4^e) 208.

fiance. En raison de la nature de l'assurance et de l'accès limité aux renseignements, il est tout à fait légitime de la part des assureurs de se fonder sur les déclarations formulées par les proposants au cours des négociations. Pour exercer leurs activités, les assureurs doivent en effet faire confiance à ceux-ci et celles-ci et présumer que les renseignements qui leurs ont été fournis sont à la fois véridiques et complets. Ils n'ont pas le choix, car il n'y a aucune autre solution raisonnable. Lord Mansfield s'exprime comme suit à cet égard : « Le souscripteur *se fie* à ces [celles de l'assuré] déclarations et agit en présumant que l'assuré ne lui cache aucun fait qu'il connaît pour induire le souscripteur en erreur et l'*amener* à croire que ce fait n'existe pas et à estimer le risque comme si ce fait n'existait pas » [notre traduction] [nos italiques]¹². En dernier ressort, c'est la confiance qui justifie l'obligation de divulgation. Les proposants ont une obligation de divulgation parce que les assureurs doivent leur faire confiance. Cet aspect de leurs activités rend les assureurs vulnérables. L'obligation de divulgation vise à empêcher les abus et à encourager les parties à faire preuve de bonne foi dans le cadre de leurs échanges¹³.

C. LA PORTÉE DE L'OBLIGATION DE DIVULGATION

Après avoir déterminé le fondement de l'obligation, il convient maintenant d'examiner l'ampleur de la divulgation exigée par la common law. L'obligation de divulgation ne peut s'appliquer à tous les renseignements que possède le proposant. Il est facile d'alléguer une omission de divulguer une fois qu'un risque s'est concrétisé. Il doit y avoir des limites perceptibles à l'obligation de divulgation. Dans *Carter v. Boehm*, Lord Mansfield énumère quatre limites qui ont résisté au passage du temps et qui continuent à façonner les paramètres de la responsabilité de la proposante en matière de divulgation.

1) *Les faits*

D'abord, l'obligation de divulgation s'applique uniquement aux faits, passés et actuels. Elle ne s'applique pas aux déclarations d'opinion ni aux prévisions concernant l'avenir. Dans *Carter v. Boehm*, deux des déclarations que le proposant avait omis de divulguer portaient sur des aspects spéculatifs. Les craintes qu'il avait au sujet d'une invasion possible et ses opinions concernant les intentions des Français relèvent en effet de la pure conjecture¹⁴. L'obligation de divulgation ne s'applique pas à ces renseignements. La raison est simple : l'assureur n'est pas dans une situation plus désavantageuse que le proposant à cet égard. Le conflit qui opposait l'Angleterre et la France était un fait de notoriété publique à l'époque, et l'assureur pouvait aisément faire ses propres prévisions au sujet des hostilités ultérieures entre les deux pays.

12. *Carter v. Boehm*, *supra* note 7 à la p. 1164.

13. *Ibid.* aux pp. 1165, 1169.

14. *Ibid.* à la p. 1168.

En d'autres termes, l'assureur disposait d'une solution de rechange raisonnable à celle de croire les avis exprimés dans les lettres : il pouvait se fonder sur sa propre opinion.

2) *La connaissance*

En deuxième lieu, l'obligation de divulgation s'applique uniquement aux faits que connaît le proposant. La divulgation obligatoire n'est pas une forme de responsabilité stricte, pour reprendre une expression populaire empruntée aux règles régissant la responsabilité délictuelle. Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'établir une dissimulation délibérée ou une « fraude »¹⁵, la mauvaise foi suppose forcément une faute quelconque. Cette faute repose sur la connaissance que la proposante avait des faits qu'elle aurait omis de révéler : « La bonne foi interdit à l'une ou l'autre des parties, en dissimulant des renseignements qu'elle connaît personnellement, d'inciter l'autre à conclure un contrat en raison de son ignorance de ce fait et à croire le contraire » [notre traduction]¹⁶. Il n'est pas nécessaire de prouver que le proposant connaissait l'importance des faits aux fins de la prise de décision. La connaissance de l'existence de ceux-ci est suffisante. De plus, l'ignorance volontaire ne peut être invoquée à l'encontre d'une allégation de mauvaise foi. Les faits peuvent être soit connus, soit susceptibles d'être connus à la lumière des circonstances. Dans *Carter v. Boehm*, l'assuré n'a pas nié qu'il était au courant des déclarations.

3) *L'inaccessibilité*

En troisième lieu, la proposante n'est pas tenue de divulguer les faits auxquels l'assureur peut raisonnablement avoir accès. Il convient ici de se rappeler que la divulgation obligatoire repose sur la confiance. Lorsque la société d'assurances *est au courant* des faits pertinents quant à sa décision, il n'est pas nécessaire d'imposer au proposant l'obligation de les divulguer¹⁷. L'assureur peut se fonder sur sa propre intelligence pour faire ses choix. Il en va de même dans les cas où l'assureur *devrait connaître* certains faits, compte tenu de ses compétences¹⁸. Les assureurs sont des spéculateurs professionnels et sont censés posséder un minimum de compétences et de connaissances en la matière. La partie assurée n'est pas tenue de divulguer les

15 Lord Mansfield fait remarquer à maintes reprises qu'il n'est pas nécessaire de prouver une intention frauduleuse pour conclure qu'il y a eu manquement à l'obligation de divulgation. Voir par ex. *ibid.* à la p. 1164 : « Même si l'omission de le révéler survient par erreur, sans intention frauduleuse, le souscripteur est quand même induit en erreur et la police est nulle [...] » [notre traduction].

16. *Ibid.*

17. *Ibid.* aux pp. 1164-65 : « [I]l n'est pas tenu de déclarer ce que le souscripteur connaît [...] ce dont il assume de connaître [...] » [notre traduction].

18. *Ibid.* à la p. 1165 : « L'assuré n'est pas tenu de mentionner ce que le souscripteur devrait savoir » [notre traduction].

faits qui font partie du domaine public, ceux qui sont connus de la plupart des assureurs et ceux dont la connaissance est exigée dans le domaine de la sélection des risques¹⁹. Comme Lord Mansfield l'a souligné, l'assureur et la clientèle assurée ont des capacités et des degrés de connaissance et d'intelligence différents²⁰. Cependant, « tous deux disposent de moyens d'information et d'une certaine capacité de juger et chacun prétend agir en mettant à profit ses propres compétences et sa perspicacité » [notre traduction]²¹. Par conséquent, aucun n'est tenu de communiquer à l'autre des renseignements qui peuvent être obtenus d'une autre façon.

Dans *Carter v. Boehm*, la déclaration concernant l'état physique du « fort » a été rejetée pour ce motif. La déclaration que le proposant a formulée dans les lettres n'était pas de nature spéculative ; il s'agissait plutôt d'un fait. Toutefois, c'était un fait que l'assureur aurait pu découvrir aisément en exerçant une prudence raisonnable. « C'est une question au sujet de laquelle [l'assureur] aurait pu être informé de différentes façons : elle ne relevait pas uniquement de la connaissance personnelle de [l'assuré] » [notre traduction]²². Ainsi, dans cette affaire, l'assureur avait à sa disposition une solution de rechange raisonnable à la confiance : il aurait pu faire preuve de diligence raisonnable et poser des questions.

Cet aspect de l'arrêt *Carter v. Boehm* est souvent cité pour appuyer la reconnaissance d'une « obligation » chez l'assureur de s'informer de certains faits en exerçant une prudence raisonnable. Ainsi, dans le recueil de jurisprudence préparé par les professeurs Baer et Rendall, l'accessibilité des renseignements est commentée sous la rubrique « Duty on Insurer »²³. Il en va de même pour l'ouvrage du professeur Brown intitulé *Insurance Law in Canada*²⁴. Dans deux jugements relativement récents, la Cour suprême du Canada affirme que l'assureur a une « obligation de diligence » au cours des négociations pré-contractuelles, c'est-à-dire l'obligation de mettre au jour les faits auxquels il a raisonnablement accès²⁵. Dans *Johns-Manville*, l'assureur aurait dû être au courant de ce qui était un fait notoire au début des années 1970, soit le fait que les produits d'amiante pouvaient être néfastes pour la santé. Par ailleurs, dans *Taku Air*, l'assureur aurait dû savoir que la société

19. *Ibid.* : La partie assurée n'est pas tenu de mentionner « ce qui diminue le risque », les « causes générales de spéculation », les « causes qui peuvent engendrer des périls naturels », les « causes qui peuvent engendrer des périls politiques » et « la probabilité de sûreté » [notre traduction].

20. *Ibid.*

21. *Ibid.*

22. *Ibid.* à la p. 1167.

23. Marvin G. Baer et James A. Rendall, *Cases on the Canadian Law of Insurance*, 6^e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 2000 aux pp. 376-90 [Baer et Rendall].

24. Craig Brown, *Insurance Law in Canada*, 4^e éd. étudiante, Toronto, Carswell, 2002 aux pp. 115-16, sous la rubrique « The Insurer's Duty » (obligation de l'assureur) [Brown].

25. *Canadian Indemnity Co. c. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 R.C.S. 549, 72 D.L.R. (4^e) 478 [Johns-Manville avec renvois aux R.C.S.] et *Coronation Insurance Co. c. Taku Air Transport Ltd.*, [1991] 3 R.C.S. 622, 85 D.L.R. (4^e) 609 [Taku Air avec renvois aux R.C.S.].

assurée, qui était un petit transporteur aérien commercial, avait eu trois accidents dans le passé. L'assurée était une ancienne cliente. De plus, les accidents aériens sont consignés dans une base de données centrale qui permet de connaître l'identité des transporteurs en cause. Cette base de données est accessible au public, et l'assureur aurait pu la consulter.

Il y a lieu de s'interroger sur l'emploi du mot « obligation » dans ce contexte précis²⁶. De toute évidence, dans *Carter v. Boehm*, Lord Mansfield a parlé de la connaissance de certains faits par l'assureur comme étant une *limite* touchant l'obligation de divulgation de la personne assurée et non comme raison justifiant l'imposition d'une obligation juridique indépendante à l'assureur²⁷. Il en va de même en ce qui concerne les faits que l'assureur devrait connaître en raison de sa compétence²⁸. L'assureur ne devrait pas se fonder sur le proposant pour obtenir de lui des renseignements qui sont à sa portée. Lorsque les faits sont accessibles (c'est-à-dire qu'ils sont connus ou peuvent l'être), l'assureur dispose d'une solution de rechange raisonnable à la confiance : l'effort. Dans ces circonstances, la divulgation n'est pas obligatoire. Pourquoi décrire une limite logique à la portée de la divulgation exigée comme une « obligation » qui incombe à l'assureur ? Pourquoi emprunter des expressions comme « devoir de prudence », « norme de diligence » et « négligence » pour décrire la façon dont l'assureur devrait gérer ses propres affaires ? Ces expressions ajoutent-elles autre chose que des notions symboliques à l'analyse juridique ? L'obligation est particulière en raison de l'absence de droit correspondant. Quel est le recours dont disposaient les sociétés assurées dans les arrêts *Johns-Manville* et *Taku Air* pour faire valoir le devoir de leurs assureurs, soit celui de s'informer des faits accessibles ? Aucun. Le manquement n'a pas donné aux assurées un droit d'action contre leurs assureurs. La seule conséquence était de nature limitative : les assureurs ne pouvaient reprocher aux assurées d'avoir omis de divulguer les faits en question. En d'autres termes, le manquement à cette obligation sert de moyen de protection, mais non d'attaque. L'auteur ne connaît aucune *obligation* juridique qui emporte de telles conséquences.

4) *Le caractère important*

En dernier lieu, l'obligation de divulgation ne s'applique pas à tous les faits qui sont connus et inaccessibles ; elle s'applique uniquement aux faits importants. Le concept de l'importance est devenu le facteur clé pour la détermination de la portée de l'obligation de divulgation. En résumé, les faits impor-

26. Les assureurs ont également une obligation de divulgation au cours des négociations pré-contractuelles. Cependant, il s'agit d'un devoir réel, c'est-à-dire une obligation qui correspond à un droit reconnu par la common law. Voir *infra* notes 41-50 et texte correspondant.

27. *Supra* note 7 aux pp. 1164-65 : « [la partie assurée] n'est pas tenue de déclarer ce que le souscripteur connaît » [notre traduction] [nos italiques].

28. *Ibid.* à la p. 1165 : « [l']assuré n'est pas tenu de mentionner ce que le souscripteur devrait savoir » [notre traduction] [nos italiques].

tants sont ceux qui auraient une influence sur la décision d'un assureur raisonnable saisi de circonstances similaires, c'est-à-dire la décision concernant l'acceptation du risque ou du montant de la prime²⁹. Ces faits peuvent porter sur la gravité du risque (par exemple, « j'ai rangé des œuvres d'art dans mon sous-sol ») ou sur la probabilité que le risque se concrétise (par exemple, « je garde des armes dans mon sous-sol »). La décision est objective, bien qu'une analyse subjective entre en jeu à une autre étape³⁰. Dans *Carter v. Boehm*, la Cour a rejeté le moyen de défense de l'assureur pour d'autres raisons. Tel qu'il est mentionné plus haut, l'assuré n'était pas tenu de divulguer les trois déclarations parce que la première était accessible pour l'assureur et que les deux autres portaient sur des questions hypothétiques. C'est pourquoi Lord Mansfield ne s'est pas attardé au concept de l'importance, sauf pour en reconnaître la portée dans le contexte de l'obligation de divulgation³¹.

Le concept de l'importance a été examiné à maintes reprises depuis l'arrêt *Carter v. Boehm*. En pratique, il est habituellement considéré comme une question qui concerne un manquement plutôt qu'une obligation. C'est pourquoi nous commenterons le concept dans la prochaine partie de cet article. Toutefois, il convient de souligner que le droit des assurances est différent, à cet égard, des autres domaines du droit dans lesquels une obligation de divulgation existe. Ainsi, dans le domaine de la responsabilité délictuelle, la question de l'importance est habituellement examinée dans le contexte d'une analyse du devoir de prudence. Lorsqu'un membre d'une profession de la santé ou une société fabricante est poursuivi parce qu'il ou elle a omis de divulguer un renseignement³² ou de donner un avertissement³³, l'importance du renseignement pour une personne raisonnable est une question de droit. Elle dépend de facteurs objectifs, comme la gravité du risque en question et la probabilité qu'il se concrétise. À cet égard, il convient de souligner le lien entre l'importance du renseignement et la raison d'être de l'obligation de divulgation. Étant donné que cette obligation existe pour promouvoir la confiance, il n'est que logique d'en limiter la portée aux faits susceptibles d'avoir un impact réel sur la prise de décision. En termes simples, les renseignements non importants ne suscitent pas confiance.

29. *Mutual Life Insurance Co. of New York v. Ontario Metal Products Co. Ltd.* (1924), [1925] A.C. 344, [1925] 1 D.L.R. 583, (P.C.) [*Ontario Metal Products* avec renvois aux A.C.].

30. Voir *Pan Atlantic Insurance Co. Ltd. v. Pine Top Insurance Co. Ltd.* (1994), [1995] 1 A.C. 501, [1994] 3 All E.R. 581 (H.L.) [*Pan Atlantic* avec renvois aux A.C.] et *infra* notes 121-28 et texte correspondant.

31. *Carter v. Boehm*, *supra* note 7 à la p. 1165 : « En conséquence, la question qu'il faut toujours se poser est de savoir s'il y a eu, compte tenu des circonstances qui existaient lorsque la police a été souscrite, une déclaration équitable ou une dissimulation, une déclaration intentionnelle (frauduleuse) ou non, qui a eu pour effet de *modifier de façon importante l'objet de la police ainsi que le risque que l'assureur croyait couvrir* » [notre traduction] [nos italiques].

32. Voir par ex. *Arndt c. Smith*, [1997] 2 R.C.S. 539, 148 D.L.R. (4^e) 48 [*Arndt* avec renvois aux R.C.S.].

D. LES CLAUSES CONTRACTUELLES QUI ÉLARGISSENT LA PORTÉE DE L'OBLIGATION

Du point de vue de l'assureur, la portée de l'obligation de divulgation est foncièrement incertaine. La nature et les limites de cette obligation découlent de principes de common law qu'appliquent des arbitres après le fait. Ces parties prenant les décisions ne sont pas des souscripteurs. Tant le ou la juge que le jury se fondent sur les éléments de preuve admissibles, qui sont souvent contradictoires, et ils ne sont pas nécessairement motivés par les mêmes préoccupations que les assureurs. Au moment de décider si des faits non révélés sont importants et inaccessibles pour l'assureur, il peut être très tentant de favoriser la partie assurée, surtout lorsqu'une tierce partie innocente est en cause³⁴, soit une personne qui n'avait rien à voir avec la négociation. Pour l'assureur, cette incertitude est loin d'être idéale. En théorie, celui-ci pourrait contourner le problème en définissant la portée de l'obligation de divulgation à l'avance dans ses formulaires de proposition d'assurance et ses contrats. Cette possibilité soulève deux questions : l'assureur peut-il à l'avance déterminer les faits qui sont importants et inaccessibles pour lui ? Surtout, peut-il étendre la portée de l'obligation de divulgation à des circonstances qui ne respecteraient pas nécessairement le critère de base établi dans *Carter v. Boehm* ?

En common law, les sociétés d'assurances ont bénéficié d'une certaine latitude qui leur a permis d'élargir la portée de l'obligation de divulgation au-delà des paramètres établis, notamment en utilisant des garanties dans les formulaires de proposition et les contrats afin de contourner les déterminations *ex post facto* au sujet de l'importance. En termes simples, ces garanties fonctionnaient comme suit : la proposante garantissait que certains faits étaient vrais ou, subsidiairement, « garantissait la véracité » de chaque renseignement divulgué dans la proposition. Cette dernière technique est parfois appelée une garantie de véracité. Dans un cas comme dans l'autre, toute omission ou déclaration inexacte rendait le contrat d'assurance annulable à la demande de l'assureur, que le manquement ait été important ou non. Il convient de souligner que ces garanties étaient utilisées uniquement en droit des assurances. Ailleurs dans le domaine de la responsabilité contractuelle, les garanties se distinguent des conditions en raison des recours qui sont disponibles en cas de manquement³⁵. Lorsqu'une condition

33. Voir par ex. *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634, 129 D.L.R. (4^e) 609 [*Hollis* avec renvois aux R.C.S.].

34. Voir *Taku Air*, *supra* note 25 aux pp. 639-40 et 642, où la Cour suprême admet franchement ce penchant. Elle explique que, étant donné que les personnes bénéficiant en dernier ressort de l'assurance-vie (*Taku Air*) sont des parties innocentes, la « norme de diligence » applicable à l'assureur est plus élevée. En d'autres termes, un plus grand nombre de faits seront considérés comme des faits accessibles (connus ou pouvant être connus) dans ces circonstances.

35. Voir S.M. Waddams, *The Law of Contracts*, 4^e éd., Toronto, Canada Law Book, 1999 aux pp. 426-34.

n'est pas respectée, la partie innocente peut faire annuler le contrat. Lorsqu'il s'agit d'une garantie, le seul recours réside dans des dommages-intérêts. Cependant, selon les règles de common law applicables aux contrats d'assurance, les garanties donnaient lieu à un autre recours. En effet, lorsqu'une garantie n'était pas respectée à la lettre, l'assureur pouvait mettre fin au contrat, même s'il n'avait été informé du manquement qu'après la réalisation du risque et que ledit manquement ne portait pas sur des circonstances importantes. Ainsi, en droit des assurances, les garanties donnaient lieu aux mêmes conséquences que les conditions.

Il y a lieu à cet égard de citer deux exemples. Dans *De Hahn v. Hartley*, un contrat d'assurance maritime prévoyait que 50 travailleurs seraient à bord du navire en tout temps³⁶. En réalité, seulement 46 travailleurs se trouvaient à bord du navire au début du voyage, et 52 au moment de sa capture. Le jury a conclu que le navire était en sécurité en tout temps. En fait, le navire était peut-être mieux protégé lorsque le risque s'est concrétisé que si le contrat avait été respecté intégralement. Néanmoins, la Cour a interprété la clause comme une garantie qui devait être respectée à la lettre pour que le contrat soit valide. Par ailleurs, dans *Dawsons Ltd. v. Bonnin*, le proposant a dit que son camion serait garé à un certain endroit de la ville³⁷. Toutefois, en réalité, le camion était garé en banlieue. Il est possible que le camion ait été plus en sécurité en banlieue qu'en ville. Cependant, dans le contrat d'assurance, l'assuré avait garanti la véracité des déclarations formulées dans la proposition, notamment celle qui concernait le stationnement. Cette garantie n'ayant pas été respectée, l'assureur avait le droit de faire annuler le contrat.

Ces exemples font ressortir le grand avantage des garanties. Le nombre précis de travailleurs à bord d'un navire n'est pas nécessairement un fait important quant au risque que ledit navire soit attaqué par une force ennemie. Si la partie assurée avait déclaré dans le contrat qu'il y aurait 50 travailleurs sans garantir la véracité de cette déclaration, il est difficile de savoir quelles auraient été les répercussions de cette déclaration inexacte. Un assureur raisonnable exigerait-il une prime plus élevée dans le cas d'un navire comptant 49 travailleurs à bord ou une prime moins élevée pour un navire comptant 51 travailleurs ? Rejetterait-il le risque dans un cas comme dans l'autre ? Les mêmes questions se posent en ce qui concerne les arrangements relatifs au stationnement d'une voiture pendant la nuit. Ces arrangements ne sont pas nécessairement liés à la nature et à la portée des risques auxquels un véhicule automobile est exposé. Un assureur raisonnable exigerait-il une prime plus élevée pour une voiture garée en banlieue plutôt qu'en ville ? La prime serait-elle, au contraire, moins élevée ? L'assureur raisonnable

36. (1786), 99 E.R. 1130 (K.B.), conf. par (1787), 100 E.R. 101.

37. [1922] 2 A.C. 413, [1922] 12 Ll. L.R. 237 (H.L.).

se préoccuperait-il de la différence ? Dans les deux exemples, l'analyse serait faite après coup et son résultat dépendrait de la preuve présentée à la cour ainsi que des impressions formées par la personne décidant la question. Cela étant dit, lorsqu'une garantie est en jeu, il n'est pas nécessaire de procéder à une détermination objective de son importance. Les garanties doivent être respectées à la lettre, quelle que soit leur nature. Aucun facteur ne permet de contester l'importance d'une garantie.

Les arrêts *De Hahn v. Hartley et Dawsons Ltd. v. Bonnin* font également ressortir l'aspect injuste des garanties. L'obligation de divulgation vise à promouvoir la confiance dans le domaine de l'assurance. C'est pourquoi l'obligation se limite aux faits que connaît le proposant ou la proposante. C'est aussi la raison pour laquelle l'importance et l'inaccessibilité des renseignements constituent des facteurs clés en ce qui concerne la détermination de la portée de l'obligation. Pour promouvoir la confiance, les règles de common law exigent un lien entre la divulgation erronée et le contrat subséquent. Le contrat doit être différent de celui que l'assureur aurait conclu en l'absence de l'omission ou de la déclaration inexacte. En d'autres termes, « le risque couvert [doit être] effectivement différent du risque envisagé et compris, lors de la formation du contrat » [notre traduction]³⁸. Pourtant, la règle de common law applicable aux garanties est incompatible avec cette logique. Les décisions comme *De Hahn v. Hartley et Dawsons Ltd. v. Bonnin* ne tiennent pas compte du lien entre le risque et le contrat, mais mettent plutôt l'accent sur la lettre du contrat dans un vase clos. Par conséquent, la confiance n'est plus une préoccupation et peut même être réduite à néant. Les contrats ont été résiliés alors même qu'ils auraient pu être identiques en l'absence des déclarations inexactes. L'assuré en vient ainsi à percevoir l'assurance comme une affaire de chance, alors qu'elle devrait offrir la tranquillité d'esprit.

Les législateurs canadiens n'ont pas tardé à reconnaître les dangers inhérents au fait de permettre aux assureurs de dicter les règles de la divulgation. Les lois sur les assurances de toutes les provinces de common law comportent des dispositions au sujet de la divulgation. Cette intervention revêt plusieurs formes, selon la catégorie d'assurance concernée. Il suffit de mentionner qu'une restriction concernant l'importance des renseignements a été imposée dans l'ensemble de l'industrie des assurances³⁹. En vertu de la législation provinciale, un contrat d'assurance ne peut être déclaré nul en raison d'une omission ou d'une déclaration inexacte à moins que le problème de divulgation ne concerne des renseignements importants pour le contrat. Cette limite s'applique même si le contrat contient une garantie de véracité. Les garanties deviennent donc moins attirantes comme

38. *Carter v. Boehm*, *supra* note 7 à la p. 1164.

39. En Ontario, voir la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, c. 1.8, art. 124 (disposition générale), 148 - condition légale 1 (assurance-incendie), 183 (assurance-vie), 233 (assurance-automobile), 308 (assurance contre les accidents et la maladie).

moyen d'étendre la portée de l'obligation de divulgation. La seule exception à cette intervention concerne l'assurance maritime. Dans ce domaine, les règles de common law demeurent pleinement en vigueur, y compris celles qui concernent les garanties⁴⁰.

E. QUI DOIT DIVULGUER ?

L'obligation de divulgation ne touche pas uniquement la clientèle assurée. Dans le cas de l'assurance-vie et de l'assurance contre les accidents et la maladie, les lois provinciales sur les assurances imposent également une obligation de divulgation à la personne dont la vie ou le bien-être est assuré⁴¹. Cette personne peut être la partie assurée ou une personne avec laquelle celle-ci a un lien spécial ou dont elle a obtenu le consentement. Il est logique d'étendre la portée de l'obligation de divulgation à cette personne, puisque celle-ci est la mieux informée des circonstances touchant les risques de maladie, de décès et de blessure auxquels elle est exposée.

En théorie, l'obligation de divulgation s'applique également à l'assureur. Il s'agit d'une obligation réciproque, tout comme l'obligation de bonne foi sur laquelle elle repose. Au cours des négociations, les assureurs doivent révéler toutes les circonstances pertinentes qu'ils connaissent et que les proposants ignorent. Tel qu'il est mentionné dans *Carter v. Boehm*, « [l]a bonne foi interdit à l'une ou l'autre des parties, en dissimulant des renseignements qu'elle connaît personnellement, d'inciter l'autre à conclure un contrat en raison de son ignorance de ce fait et à croire le contraire » [notre traduction]⁴². Ce principe a même été codifié en matière d'assurance-vie⁴³. Quelles seraient les conséquences d'une omission de divulguer dans ce contexte ? Selon Lord Mansfield, le contrat serait déclaré nul et les primes seraient remboursées⁴⁴. Cette possibilité soulève une question stratégique pour la personne assurée. Dans quelles circonstances serait-il préférable pour elle d'invoquer une omission de divulguer de la part de l'assureur ? En pratique, la plupart des problèmes de divulgation sont constatés après le fait, une fois que le risque de la partie assurée s'est concrétisé ; c'est à ce moment que la véritable nature et la véritable portée du risque sont habituellement

40. Voir la *Loi sur l'assurance maritime*, L.R.O. 1990, c. M.2, art. 34-36 ; Craig Brown et Julio Menezes, *Insurance Law in Canada*, feuilles mobiles, vol. 2, Scarborough (Ont.), Thomson Carswell, 2002, c. 19 aux pp. 31-34.

41. Voir la *Loi sur les assurances*, *supra* note 39, art. 183 (assurance-vie), 308 (assurance contre les accidents et la maladie).

42. *Supra* note 7 à la p. 1164.

43. Voir la *Loi sur les assurances*, *supra* note 39, art. 185 : « L'assuré peut annuler le contrat si l'assureur omet de divulguer un fait essentiel à l'assurance ou fait une déclaration inexacte portant sur ce fait [...] ».

44. *Supra* note 7 à la p. 1164 : « La police serait également nulle à l'encontre de l'assureur, si celui-ci dissimulait un fait, par exemple, s'il assurait un navire à l'égard d'un voyage qu'il savait être terminé, et une action pourrait être intentée en vue de recouvrer la prime » [notre traduction]. Voir aussi la *Loi sur les assurances* de l'Ontario, *ibid.*

découvertes. Après ce moment, l'assureur a tout intérêt à contester la validité du contrat d'assurance. Toutefois, les intérêts de la clientèle assurée sont bien différents. Après un sinistre, la dernière chose qui préoccupe la personne assurée est sa prime. Ce qu'elle veut, c'est d'être indemnisée. C'est peut-être ce qui explique qu'en pratique, l'obligation de divulgation est utilisée comme moyen de défense (par l'assureur), mais rarement comme cause d'action (par la clientèle assurée).

Cela ne signifie pas que l'assureur n'a aucune responsabilité pratique au cours des négociations en ce qui a trait aux renseignements qu'il possède. Tel qu'il est mentionné plus haut, la loi impute certaines connaissances à l'assureur, eu égard à la compétence spéciale qu'il possède. À toutes fins utiles, cela signifie que les assureurs doivent continuellement observer les développements les plus récents dans le domaine d'activité dans lequel ils offrent des produits d'assurance. Ils ne sont pas tenus de communiquer ces renseignements à leurs vis-à-vis, mais ils ont le « devoir » de se tenir activement au courant. S'ils ne le font pas, ils s'exposent au risque qu'un tribunal rejette un moyen de défense ultérieur fondé sur une omission de divulguer⁴⁵. Dans le même esprit, l'assureur pourrait perdre le droit d'invoquer une exclusion si la partie assurée n'a pas été suffisamment informée de cette clause et des répercussions qu'elle risquait d'avoir sur ses droits⁴⁶. Il s'agit uniquement d'un principe d'interprétation des contrats, mais il a des répercussions sur le degré et la qualité de l'information fournie au cours des négociations pré-contractuelles.

Dans certaines décisions, les tribunaux sont allés plus loin : ils ont imposé aux assureurs un devoir d'informer la partie assurée et ont offert des dommages-intérêts comme réparation. La décision la plus importante sur ce point est peut-être l'arrêt *Fletcher*⁴⁷. Dans cette affaire, l'assuré a subi des dommages de 1 387 090 \$ à la suite d'un accident d'automobile. Or, il pouvait recouvrer uniquement un montant de 500 000 \$ de la personne qui avait causé l'accident, puisque l'assurance-responsabilité de cette dernière ne couvrait pas la totalité de la perte. L'assuré a poursuivi l'assureur public du Manitoba et lui a réclamé le solde, soutenant qu'il n'avait pas été informé de la protection contre les automobilistes sous-assurés, protection qu'il pouvait souscrire et qui aurait couvert le reste de ses pertes. Invoquant la doctrine établie dans *Hedley Byrne*, la Cour suprême du Canada a conclu que l'assuré s'est fié à la compétence de l'assureur et du personnel de celui-ci pour l'informer de la meilleure protection disponible⁴⁸. En échange, l'assureur a simplement fourni une brochure comportant une description générale des dif-

45. Voir *Taku Air et Johns-Manville*, *supra* note 25.

46. Voir par ex. *Reynolds v. New Zealand Insurance Co. Ltd.* (1961), 28 D.L.R. (2^e) 374, [1961-1965] I.L.R. 1-033 (B.C.S.C.).

47. *Supra* note 4.

48. *Fletcher*, *ibid.* aux pp. 209-12.

férents produits offerts. C'était là une conduite négligente qui était la cause de l'indemnité insuffisante que l'assuré avait reçue. Si celui-ci avait été avisé de l'existence de la protection contre les automobilistes sous-assurés, il aurait vraisemblablement souscrit à cette protection.

Cependant, il convient de se demander si l'arrêt *Fletcher* s'applique aux assureurs privés. D'abord, la plupart des assureurs privés offrent leurs produits par l'entremise d'intermédiaires, c'est-à-dire les agents et les courtiers. Ces personnes sont expertes dans le domaine des assurances et sont elles-mêmes tenues d'informer les proposants⁴⁹. Lorsque les proposants ont besoin de renseignements au cours des négociations, ils se fient probablement aux personnes qu'ils rencontrent personnellement plutôt qu'aux sociétés d'assurances elles-mêmes. En d'autres termes, il est possible de soutenir que les agents et les courtiers sont des « intermédiaires compétents » dont l'intervention rompt le lien de confiance entre l'assureur et la personne assurée, du moins en ce qui concerne le devoir de mise en garde⁵⁰. Cette réalité pourrait avoir un impact sur la question de savoir si la partie assurée peut poursuivre un assureur privé en invoquant l'arrêt *Fletcher*. Toutefois, elle ne touche nullement l'existence d'un droit d'action à l'encontre de l'intermédiaire. La distance entre les assurés et les assureurs privés ne fait que confirmer que ces derniers doivent tenir leurs intermédiaires au courant des avantages et restrictions de leurs produits. Les intermédiaires ne peuvent devenir « compétents » à moins d'avoir reçu toute l'information nécessaire des assureurs.

F. À QUEL MOMENT LA DIVULGATION DOIT-ELLE AVOIR LIEU ?

L'obligation de divulgation qui a été reconnue dans *Carter v. Boehm* s'applique uniquement au cours des négociations pré-contractuelles⁵¹. Une fois que le contrat d'assurance entre en vigueur, la clientèle assurée n'est nullement tenu de divulguer de nouveaux renseignements, quelle qu'en soit l'importance pour le risque ou le contrat⁵². Cette position est bien fondée. Le processus de souscription repose sur des hypothèses. Avant que l'assureur puisse accepter un risque, il doit faire des prédictions au sujet de l'avenir. À cette fin, il se fonde sur les faits que lui révèle la proposante et sur les renseignements auxquels l'industrie des assurances a accès. Bon nombre de

49. Voir Yves Le Bouthillier, « Le courtage d'assurance : la responsabilité envers la personne assurée dans les provinces canadiennes de common law » (1992) 24 R.D. Ottawa 649.

50. Voir *Hollis*, *supra* note 35. Bien entendu, la partie assurée continue de se fonder sur l'assureur pour ce qui est de la véracité des renseignements fournis et de sa promesse de payer en cas de sinistre.

51. Voir par ex. *Laurentian Insurance Co. v. Davidson*, [1932] S.C.R. 491, [1932] 2 D.L.R. 750 [*Laurentian* avec renvois aux S.C.R.].

52. Il arrive parfois qu'un certain laps de temps s'écoule entre la présentation de la demande d'assurance et l'entrée en vigueur du contrat. Lorsque des faits nouveaux sont appris au cours de cette période, ils doivent être communiqués à l'assureur. Voir *Brown*, *supra* note 24 à la p. 128, n. 104.

décisions sont fondées sur ces prévisions, notamment la décision d'assurer, le montant de la protection à offrir et celui de la prime à exiger. Tant et aussi longtemps que ces choix sont éclairés au moment où ils sont faits, l'assureur se trouve dans la même position que la personne assurée en ce qui concerne l'avenir. Aucun d'eux ne connaît avec certitude ce que l'avenir leur réserve. Cette incertitude a joué un rôle clé au cours de leurs négociations, et leurs droits et obligations ont été déterminés sur cette base. Cela étant dit, le fait d'étendre la portée de l'obligation de divulgation au-delà du processus de négociation permettrait aux assureurs d'obtenir un avantage stratégique, car ils pourraient ainsi modifier leurs hypothèses en fonction des nouveaux renseignements reçus et réviser leurs choix initiaux. En d'autres termes, ils auraient dans ces circonstances un nombre infini de chances de négocier leur contrat et, surtout, de contester les demandes d'indemnité ultérieures.

Rien n'empêche l'assureur d'étendre par contrat la portée de l'obligation de divulgation après les négociations. De nombreuses polices d'assurance renferment une stipulation obligeant la partie assurée à divulguer les changements pertinents quant au risque au fur et à mesure qu'ils sont découverts. Après la divulgation, l'assureur est habituellement autorisé à mettre fin au contrat ou à rajuster la prime, lorsque les circonstances justifient ce changement. Ces stipulations ont été jugées valides par les tribunaux⁵³.

De plus, les législateurs provinciaux ont imposé une obligation de divulgation après les négociations dans au moins deux domaines⁵⁴. En ce qui concerne l'assurance-incendie⁵⁵ et l'assurance-automobile⁵⁶, les conditions légales disposent que les assurés doivent informer leurs assureurs ou leurs agents locaux de toute modification importante des circonstances constitutives du risque dont ils ou elles ont connaissance. La détermination de l'importance est faite conformément aux principes expliqués plus haut. Une modification est importante lorsqu'elle peut influencer les choix d'un assureur raisonnable en ce qui a trait à l'acceptation du risque ou à la détermination du montant de la prime. Supposons, par exemple, qu'une personne assure sa maison, qui est chauffée principalement à l'électricité, et décide ensuite d'utiliser le bois comme principale méthode de chauffage et d'installer deux appareils de chauffage au bois. Ce changement constitue sans doute une modification importante des circonstances constitutives du risque, puisqu'il a des répercussions directes sur la probabilité que le risque

53. Voir par ex. *Ryan v. Canada Life Assurance Co.* (1999), 179 Nfld. & P.E.I.R. 306, 14 C.C.L.I. (3^e) 31, 1999 N.J. 263 (C.A.).

54. Dans le cas de l'assurance contre les accidents et la maladie, une condition légale s'applique aux changements de profession de la partie assurée. La condition énonce les changements touchant les droits et obligations de chaque partie, selon que la nouvelle profession est plus ou moins dangereuse que la profession précédente. Selon toute logique, cette condition ne peut s'appliquer à moins que la personne assurée ne soit tenu de divulguer les changements de profession importants. Voir la *Loi sur les assurances*, supra note 39, art. 300, condition légale 3.

55. Voir la *Loi sur les assurances*, *ibid.*, art. 148, condition légale 4.

56. Voir *Conditions légales—Assurance-automobile*, Règl. de l'Ont. 777/93, condition légale 1.

d'incendie se concrétise. L'assureur raisonnable voudra vraisemblablement obtenir ce renseignement au moment de faire son évaluation. Dans le cas de l'assurance-automobile, la condition légale 1 énonce une liste d'exemples de modifications importantes des circonstances constitutives du risque. Sans restreindre les règles de common law, une modification importante s'entend d'un changement dans l'intérêt assurable de la partie assurée, d'une hypothèque, d'un privilège ou d'une charge grevant l'automobile et de toute autre assurance du même intérêt.

Qu'arrive-t-il lorsqu'une partie assurée remplit cette obligation en donnant l'avis nécessaire ? Dans le cas de l'assurance-incendie, la condition légale 4 offre trois possibilités à l'assureur : (1) ne rien faire ; (2) annuler le contrat et rembourser la part non acquise de la prime versée ; (3) aviser par écrit la partie assurée que, si elle désire que le contrat demeure en vigueur, elle doit lui verser une surprime, dans les quinze jours qui suivent. Dans le cas de l'assurance-automobile, seules les deux premières options sont disponibles⁵⁷.

III. Manquement à l'obligation

A. INTRODUCTION

Une fois que l'obligation de divulguer un fait est établie, la prochaine question à examiner est le manquement. En général, l'assureur doit prouver deux éléments afin d'établir qu'il y a eu manquement. Le même fardeau de preuve incombe à la partie assurée lorsque c'est elle qui allègue une divulgation erronée⁵⁸. Le premier élément réside dans une *déclaration inexacte* ou une *omission* de la part de la partie assurée, tandis que le second réside dans *l'importance* de l'information, c'est-à-dire l'importance de la vérité. Dans certains cas, un troisième élément est exigé, soit une *intention frauduleuse* de la part de la personne assurée. Ces éléments sont reliés entre eux et sont souvent examinés ensemble dans la jurisprudence. Nous les avons cependant séparés aux fins de la présente analyse.

B. DÉCLARATION INEXACTE OU OMISSION

Que ce soit dans le domaine des assurances ou celui de la responsabilité délictuelle, toute personne qui invoque un manquement en matière de divulgation soutient en réalité que la vérité lui a été cachée. La vérité peut être dissimulée de manière active ou passive. Cette distinction concerne non pas les intentions ou les mobiles, mais la méthode utilisée pour dissimuler la vérité. Les déclarations inexactes sont des mesures actives. Il s'agit de paroles, d'écrits ou de gestes qui communiquent en soi des renseignements erronés. Il est possible d'évaluer les déclarations inexactes de manière objec-

57. *Ibid.*, condition légale 11.

58. Voir la discussion plus approfondie de cette situation aux notes 42-50 et texte correspondant.

tive, simplement en les examinant et en les comparant à la vérité. Pour leur part, les omissions sont passives. Elles reposent sur des paroles, des écrits ou des gestes, mais n'ont aucune valeur de communication intrinsèque. Les omissions ne sont ni vraies ou fausses en soi. Elles appellent des déductions et ce sont ces déductions qui peuvent être trompeuses. En d'autres termes, l'omission nécessite la participation de la personne à laquelle la vérité a été dissimulée. L'omission est trompeuse uniquement lorsqu'elle donne lieu à des déductions de fait qui sont incompatibles avec la vérité.

L'exemple qui suit illustre la différence entre une déclaration inexacte et une omission. Zoé demande deux polices d'assurance-vie. Elle est la personne dont la vie est assurée. Sur les deux formulaires de proposition, la question suivante est posée : « Fumez-vous ? » Zoé fume environ un paquet de cigarettes par mois, dans le cadre d'activités sociales. Elle fume également le cigare à l'occasion. À l'instar de bon nombre de ses amis, elle ne se considère pas comme une véritable « fumeuse ». Zoé ne croit pas que son habitude a des répercussions à long terme sur sa santé ou qu'elle devrait toucher ses primes d'assurance-vie. Ainsi, dans la première proposition, elle écrit « Je ne fume pas » tandis que, dans la seconde, elle décide de donner une réponse un peu différente et d'écrire « Je fume un cigare à l'occasion ». Quelle est la différence entre les deux réponses, sans égard aux intentions ou aux mobiles de Zoé ? Dans les deux cas, Zoé a masqué la vérité au sujet de ses habitudes en matière de consommation de tabac. Cependant, les deux réponses dissimulent la vérité de manière différente. La déclaration « Je ne fume pas » exerce une influence active sur toute personne qui la lit : à moins d'avoir des raisons de ne pas croire l'auteur, le lecteur sera automatiquement trompé par cette déclaration. C'est là un exemple clair d'une déclaration inexacte, soit une déclaration qui a pour effet de *communiquer* des renseignements erronés. La deuxième réponse est plus subtile dans sa dissimulation de la vérité. Les personnes qui lisent la déclaration « Je fume un cigare à l'occasion » ne sont pas nécessairement trompées au sujet des véritables habitudes de Zoé. À première vue, la déclaration communique des renseignements qui sont vrais. Ce qui rend la réponse trompeuse, c'est le fait que certains lecteurs déduiront, en la lisant, que Zoé ne fume pas de cigarettes. Cette déduction est nécessaire pour que la vérité soit dissimulée. D'ailleurs les lecteurs n'arriveront pas toutes à la même conclusion. Certains pourront cependant déduire de la déclaration que Zoé est une fumeuse sociale, ce qui est compatible avec la vérité. Ainsi, l'omission agit de façon distincte selon les lecteurs et nécessite la participation de la personne à laquelle la vérité est dissimulée.

Normalement, il n'est pas important de savoir si la vérité a été dissimulée de façon active ou passive en droit des assurances, parce que la distinction n'a aucune conséquence. Pourvu que la vérité soit importante, l'une ou l'autre des méthodes est suffisante pour établir un manquement à l'oblig-

ation de divulgation. C'est ce qui ressort des termes que les tribunaux et législateurs ont utilisés pour décrire la portée de l'obligation de divulgation. Effectivement, les déclarations inexactes et les omissions sont traitées sur un pied d'égalité tant dans la jurisprudence⁵⁹ que dans les lois sur les assurances⁶⁰ en ce qui a trait à leurs répercussions sur les droits des parties assurées. Il existe toutefois une exception importante. Dans le domaine de l'assurance-incendie, les lois provinciales sur les assurances sont plus exigeantes envers l'assureur qui invoque une omission afin de se soustraire à ses obligations contractuelles qu'envers celui qui allègue une déclaration inexacte. Le premier doit prouver que le proposant a omis « frauduleusement » de déclarer une circonstance qu'il est important de faire connaître à l'assureur⁶¹. Le sens du mot « frauduleusement » est examiné de façon détaillée dans une autre section de ce texte⁶². Il suffit de dire pour l'instant que cette obligation fait ressortir l'importance de la façon dont la question du manquement est formulée. Dans ce contexte, l'assureur a intérêt à classer les réponses comme des déclarations inexactes, même s'il se plaint essentiellement de la dissimulation de faits importants. La classification, qui serait par ailleurs théorique, a pour effet de déterminer des droits découlant de la loi.

Un excellent exemple de l'importance de la classification dans le domaine de l'assurance-incendie est l'arrêt *Taylor v. London Assurance Corp.*⁶³. Dans cette affaire, l'assuré était propriétaire d'un camp de bûcherons situé dans le nord de l'Ontario. Le printemps de 1932 avait été très sec et de nombreux feux de forêt avaient été déclarés dans la région. Le 24 mai, après avoir été informé d'un feu de brousse dans le canton voisin de McNish, l'assuré a demandé à son épouse de souscrire une assurance couvrant le camp de bûcherons. Lorsqu'elle a téléphoné au représentant des assureurs, l'épouse a dit qu'il y avait des incendies « partout au pays », mais n'a pas parlé précisément de l'incendie qui faisait rage dans le canton voisin [notre traduction]. Le camp a été détruit le 25 mai par suite de l'évolution constante de l'incendie du canton de McNish. Les assureurs ont refusé de payer en raison de l'absence de divulgation.

-
59. Voir par ex. *Carter v. Boehm*, *supra* note 7 aux pp. 1164-65 : « La bonne foi interdit à l'une ou l'autre des parties, en dissimulant des renseignements qu'elle connaît personnellement [...] » ; « La question qu'il faut toujours se poser est donc de savoir, compte tenu des circonstances qui existaient lorsque la police a été souscrite, s'il y a eu déclaration équitable [...] » [notre traduction].
60. *Loi sur les assurances*, *supra* note 39, par. 183(2) (assurance-vie), 233(1) (assurance-automobile), 308(2) (assurance contre les accidents et la maladie).
61. *Ibid.*, art. 148, condition légale 1. Cette condition ne s'applique pas aux changements essentiels découverts après l'entrée en vigueur de la police : condition légale 4.
62. Voir la section D—*Intention frauduleuse*, ci-dessous.
63. [1935] S.C.R. 422, [1935] 3 D.L.R. 129 [*Taylor* (C.S.C.) avec renvois aux S.C.R.], infirmant (1934), O.R. 273, [1934] 2 D.L.R. 657 (C.A.) [*Taylor* (C.A.) avec renvois aux O.R.]. La décision de première instance, qu'a rendue le juge Kelly, n'est pas publiée, mais elle est reproduite en entier dans le jugement de la Cour d'appel aux pp. 275-81 [*Taylor* (1ère instance)].

Le juge de première instance et deux des cinq juges de la Cour d'appel ont donné raison aux assureurs. Le juge Kelly, en première instance, et le juge en chef Mulock et le juge Middleton, en appel, ont considéré le manquement comme une omission et caractérisé la conduite de l'assuré (par l'entremise de l'épouse de celui-ci) comme une conduite « frauduleuse ». Toutefois, aucun de ces juges n'a expliqué pourquoi il convenait de parler de fraude dans ces circonstances⁶⁴. Qui plus est, les assureurs ont admis qu'il n'y avait pas eu de fraude de la part de l'assuré. Les trois autres juges de la Cour d'appel ont reconnu ces difficultés et affirmé la nécessité de prouver l'intention frauduleuse de la partie assurée dans le cas d'une omission. Selon le juge Masten, à l'avis duquel les juges Davis et Macdonnell ont souscrit, une omission doit être « délibérée et intentionnelle » pour constituer un manquement à l'obligation de divulgation au sens de la condition légale 1 [notre traduction]⁶⁵. Ils ont convenu avec l'assuré qu'aucune preuve de cette nature n'a été présentée. Toutefois, selon le juge Davis, l'assuré avait quand même commis un manquement à l'obligation de divulgation qui lui incombait. Par l'entremise de son épouse, l'assuré avait brossé un tableau de la situation qui ne correspondait pas à la réalité. En disant qu'il y avait des incendies « partout au pays », l'assuré avait décrit le risque comme étant « général et répandu, alors qu'en réalité, il était local et imminent » [notre traduction]⁶⁶. Après avoir souligné qu'il s'agissait là d'une *déclaration inexacte* d'une circonstance importante, le juge Davis s'est joint à ses collègues, le juge en chef Mulock et le juge Middleton, pour rejeter l'appel de l'assuré. Pour leur part, les juges Masten et Macdonnell, qui étaient dissidents, ont rejeté farouchement cette description. À leur avis, une déclaration inexacte nécessite une mesure positive de la part de la partie assurée⁶⁷. Cet ingrédient était manquant, puisque la seule déclaration formulée au sujet des feux de forêt était vraie. En bout de ligne, la Cour d'appel a rendu un jugement inhabituel : bien qu'une majorité de quatre juges aient considéré le manquement comme une omission et qu'une majorité de trois aient conclu que l'omission n'était pas « frauduleuse », les assureurs ont néanmoins échappé à leurs responsabilités contractuelles en invoquant une omission, lequel résultat va directement à l'encontre de la condition légale 1.

Même si le résultat a été corrigé, la Cour suprême du Canada n'a pas réglé le problème de classification soulevé dans *Taylor*. Le juge en chef Duff

64. Le juge de première instance a dit que l'assuré avait agi de manière frauduleuse « au sens où il n'a pas respecté l'obligation de bonne foi qui lui incombait à l'endroit des assureurs [...] » [notre traduction] : *Taylor* (1^{ère} instance), *ibid.* aux pp. 279-80. Si tel était le cas, chaque manquement à l'obligation de divulguer serait frauduleux ! Quant au juge Middleton, il a simplement comparé la « fraude » de l'assuré à une « omission de nature innocente » [notre traduction] : *Taylor* (C.A.), *ibid.* à la p. 284.

65. *Taylor* (C.A.), *ibid.* à la p. 296.

66. *Ibid.* à la p. 286.

67. *Ibid.* aux pp. 295 (juge Masten), 297-98 (juge Macdonnell).

a convenu que l'adverbe « frauduleusement » qui figure à la condition légale 1 a un sens spécial et signifie une « fraude réelle » [notre traduction]⁶⁸. Toutefois, le juge de première instance n'avait pas été saisi de la question, en raison des admissions que les assureurs ont faites tout au long de l'instance. Comme ceux-ci ne pouvaient invoquer la fraude à ce stade ultérieur, leur seul espoir résidait dans les motifs du juge Davis, qui considérait le manquement comme une déclaration inexacte. À ce sujet, le juge en chef Duff a décrit le jugement du juge Davis comme un jugement « très clair et convaincant » [notre traduction]⁶⁹. Toutefois, il a évité d'adopter une position ferme, pour deux raisons. D'abord, la « déclaration partielle des faits » [notre traduction] de l'assuré ne peut constituer une déclaration inexacte, à moins qu'elle n'ait été « faite dans le but explicite de tromper les personnes auxquelles elle était adressée » [notre traduction]⁷⁰. Aucun élément de preuve n'a été présenté sur ce point. En second lieu, et surtout, une déclaration inexacte n'a pas pour effet d'annuler une police d'assurance, à moins qu'elle n'incite l'assureur à signer le contrat sous sa forme actuelle⁷¹. Aucun élément de preuve n'a été présenté sur ce point non plus.

Il est malheureux que la Cour suprême ait contourné le problème de la classification. Dans *Taylor*, les assureurs ont allégué essentiellement qu'ils n'étaient pas au courant du feu de buisson qui faisait rage dans le canton de McNish et qu'il incombait à l'assuré de les informer à ce sujet. Il s'agit là d'un argument classique fondé sur l'omission. Le juge de première instance a examiné le litige sous cet angle, comme l'ont fait quatre juges de la Cour d'appel. Pour des raisons stratégiques, les assureurs ont décrit le manquement reproché comme une déclaration inexacte, ce qu'ils n'auraient jamais fait en l'absence de la condition légale 1. Toutefois, la seule déclaration qu'ils pouvaient invoquer était exacte sur le plan factuel. Il y avait effectivement des incendies dans toute la partie nord du pays à la date à laquelle l'assurance a été demandée. Par conséquent, aucune *déclaration inexacte* n'a été formulée au sujet des faits. En réponse, les assureurs ont soutenu que la déclaration en question était une « demi-vérité » ou une déclaration « partielle » des faits et qu'elle était encore trompeuse. Cet argument a une grande portée, parce qu'il pourrait être appliqué à des omissions purement accidentelles ou innocentes, ce qui irait à l'encontre de l'objectif que vise la condition légale 1. Le juge en chef Duff a reconnu ce danger. Toutefois, plutôt que de rejeter l'argument, il a dit qu'une déclaration partielle de faits n'équivaut pas à une déclaration inexacte, à moins qu'elle ne soit « faite dans le but de tromper »

68. *Taylor* (C.S.C.), *supra* note 63 à la p. 425.

69. *Ibid.* à la p. 428.

70. *Ibid.*

71. Voir la section IV « Incitation », ci-dessous.

[notre traduction] les personnes auxquelles elle est adressée⁷². Il y a donc lieu de se demander quelle est la différence entre une déclaration partielle de faits qui est formulée « dans le but de tromper » et une omission faite « frauduleusement ». Lorsqu'une intention de tromper est prouvée, il n'est pas nécessaire de trouver une déclaration inexacte à partir de déclarations exactes sur le plan factuel afin de contourner l'obligation d'établir la fraude qu'impose la condition légale 1. Dans le jugement de la Cour suprême dans *Taylor*, si les assureurs avaient eu cette preuve en main, ils auraient décrit le manquement de l'assuré comme une omission et auraient été tenus de le faire. Les déclarations formulées par l'épouse de l'assuré étaient vraies selon toute interprétation équitable et raisonnable⁷³. L'allégation de déclaration inexacte des assureurs aurait dû être rejetée pour ce motif. S'ils avaient des raisons de mettre en doute les mobiles ou les intentions de l'assuré, ils auraient dû présenter des éléments de preuve démontrant que celui-ci avait agi « frauduleusement » en omettant de mentionner l'incendie du canton McNish.

C. IMPORTANCE OBJECTIVE

1) *La définition*

L'obligation de divulgation ne s'applique pas à tous les faits connus de la proposante ; elle s'applique uniquement aux circonstances qui sont importantes quant au risque couvert. En conséquence, ce ne sont pas toutes les déclarations inexactes ou omissions trompeuses qui constitueront un manquement à cette obligation ; la vérité dissimulée par le proposant doit être pertinente. Cela étant dit, comment les tribunaux décident-ils si un fait est important pour un contrat d'assurance ? Qu'est-ce qu'un fait pertinent ?

Il convient de souligner au départ que l'importance d'un fait est examinée sous deux angles dans la jurisprudence et la doctrine : l'importance *objective* et l'importance *subjective*. « L'importance objective » concerne les répercussions de la vérité pour l'assureur raisonnable⁷⁴, tandis que « l'importance subjective » concerne les répercussions de la vérité sur l'assureur qui invoque le moyen de défense⁷⁵. Comment l'assureur raisonnable et celui qui se présente devant le tribunal réagiraient-ils en l'absence de l'omission de divulguer reprochée à la partie assurée ? Auraient-ils refusé carrément

72. *Taylor* (C.S.C.), *supra* note 63 à la p. 428. En toute équité, le juge en chef Duff souligne qu'une déclaration partielle d'un fait « pourrait » constituer une déclaration inexacte dans ces conditions. À cet égard, ses motifs constituent une remarque incidente. En réalité, il a rejeté l'allégation en raison de l'absence d'incitation.

73. *Taylor* n'est pas une affaire où seul un « littéralisme poussé à l'extrême » rend la déclaration vraie [notre traduction]. Voir *Condogianis v. Guardian Assurance Co., Ltd.*, [1921] 2 A.C. 125 à la p. 131, [1921] 3 Ll. L.R. 155 (P.C.).

74. L'importance objective est très souvent associée à l'arrêt *Ontario Metal Products*, *supra* note 29. Voir aussi *Brown*, *supra* note 24 à la p. 113 : « Le critère servant à déterminer si un fait est pertinent (ou "important") est un critère objectif [...] » [notre traduction].

75. L'importance subjective est très souvent associée à l'arrêt *Pan Atlantic*, *supra* note 30. Voir aussi *Brown*, *ibid.*, à la p. 114 : « Cependant, le critère comporte un élément subjectif » [notre traduction].

d'offrir la protection ? Auraient-ils augmenté leur prime ? À l'inverse, auraient-ils signé le contrat de toute façon, sous sa forme actuelle ? En termes simples, les faits sont importants sur le plan objectif lorsque leur divulgation aurait influencé la décision d'un assureur raisonnable⁷⁶, tandis qu'ils le sont sur le plan subjectif lorsque leur divulgation aurait influencé la décision de l'assureur qui soulève le moyen de défense. L'importance tant subjective qu'objective doit être établie pour que le moyen de défense soit retenu. Il ne suffit pas de prouver la réaction qu'aurait probablement eue un assureur prudent, parce que l'assureur concerné a peut-être une plus grande tolérance en ce qui concerne le risque. Cependant, l'importance subjective concerne davantage le lien de causalité que le manquement. C'est pourquoi elle sera commentée ci-dessous dans la section intitulée « Incitation ». Sauf indication contraire, les commentaires qui suivent s'appliquent exclusivement à l'importance d'un fait sur le plan objectif.

Le critère de l'assureur raisonnable a été établi dans *Ontario Metal Products*. Compte tenu de l'importance que cet arrêt a toujours en droit des assurances canadien, il convient d'en revoir les faits. Le litige portait sur une police d'assurance-vie d'une valeur de 50 000 \$ qu'avait achetée Ontario Metal Products afin d'assurer la vie de ses cadres supérieurs, notamment un homme du nom de Schuch. Chaque assuré devait remplir une déclaration et se soumettre à un examen physique. Dans sa proposition, Schuch a répondu « Aucun » à la question 18, selon laquelle il devait nommer « chaque médecin ou professionnel qui vous a traité ou a prescrit un traitement pour vous ou que vous avez consulté au cours des cinq dernières années » [notre traduction]⁷⁷. En réalité, Schuch avait vu un médecin alors qu'il accompagnait son épouse, qui avait une bronchite. Alors qu'il était consulté pour l'épouse, le médecin a également exprimé des préoccupations au sujet de l'état de santé de Schuch. Par suite de cette visite, Schuch lui-même a reçu un certain nombre d'injections d'un médicament spécial appelé Zambelleti, qui était censé combattre la fatigue et était un mélange d'arsenic, de strychnine et de fer. Le médecin en question n'a pas examiné Schuch, mais lui a laissé entendre qu'il prenait son travail trop au sérieux et était probablement trop stressé. Après avoir rempli la proposition d'assurance, Schuch a été examiné par le médecin de l'assureur, qui a certifié qu'il était en bonne santé. Quelques mois plus tard, Schuch est décédé d'un cancer qui n'a pas été détecté lorsque la proposition a été remplie. L'assureur a refusé de payer l'indemnité de

76. Dans *Pan Atlantic, ibid.*, aux pp. 517, 530-31, 532, 541 et 550-52, une faible majorité des membres de la Chambre des lords a rejeté l'argument selon lequel un risque important est un risque qui aurait un « effet décisif » sur le jugement de l'assureur raisonnable, soulignant les problèmes liés à la mise en œuvre de cette exigence. La majorité a plutôt adopté la norme plus souple de « l'effet sur l'état d'esprit » [notre traduction]. En termes simples, la question est de savoir si l'assureur raisonnable aurait tenu compte des renseignements au moment d'apprécier le risque, c'est-à-dire au moment de faire des hypothèses au sujet de celui-ci.

77. *Ontario Metal Products, supra note 29* à la p. 346.

50 000 \$ au motif que Schuch n'avait pas respecté l'obligation qui lui incombait en matière de divulgation.

En ce qui a trait au manquement, la première question était de savoir si l'assuré avait fait une omission ou une déclaration inexacte dans sa demande écrite. Le Conseil privé a présumé que la réponse à cette question était affirmative. La question 18 était suffisamment générale pour couvrir la consultation que l'assuré a eue avec son épouse et le traitement au Zambelletti qu'il a reçu. La Cour n'a pas décidé si la réponse « aucun » constituait une déclaration inexacte ou une omission⁷⁸, puisque cette décision ne donnait lieu à aucune conséquence, sauf dans les cas d'assurance-incendie. La véritable question à trancher est de savoir si les faits non révélés étaient importants pour le contrat. Plus précisément, comment les tribunaux devraient-ils déterminer si un fait est important ou non ? La société assurée a soutenu que l'importance d'un fait devrait être déterminée selon le point de vue d'un proposant raisonnable, alors que l'assureur a fait valoir qu'elle devrait plutôt être fondée sur les questions formulées dans la proposition. Le Conseil privé a rejeté les deux options. Sur le plan logique, l'assureur a raison. L'importance d'un fait devrait être analysée du point de vue de la partie qui doit se fonder sur une divulgation complète et exacte et non du point de vue de la partie tenue de se conformer à cette obligation. Toutefois, l'assureur formule mal la question fondamentale à examiner. Il s'agit en effet de savoir, non pas si la question posée par l'assureur est importante pour le contrat, mais plutôt si la *réponse* donnée par la partie assurée l'est. En mettant l'accent sur la question, l'assureur fait renaître les garanties de véracité⁷⁹. Les assureurs pourraient fixer leurs propres normes de divulgation en posant des questions généralement pertinentes (par exemple, « Avez-vous un problème de santé ? ») et le seul point en litige serait la véracité de la réponse donnée. Cette façon de procéder permettrait à l'assureur d'échapper à ses obligations contractuelles en invoquant toute déclaration inexacte ou omission, si peu importante qu'elle soit pour le contrat lui-même.

Ayant rejeté les arguments des deux parties, le Conseil privé a adopté le critère suivant pour établir l'importance d'un fait. Un fait est important pour un contrat d'assurance lorsqu'il « pourrait inciter un assureur raisonnable à refuser de couvrir le risque ou à exiger une prime plus élevée »

78. Dans son jugement, Lord Salvesen mentionne que la réponse équivaut à une « omission de divulguer ou à une déclaration inexacte » [notre traduction] : *ibid.* à la p. 352. Appliquant la définition donnée dans la section précédente, nous sommes de l'avis que la réponse est une déclaration erronée des faits qui a pour effet de communiquer activement de faux renseignements à toute personne qui lit le document.

79. Ce serait là un paradoxe, étant donné que les lois provinciales sur les assurances ont imposé le critère de l'importance dans tous les domaines de l'assurance, sauf l'assurance maritime, afin d'interdire les garanties de véracité : voir la discussion plus approfondie de cette question aux notes 34-40 et texte correspondant.

[notre traduction]⁸⁰. Dans les cas où l'assureur raisonnable aurait établi la même police en l'absence de la divulgation erronée, le fait n'est pas important pour le contrat. La détermination de l'importance est une question de fait et le fardeau de la preuve à cet égard appartient à la partie qui allègue un manquement à l'obligation de divulguer.

Dans *Ontario Metal Products*, les faits n'étaient pas importants aux fins de la police d'assurance-vie. Au cours de l'instruction, le médecin de l'assureur a témoigné qu'il aurait recommandé l'établissement de la police, même s'il avait été au courant des traitements que l'assuré a reçus. En se fondant sur ce témoignage, le juge de première instance a conclu que la conduite de l'assureur aurait probablement été la même⁸¹. Essentiellement, cette remarque concerne l'importance *subjective*, comme celle que le juge en chef Duff a formulée dans *Taylor*⁸². Le Conseil privé aurait probablement pu trancher l'appel en se fondant sur cette conclusion. La déclaration inexacte ou l'omission n'a pas incité l'assureur à établir la police de 50 000 \$. Cependant, la Cour a préféré formuler la conclusion du juge de première instance différemment, c'est-à-dire en termes objectifs. Dans l'industrie d'assurances-vie, les assureurs fondent habituellement leurs décisions sur les recommandations de leurs spécialistes dans le domaine médical. Par conséquent, si les traitements avaient été révélés, « [...] ils n'auraient pas influencé un assureur raisonnable au point de l'inciter à refuser de couvrir le risque ou à modifier la prime » [notre traduction]⁸³. Cette formulation différente ne devrait pas être considérée comme un déni de la pertinence de l'importance subjective. Dans *Pan Atlantic*, le même tribunal reconnaît qu'une divulgation erronée ne suffit pas en soi pour que le moyen de défense soit retenu : le manquement doit avoir influencé l'assureur en question⁸⁴. Le problème a été reformulé simplement par souci de logique. Il n'y avait aucun manquement à une obligation dans *Ontario Metal Products*. Par conséquent, il n'était pas nécessaire d'examiner la question de l'incitation.

2) Le fardeau de la preuve

Dans *Ontario Metal Products*, l'assureur a perdu en raison de la preuve présentée par son propre médecin. En revanche, dans *Henwood v. Prudential Insurance Co. of America*, le principal témoin appelé au nom de l'assureur a déclaré que les faits non révélés auraient influencé la décision de son employeur⁸⁵. La personne dont la vie était assurée est décédée des suites

80. *Ontario Metal Products*, *supra* note 29 aux pp. 351-52.

81. *Ibid.* à la p. 352 : « [...] il est loin d'être probable qu'il [l'assureur] aurait refusé les primes et n'aurait pas établi la police » [notre traduction] [nos italiques].

82. *Taylor* (C.S.C.), *supra* note 63 à la p. 429.

83. *Ontario Metal Products*, *supra* note 29 à la p. 352.

84. *Supra* note 30.

85. [1967] R.C.S. 720, 64 D.L.R. (2^e) 715 [*Henwood* avec renvois aux R.C.S.].

d'un accident d'automobile. Elle était âgée de 20 ans et souffrait de dépression clinique au moment de l'accident. Elle avait consulté deux psychiatres et prenait des médicaments. Aucun de ces renseignements n'avait été divulgué dans la demande d'assurance-vie qu'elle avait souscrite, même si elle s'était fait poser des questions au sujet de son état de santé. L'assureur a refusé de payer, soutenant que les omissions en question constituaient un manquement de l'assurée à l'obligation qui lui incombait de divulguer lesdits renseignements. Le directeur médical adjoint de l'assureur a mentionné au cours de son témoignage que si l'assureur avait eu en main les renseignements exacts, la prime et la protection auraient été différentes. D'autres personnes, qui étaient toutes liées à l'assureur, ont témoigné dans le même sens. Aucune des parties n'a présenté la moindre preuve au sujet des pratiques des autres assureurs. Devant la Cour suprême, la question était de savoir si l'assureur s'était déchargé du fardeau de la preuve qui lui incombait en établissant l'importance du fait non divulgué.

Il convient de souligner au départ l'absence de lien établi entre la cause du décès et l'état de santé de l'assurée. Il a été admis que la dépression n'était pas un facteur pouvant avoir provoqué l'accident. En d'autres termes, aucun lien n'avait été établi entre l'objet de l'omission et le risque qui s'est concrétisé. Cette situation peut être comparée à celle de *Carter v. Boehm*, où le fort avait été capturé par les Français. Cependant, cet aspect n'est pas pertinent pour l'établissement d'un manquement à une obligation de divulgation. Le seul lien qui importe, c'est celui qui existe entre l'omission et le *contrat* signé par les parties. Lorsqu'un assureur raisonnable n'aurait pas conclu le contrat dans ces conditions, les faits omis sont importants pour ledit contrat. Cette caractéristique de la défense relative à la divulgation erronée peut paraître troublante. En fait, l'assureur peut échapper à sa responsabilité en invoquant un risque qui ne se concrétise pas et dont les répercussions auraient pu se limiter à un accroissement de la prime. Dans son jugement dissident, le juge Spence insiste sur cet aspect et ajoute qu'il « n'affaiblit certainement pas le fardeau qui incombe à l'assureur » [notre traduction]⁸⁶. Pourtant, cette caractéristique est inévitable. Toute règle visant à empêcher la fraude et à encourager la bonne foi est façonnée par ce qui *pourrait* se produire à l'avenir, si la règle était différente. Une règle différente permettrait à une proposante de miser sur le fait que le risque non-divulgué ne se produirait pas. Une telle règle encouragerait la divulgation du strict minimum, plutôt que la bonne foi.

Quant à l'arrêt *Henwood*, la seule question qui se posait dans cette affaire était de savoir si les omissions de la société assurée étaient importantes pour la police d'assurance-vie. Le fardeau de la preuve en ce qui concerne l'importance incombait à l'assureur, dont la preuve a porté unique-

86. *Ibid.* à la p. 728.

ment sur ses propres pratiques. L'assureur n'a pas présenté un iota de preuve visant à établir ce que d'autres assureurs auraient fait, s'ils avaient obtenu les renseignements nécessaires. La question peut donc être reformulée comme suit : la preuve de l'importance subjective est-elle suffisante pour établir l'importance objective ? Selon le juge dissident, elle ne l'est pas. L'assureur devait démontrer une pratique générale dans l'industrie des assurances, mais il a plutôt fait témoigner des membres de son propre personnel et la personne qui avait été directeur de son service médical au cours des onze dernières années. De l'avis du juge Spence, c'était là une attitude très présomptueuse. En fait, l'assureur demandait à la Cour d'assimiler sa conduite probable à celle d'un assureur raisonnable. Toutefois, la majorité n'était pas de cet avis. La crédibilité des témoins de l'assureur n'a pas été contestée. Qui plus est, l'assurée n'a présenté aucun élément de preuve tendant à démontrer que la conduite probable de l'assureur était déraisonnable ou que d'autres assureurs auraient agi différemment. Par conséquent, la pleine valeur probante devait être accordée aux témoignages, ce qui suffisait pour établir l'importance aux yeux de la majorité.

Certains commentateurs font remarquer que l'arrêt *Henwood* a pour effet de répartir le fardeau de la preuve en ce qui concerne l'importance objective⁸⁷. L'assureur peut présenter une preuve d'expert au sujet de ses propres pratiques. Cette preuve peut donner lieu à une présomption selon laquelle la conduite probable de l'assureur est raisonnable⁸⁸. La partie assurée doit ensuite contester la crédibilité des témoins ou présenter une preuve indiquant l'existence d'une autre pratique qui se rapproche davantage de celle qu'un assureur raisonnable aurait adoptée dans les circonstances. Nous sommes d'accord avec cette interprétation de l'arrêt *Henwood*, mais nous formulerions la question de façon un peu différente. L'arrêt *Henwood* est le corollaire du jugement *Ontario Metal Products*. L'un comme l'autre démontrent le lien direct qui existe entre l'importance subjective et l'importance objective. La preuve indiquant la présence (*Henwood*) ou l'absence (*Ontario Metal Products*) de l'importance subjective permet également d'établir la présence (*Henwood*) ou l'absence (*Ontario Metal Products*) de l'importance objective. Pourvu que la preuve soit fiable, l'établissement de ce lien n'a rien d'inhabituel. On présume généralement que les personnes agissent de manière raisonnable et rationnelle pour ce qui est de la gestion de leurs affaires personnelles. Toutefois, supposons que la partie assurée peut prouver une grande réticence de l'assureur à l'égard du risque. En pareil cas, la preuve que l'assureur présente pour établir l'importance subjective est trompeuse pour ce qui est de l'importance objective puisque l'as-

87. Voir par ex. Baer et Rendall, *supra* note 23 aux pp. 398-401.

88. Voir par ex. *Gore Mutual Insurance Co. v. Barton, Black & Robertson Ltd.* (1979), 104 D.L.R. (3^e) 252, 12 B.C.L.R. 261 (S.C.).

sureur type accepte des risques que l'assureur concerné n'accepte pas. Il en va de même de la preuve qui est présentée au nom de l'assureur en vue d'établir l'importance objective. Si la personne assurée peut prouver que l'assureur concerné est plus tolérant à l'endroit du risque que l'assureur type, le moyen de défense échouerait en raison de l'absence d'importance subjective.

3) *Pratiques abusives*

Les arrêts *Ontario Metal Products* et *Henwood* soulèvent une question intéressante au sujet des pratiques d'assurances qui sont présentées comme preuve de l'importance objective. Les tribunaux devraient-ils avoir le pouvoir discrétionnaire de rejeter une pratique au motif qu'elle est manifestement abusive ? Dans le domaine de la responsabilité délictuelle, les coutumes peuvent être rejetées au motif qu'elles sont foncièrement déraisonnables⁸⁹. Le fait que bon nombre de gens se comportent de façon imprudente ne saurait excuser la conduite de l'auteur d'un délit. Un pouvoir discrétionnaire similaire devrait-il exister en droit des assurances ? Dans l'affirmative, quel devrait être le fondement de ce pouvoir ?

Examinons à titre d'exemple le scénario suivant, tiré d'un jugement anglais qui remonte à un certain temps déjà, l'arrêt *Horne v. Poland*⁹⁰. Dans cette affaire, un citoyen roumain qui avait vécu en Angleterre depuis l'âge de douze ans a présenté une demande d'assurance contre le vol. Dans sa proposition, il a omis de mentionner qu'il n'était pas citoyen britannique. Par suite d'un vol, l'assureur a refusé de payer la demande d'indemnité en raison de cette omission. D'après la preuve présentée pour le compte de l'assureur, la plupart des assureurs ne couvrent pas les étrangers contre le vol, en raison d'un risque moral accru. Si cette pratique est réelle, est-elle raisonnable ? Indique-t-elle l'importance objective de la citoyenneté ? Selon la Cour, tout dépend des circonstances de l'affaire. La personne assurée pourrait provenir d'un pays « où les habitudes commerciales et sociales, la formation et l'éducation que les enfants reçoivent et les opinions reçues au sujet du respect des obligations juridiques et autres sont notoirement identiques à celles qui sont en vigueur ici » [notre traduction]⁹¹. En pareil cas, l'absence de la citoyenneté britannique « ne pourrait toucher l'état d'esprit » [notre traduction] d'un assureur raisonnable⁹². Cependant, cette affaire était différente selon la Cour. L'assuré était issu d'un pays de l'Europe de l'Est, « dont les habitudes et les traditions étaient naturellement inconnues des souscripteurs » [notre traduction]⁹³. L'assuré a passé les douze premières

89. Voir *Waldick c. Malcolm*, [1991] 2 R.C.S. 456, 83 D.L.R. (4^e) 114.

90. [1922] 2 K.B. 364, [1922] All E.R. Rep. 551 [avec renvois aux All E.R. Rep.].

91. *Ibid.* à la p. 552.

92. *Ibid.*

93. *Ibid.*

années de sa vie dans ce pays, période qui est cruciale sur le plan du développement moral d'une personne. Dans ces circonstances, sa citoyenneté était importante pour le contrat et aurait dû être divulguée.

Comme le sous-entend l'arrêt *Horne v. Poland*, les tribunaux ont le pouvoir et le devoir d'évaluer les pratiques d'assurances pour s'assurer qu'elles reposent sur un fondement rationnel. Ils ne sont pas tenus d'accepter une coutume à sa face même comme preuve de l'importance objective d'un fait. Selon une présomption tacite, les assureurs raisonnables agissent de manière rationnelle lorsqu'ils prennent leurs décisions, c'est-à-dire qu'ils sont influencés par des facteurs qui ont un lien *réel* avec le risque. Lorsqu'une pratique d'assurance est fondée uniquement sur des préjugés ou des généralisations, comme la pratique que l'assureur a invoquée dans *Horne v. Poland*, le tribunal évaluera vraisemblablement le caractère raisonnable de cette pratique en fonction des circonstances propres à l'affaire. Toutefois, comme le résultat de cette cause l'indique, il n'y a aucune garantie qu'un critère de rationalité produit des résultats équitables. Effectivement, la partie décideuse peut être influencée par les mêmes généralisations qui sont à l'origine de la pratique d'assurance. De plus, la pratique elle-même peut comporter un élément choquant, même si elle repose sur un fondement rationnel. Supposons, par exemple, que les assureurs offrant de l'assurance-vie ainsi que de l'assurance contre les accidents et la maladie exigent des primes supérieures des Témoins de Jéhovah, parce que ces personnes refusent de recevoir des transfusions sanguines. Il existe vraisemblablement un lien rationnel entre ce principe bien connu de la croyance des Témoins de Jéhovah et le risque de décès ou de préjudice corporel prolongé auquel ils sont exposés. Cependant, l'assureur est-il tenu de se conformer à une norme de conduite supérieure à la rationalité ?

Il existe des restrictions législatives touchant les pratiques d'assurance. Ainsi, l'article 140 de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario interdit les distinctions injustes fondées sur la race ou la religion au cours de l'appréciation des risques⁹⁴. Cette restriction s'appliquerait certainement à l'exemple donné dans le paragraphe qui précède. De plus, les codes provinciaux sur les droits de la personne reconnaissent le droit de conclure des contrats à conditions égales, sans discrimination fondée sur certains motifs⁹⁵. La liste des motifs interdits varie d'une province à l'autre et les tribunaux ont le pouvoir de reconnaître de nouveaux motifs non énumérés dans les lois concernées au fur et à mesure qu'ils se présentent. En Ontario, quatorze motifs sont énumérés à l'article 3 du *Code des droits de la personne*. Il s'agit de la race, de l'ascendance, du lieu d'origine, de la couleur, de l'origine ethnique, de la

94. *Supra* note 39, art. 140.

95. En Ontario, voir le *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H.19, art. 3, modifié par la *Loi modifiant certaines lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H.*, L.O. 1999, c. 6, par. 28(4).

citoyenneté, de la croyance, du sexe, de l'orientation sexuelle, de l'âge, de l'état matrimonial, du partenariat avec une personne de même sexe, de l'état familial et d'un handicap. Par ailleurs, le droit de conclure des contrats à conditions égales fait l'objet de certaines restrictions. Selon l'article 22 du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, l'assureur peut établir une distinction fondée sur un sous-groupe de six motifs (l'âge, le sexe, l'état matrimonial, le partenariat avec une personne de même sexe, l'état familial ou un handicap), pourvu que cette distinction soit faite pour des « motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi »⁹⁶. Il va sans dire que les pratiques d'assurance qui sont discriminatoires en raison de l'un ou l'autre des huit motifs qui restent (la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance et l'orientation sexuelle) sont strictement interdites, qu'elles reposent ou non sur des données empiriques. Il est probable que cette interdiction s'appliquerait à la pratique défendue dans *Horne v. Poland*, soit le déni de la protection d'assurance à l'encontre du vol en raison de la citoyenneté de l'assuré.

Dans quels cas une distinction est-elle fondée sur des « motifs justifiés de façon raisonnable et de bonne foi » au sens de l'article 22 du *Code des droits de la personne* ? La Cour suprême du Canada a examiné cette question dans *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*⁹⁷. Dans cette affaire, un jeune homme célibataire contestait la façon dont les assureurs de l'Ontario calculaient les primes d'assurance-automobile. Il a soutenu que le système de classification qu'utilisait l'industrie des assurances pour déterminer les primes établissait des distinctions fondées sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial, contrairement à l'article 3 du *Code des droits de la personne*. Les assureurs ont admis qu'ils faisaient ouvertement des distinctions fondées sur ces motifs, mais ont invoqué l'article 22 en défense. Le système de classification était-il fondé sur des motifs « justifiés de façon raisonnable et de bonne foi » ?

La bonne foi n'était pas en litige dans l'arrêt *Zurich*. Le système de classification a été adopté de façon honnête, dans le but de satisfaire à des intérêts commerciaux acceptés. Le problème qui se posait concernait le caractère raisonnable de cette pratique. Selon la Cour suprême, une pratique discriminatoire est « raisonnable » au sens de l'exemption (1) si elle repose sur une pratique solidement fondée et reconnue dans le domaine des assurances et (2) s'il n'existe pas d'autre solution pratique. Essentiellement, une pratique est solidement fondée lorsqu'elle repose sur une justification

96. *Code des droits de la personne*, *ibid.*, art. 22, modifié par la *Loi modifiant certaines lois en raison de la décision dans la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H.*, L.O. 1999, c. 6, par. 28(10). Cette exemption s'applique uniquement aux rentes viagères et aux contrats d'assurance-automobile, d'assurance-vie, d'assurance-accident, d'assurance-maladie, d'assurance-invalidité et d'assurance collective.

97. [1992] 2 R.C.S. 321, (*sub nom. Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*) 93 D.L.R. (4e) 346 [*Zurich* avec renvois aux R.C.S.].

rationnelle, c'est-à-dire qu'elle permet aux assureurs d'imposer des primes proportionnelles au risque. Dans *Zurich*, une foule de statistiques ont été présentées à l'appui du système de classification alors utilisé. Les données démontraient un lien clair entre les accidents d'automobile et les critères du sexe, de l'âge et de l'état matrimonial. Cependant, si convaincantes étaient-elles, les statistiques à elles seules ne pouvaient justifier la discrimination. La Cour devait se demander s'il y avait une autre solution au régime alors en vigueur. À cet égard, l'assuré a soutenu que les primes devraient être fondées sur des caractéristiques individuelles ou des caractéristiques de groupe qui ne sont pas interdites par le *Code des droits de la personne*. Aucune des deux options n'était pratique, de l'avis de la majorité de la Cour. En termes simples, il n'y avait pas suffisamment de données établissant que d'autres critères pourraient être utilisés. La Cour a ensuite invité les membres de l'industrie des assurances à se montrer proactifs et à rechercher des solutions de rechange à l'établissement de primes fondées sur les motifs énumérés au *Code des droits de la personne*.

D. INTENTION FRAUDULEUSE

Tel qu'il est mentionné dans *Carter v. Boehm*⁹⁸, les mobiles et intentions d'une proposante ne sont pas pertinents quant à la question de savoir s'il y a eu ou non manquement à l'obligation de divulgation. En common law, tout ce qui importe, c'est de savoir si le proposant (1) a présenté de manière inexacte ou omis de divulguer (2) un fait important. Bien entendu, des termes comme « fraude » et « mauvaise foi » sont régulièrement employés pour décrire un manquement au devoir de divulguer, même dans l'arrêt clé *Carter v. Boehm*⁹⁹. Cependant, ces termes ont acquis un sens spécial en droit des assurances, soit un sens qui n'est pas fondé sur des mobiles et souhaits subjectifs. En droit des assurances, un assureur est victime de « fraude » ou de « mauvaise foi » lorsqu'il est incité à conclure un accord qu'il n'aurait pas conclu en l'absence de la non-divulgation reprochée à la proposante. En d'autres termes, le chef d'accusation demeure l'*impact* de la déclaration inexacte ou omission importante sur le contrat signé par les parties et non l'état d'esprit de la personne assurée.

Cela étant dit, les législateurs ont décrété quelques exceptions à la règle. Dans certains cas, les mobiles et intentions du proposant sont pertinents pour la détermination de l'existence d'un manquement à l'obligation de divulgation. Les législateurs provinciaux ont alourdi le fardeau de la preuve dans quatre domaines distincts. Le plus grand changement a été con-

98. *Supra* note 7 à la p. 1164 : « Même si l'omission de le révéler survient par erreur, sans intention frauduleuse, le souscripteur est quand même induit en erreur et la police est nulle [...] » [notre traduction].

99. Dans *Carter v. Boehm*, Lord Mansfield compare lui-même un manquement à l'obligation de divulgation à une « fraude » à quelques reprises. Voir par ex. *ibid.* à la p. 1164 : « La réticence à l'égard d'un tel fait constitue une fraude » [notre traduction].

staté en matière d'assurance-incendie. Dans ce domaine, le fardeau de la preuve varie selon que l'assureur soutient être victime d'une déclaration inexacte ou d'une omission. Dans un cas comme dans l'autre, l'importance objective doit être établie. Toutefois, dans le second cas, l'assureur doit également prouver que l'omission a été faite « frauduleusement »¹⁰⁰. Comme le juge en chef Duff l'a souligné dans le jugement de la Cour suprême dans *Taylor*, l'utilisation de ce mot renvoie à une « fraude *réelle* » [notre traduction] [nos italiques] ou à une « fraude *dans les faits* » [notre traduction] [nos italiques]¹⁰¹ et non au type de fraude dont parle Lord Mansfield dans *Carter v. Boehm*.

Dans l'arrêt *Taylor*, la Cour suprême n'a pas décrit le type de preuve nécessaire au soutien d'une accusation de fraude *réelle*, puisqu'elle n'a pas été saisie de la question. Toutefois, le juge en chef Duff a utilisé l'expression « intention frauduleuse » comme synonyme de la fraude réelle. Selon le professeur Brown, la condition légale 1 constitue une modification radicale en ce qui concerne l'exigence de l'importance en substituant la norme du consommateur ou de la consommatrice raisonnable à celle de l'assureur raisonnable¹⁰². Nous ne partageons pas cet avis. L'importance objective doit être établie, que l'omission de divulguer soit formulée en termes de déclaration inexacte ou d'omission. La condition légale 1 est claire à cet égard¹⁰³. Cette condition a pour effet d'accroître le fardeau de la preuve en ajoutant un élément distinct, soit l'intention de la part de la partie assurée de frauder l'assureur. Un tribunal a fait remarquer que la preuve d'un « esprit maléfaisant » [notre traduction] est nécessaire au soutien d'une accusation de fraude réelle¹⁰⁴. En d'autres termes, l'assureur doit prouver que la proposante *savait* qu'en l'absence de l'omission, l'assureur exigerait une prime plus élevée ou refuserait tout simplement d'offrir la protection. L'analyse n'est pas objective, mais subjective.

Les législateurs provinciaux ont également imposé un critère de fraude réelle dans les domaines de l'assurance-vie et de l'assurance contre les accidents et la maladie. Dans les deux cas, les assureurs disposent d'un délai de deux ans suivant la date d'entrée en vigueur du contrat pour contester celui-ci pour cause de non-divulgaration. Lorsqu'il y a contestation à l'intérieur de ce délai, les règles ordinaires s'appliquent : l'assureur doit prouver (1) une déclaration inexacte ou une omission de divulguer (2) un fait important. Dans le cas de l'assurance collective, l'assureur doit aussi établir qu'une preuve d'assurabilité a été demandée lors de la formation du

100. *Loi sur les assurances*, *supra* note 39, art. 148, condition légale 1.

101. *Supra* note 63 aux pp. 425 (« fraude réelle »), 426 et 428 (« fraude dans les faits »).

102. *Supra* note 24 à la p. 121.

103. *Loi sur les assurances*, *supra* note 39, art. 148, condition légale 1 : « [...] fait une déclaration inexacte ou omet frauduleusement de déclarer une circonstance qu'il est important de faire connaître à l'assureur [...] » [nos italiques].

104. *Chenier v. Madill* (1973), 2 O.R. (2^e) 361 à la p. 379, 43 D.L.R. (3^e) 28 (H.C.J.).

contrat¹⁰⁵. Cependant, une fois que le délai de deux ans a expiré, l'assureur doit également prouver qu'il y a eu « fraude » pour faire annuler le contrat¹⁰⁶. Il est bien évident que les législateurs provinciaux n'ont pas utilisé le mot « fraude » comme synonyme de l'omission de divulguer un fait important. S'il en avait été autrement, le délai de prescription aurait été futile. Comme dans le cas de l'exemple précédent, le mot « fraude » renvoie à une fraude *réelle* ou une fraude *dans les faits*. L'assureur doit prouver que le proposant savait et comprenait l'importance des faits qu'il a déclarés de façon inexacte ou omis de déclarer dans sa proposition. Bref, il doit être établi que la proposante tentait d'influencer la décision de l'assureur à son profit, que ce soit sur le plan de la protection ou de la prime exigée¹⁰⁷.

L'assurance-automobile est le quatrième domaine dans lequel le fardeau de prouver un manquement à l'obligation de divulgation a été alourdi. Le changement législatif n'est pas aussi prononcé que dans les exemples précédents, mais il oblige tout de même les assureurs à prouver davantage qu'une déclaration inexacte ou omission importante. Selon les lois sur les assurances, l'omission de divulguer doit être faite « sciemment »¹⁰⁸. Or, le sens de ce mot a fait l'objet d'interprétations contradictoires¹⁰⁹. En théorie, le mot « sciemment » pourrait porter sur trois aspects distincts : (1) la connaissance des *faits* qui ne sont pas dévoilés ; (2) la connaissance de la *déclaration inexacte* ou de l'*omission* concernant les faits en question ; (3) la connaissance de la nature *importante* de ces faits. Quel est le sens que le législateur entendait donner à l'adverbe ?

Le premier sens doit être éliminé, parce que ce type de connaissance est déjà exigé par les règles de common law. Tel qu'il est mentionné dans *Carter v. Boehm*, l'obligation de divulgation s'applique uniquement aux faits que le proposant connaît ou qu'il peut connaître¹¹⁰. Il ne devrait pas s'agir du troisième sens non plus, puisque ce type de connaissance est synonyme de la fraude réelle¹¹¹. En ce qui a trait à la question de la divulgation, les législateurs provinciaux ont choisi l'adverbe « frauduleusement » pour l'assurance-incendie et le mot « fraude » pour l'assurance-vie et l'assurance contre les accidents et la maladie. S'ils avaient voulu exiger une preuve de fraude réelle

105. *Loi sur les assurances*, *supra* note 39, par. 184(3) (assurance-vie), 308(3) (assurance contre les accidents et la maladie).

106. *Ibid.*, par. 184(2) et 184(3) (assurance-vie), 309(1)a) et 309(1)b) (assurance contre les accidents et la maladie). En ce qui a trait à l'assurance-vie, cette exigence ne s'applique pas à une déclaration erronée de l'âge : par. 184(1).

107. Voir par ex. *35445 Alberta Ltd. v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada* (1998), 216 A.R. 22, [1998] I.L.R. 1-3569 (C.A.), confirmant (1996), 188 A.R. 94, 40 Alta. L.R. (3^e) 44 (Q.B.).

108. En Ontario, voir la *Loi sur les assurances*, *supra* note 39, sous al. 233(1)a)(ii).

109. Voir Brown, *supra* note 24, à la p. 123. La jurisprudence est partagée entre les deuxième et troisième interprétations proposées aux présentes. Quant au professeur Brown, il appuie la troisième.

110. *Supra* notes 15-16 et texte correspondant.

111. Voir toutefois *Berkowits v. Manitoba Public Insurance Corp.* (1988) 53 Man. R. (2^e) 48, [1988] I.L.R. 1-2295 (B.R.) ; Brown, *supra* note 24 à la p. 123.

dans le domaine de l'assurance-automobile, ils auraient pu employer un concept similaire. D'ailleurs, le mot « fraude » figure dans la phrase suivante des lois sur les assurances relativement à une question qui n'a rien à voir avec la divulgation¹¹². En conséquence, nous estimons que le mot « sciemment » renvoie à un état d'esprit moins coupable que l'intention de frauder. À notre sens, il renvoie à la connaissance que la proposante possède de l'omission de divulguer elle-même¹¹³. Selon cette interprétation, la preuve d'une omission ou déclaration inexacte importante qui est faite par inadvertance ne suffit pas pour établir un manquement, bien qu'elle soit suffisante selon les règles de common law. L'assureur doit prouver que le proposant savait ce qu'il faisait. Cela signifie donc que la connaissance de la déclaration inexacte ou de l'omission suffit, quels que soient les mobiles. Cela étant dit, il convient de souligner qu'une déclaration inexacte ou omission faite « frauduleusement » englobe une déclaration inexacte ou omission faite « sciemment ». La fraude englobe en effet la connaissance. Par définition, la preuve d'une fraude réelle établira la connaissance que la proposante avait de la non-divulgation. Par conséquent, dans les cas où cette preuve existe, il importe peu que le tribunal adopte la deuxième ou la troisième interprétation. Enfin, il convient de souligner que la deuxième interprétation est aussi compatible avec le libellé des lois sur les assurances, où le mot « sciemment » se rapporte manifestement à l'énoncé « fait [...] une déclaration inexacte ou omet de divulguer [...] »¹¹⁴.

IV. Incitation

A. INTRODUCTION

Prouver l'existence d'une obligation de divulgation et d'un manquement à cette obligation ne suffit pas pour faire annuler un contrat d'assurance. L'assureur doit également démontrer qu'il a été incité à signer le contrat par la non-divulgation. Cette exigence est bien établie en droit des assurances. Lorsqu'il a commenté les principes de la divulgation obligatoire, Lord Mansfield a fait expressément allusion au concept de l'incitation dans *Carter v. Boehm*. Dans un passage souvent cité, il fait remarquer : « [l]a bonne foi interdit à l'une ou l'autre des parties, en dissimulant les renseignements qu'elle connaît personnellement, d'inciter l'autre à conclure un contrat en raison de son ignorance de ce fait et à croire le contraire » [notre traduction]

112. En Ontario, voir la *Loi sur les assurances*, supra note 39, al. 233(1)b).

113. Cette interprétation a été retenue dans les décisions suivantes : *Sleigh v. Stevenson*, [1943] 4 D.L.R. 433, [1943] O.W.N. 465 (C.A. Ont.); *Baker v. Judgment Recovery (N.S.) Ltd.* (1967), 3 N.S.R. 431, 64 D.L.R. (2^e) 442 (S.C.); *Saskatchewan Pork Producers Marketing Board v. Saskatchewan Government Insurance* (1993), 110 Sask. R. 116, 14 C.C.L.I. (2^e) 155 (Q.B.).

114. En Ontario, voir la *Loi sur les assurances*, supra note 39, sous al. 233(1)a)(ii).

[nos italiques]¹¹⁵. Le juge en chef Duff a formulé des remarques semblables dans *Taylor* au sujet de l'argument selon lequel l'omission de l'assuré de mentionner un incendie qui faisait rage à proximité constituait une déclaration inexacte plutôt qu'une omission : « [u]ne déclaration inexacte qui n'a aucun effet précis n'entraîne aucune conséquence sur le plan juridique [...] il doit s'agir d'une déclaration inexacte qui incite l'autre partie à conclure le contrat » [notre traduction] [nos italiques]¹¹⁶. Tel qu'il est mentionné plus haut, dans *Taylor* la Cour suprême a rejeté l'argument de l'assureur principalement en raison de l'absence d'incitation¹¹⁷. Plus récemment, la Chambre des lords a statué qu'un assureur ne peut faire annuler un contrat en se fondant sur une omission ou déclaration inexacte importante lorsque l'assureur n'a pas effectivement été incité à conclure le contrat par la non-divulgation en question¹¹⁸. Les lois provinciales sur les assurances renferment également une disposition générale concernant l'incitation. En Ontario, le paragraphe 124(4) de la *Loi sur les assurances* énonce : « [l]a proposition de l'assuré n'est pas réputée, si cela lui nuit, une partie du contrat d'assurance ni considérée avec ce contrat, sauf [si] [...] elle contient une déclaration inexacte importante qui a amené l'assureur à conclure le contrat » [nos italiques]¹¹⁹.

B. LA DÉFINITION

L'incitation est synonyme de l'importance subjective, dont il a été question brièvement dans la partie II de cet article. Tel qu'il est mentionné plus haut, l'importance objective concerne les répercussions de la déclaration inexacte ou de l'omission pour l'assureur raisonnable, tandis que l'importance subjective porte sur les répercussions de la divulgation erronée pour l'assureur qui invoque le moyen de défense¹²⁰. Pour établir l'importance subjective, l'assureur doit prouver que l'omission ou la déclaration inexacte était importante pour la décision qu'il s'apprêtait lui-même à prendre et qu'il en serait arrivé à un choix différent au sujet du risque, n'eût été l'absence de la divulgation erronée. En d'autres termes, en ce qui a trait à l'importance subjective, l'assureur doit prouver qu'il n'aurait pas signé le contrat dont le tribunal est saisi s'il avait su la vérité et qu'il a été incité à signer le contrat par la divulgation erronée de l'assuré. L'importance subjective constitue donc une

115. *Supra* note 7 à la p. 1164. Voir aussi le passage suivant de Lord Mansfield, à la même p. : « le souscripteur se fie à ses déclarations et agit en présumant que l'assuré ne lui cache aucun fait qu'il connaît pour induire le souscripteur en erreur et à l'amener à croire que ce fait n'existe pas et à estimer le risque comme si ce fait n'existait pas » [notre traduction] [nos italiques].

116. *Supra* note 63 à la p. 429.

117. *Supra* notes 68-71 et texte correspondant.

118. *Pan Atlantic*, *supra* note 39 à la p. 550 : « [...] si la déclaration inexacte ou la non-divulgation d'un fait important n'a pas incité les parties à conclure l'accord (au sens où cette expression est utilisée dans le domaine général des fausses déclarations), le souscripteur ne peut invoquer ce motif pour faire annuler le contrat » [notre traduction].

119. *Supra* note 39.

120. Voir la section C-I portant sur la définition de l'importance objective, ci-dessous.

condition préalable à l'incitation. L'assureur ne peut pas établir l'incitation à moins d'être en mesure de prouver qu'il aurait refusé de couvrir le risque ou demandé une prime plus élevée en l'absence de la non-divulgaration.

De plus, l'incitation s'apparente à la causalité de fait, un concept utilisé abondamment dans le droit relatif à la négligence. Les deux concepts s'appliquent dès qu'un manquement à une obligation a été établi et l'un comme l'autre visent à déterminer l'existence d'un lien entre le manquement et la position de la partie plaignante¹²¹. Ainsi, supposons qu'un consommateur subisse un préjudice causé par un produit et qu'il poursuive l'entreprise fabricant celle-ci en lui reprochant d'avoir omis de lui donner un avertissement adéquat. La partie demanderesse ne pourra pas gagner, à moins de prouver qu'elle n'aurait pas acheté le produit ou qu'elle l'aurait utilisé différemment si un avertissement satisfaisant avait été donné¹²². Dans les cas où le produit aurait été utilisé de la même manière, il n'y a aucun lien entre le manquement de la partie défenderesse (omission de donner un avertissement) et le préjudice subi par la partie demanderesse. Il en va de même d'une patiente qui poursuit un membre d'une profession de la santé en lui reprochant de ne pas lui avoir divulgué des risques importants¹²³. Si le patient aurait subi le traitement médical en tout état de cause, il n'y a aucun lien entre le manquement de la partie défenderesse (omission de divulguer) et l'état dont la partie demanderesse se plaint. Dans le même esprit, dans le cas où l'assureur en serait arrivé à la même décision malgré la non-divulgaration, il n'y a aucun lien entre le manquement de la personne assurée (déclaration inexacte ou omission importante) et la décision de l'assureur de prendre le risque en charge. Les deux événements ne sont pas reliés. Il n'y a donc aucune raison de permettre à l'assureur d'échapper à ses obligations contractuelles. Les auteurs de délit ne sont responsables que des dommages causés par leurs propres fautes et, pour reprendre l'expression du juge en chef Duff, la négligence qui ne produit « aucun effet précis » n'entraîne aucune conséquence juridique. De la même façon, la clientèle assurée doit répondre uniquement des répercussions *véritables* de ses déclarations inexactes ou omissions importantes sur la prise de décision.

Enfin, l'obligation relative à la preuve de l'incitation ajoute un élément de fraude à cet aspect du droit des assurances. Dans *Carter v. Boehm*, Lord Mansfield a utilisé la terminologie de la fraude d'au moins deux façons distinctes. Il a souligné que la preuve d'une « intention frauduleuse » n'est

121. C'est l'une des principales raisons pour lesquelles nous examinons la condition de l'incitation ou de l'importance subjective dans une section distincte de l'exigence relative à la preuve d'un manquement.

122. *Hollis*, *supra* note 33 à la p. 674. Une norme subjective est utilisée pour l'évaluation du critère de causalité.

123. *Arndt*, *supra* note 32 à la p. 547. Cependant, dans ce contexte, une norme objective modifiée est utilisée pour l'appréciation du lien de causalité.

pas nécessaire pour que le moyen de défense soit retenu¹²⁴, mais a précisé qu'un manquement à l'obligation de divulgation équivalait à une « fraude » à l'endroit de l'assureur¹²⁵. Ces déclarations ne sont pas contradictoires lorsqu'elles sont interprétées dans leur contexte. En droit des assurances, le mot fraude a acquis un sens différent de l'adjectif frauduleux¹²⁶. Dans ce contexte, l'assureur est victime de fraude lorsqu'il est *incité* à conclure un accord qu'il n'aurait pas conclu autrement. En ce qui concerne l'incitation, l'accent est mis non pas sur le mobile ou l'intention de la partie assurée, mais sur l'*effet* de son manquement sur les choix faits par l'assureur. Dans *Taylor*, la Cour suprême n'a trouvé aucune preuve d'une répercussion de cette nature, même en supposant que la déclaration selon laquelle il y avait des incendies « partout au pays » [notre traduction] pouvait être considérée comme une déclaration inexacte. La personne à laquelle la déclaration inexacte a été faite a témoigné au cours de l'instruction, mais n'a pas indiqué que cette déclaration « a eu le moindre effet sur son état d'esprit, et encore moins qu'elle l'a amenée à offrir l'assurance » [notre traduction]¹²⁷.

C. LE FARDEAU DE LA PREUVE

Cela étant dit, l'obligation de prouver l'incitation n'est pas le plus grand obstacle auquel les assureurs se heurtent. Relativement peu de moyens de défense sont rejetés pour ce motif comparativement au nombre de plaintes qui ne respectent pas les critères de l'obligation et du manquement. La raison est simple. Les tribunaux présument habituellement qu'il y a importance subjective dès que l'importance objective de la déclaration inexacte ou de l'omission a été établie. Dans *Pan Atlantic*, la Chambre des lords a souligné qu'il est raisonnable de présumer qu'un assureur se comporterait conformément aux normes de l'industrie pour apprécier les risques¹²⁸. En pratique, lorsque l'assureur établit un manquement à une obligation, il incombe à la partie assurée de prouver que l'assureur aurait agi de la même façon s'il avait été mis au courant de tous les faits importants, c'est-à-dire qu'il aurait offert une protection équivalente au même prix¹²⁹. Comme il est difficile de réfuter la présomption selon laquelle les assureurs suivent généralement les pratiques de l'industrie, il n'est pas étonnant que le critère de l'incitation

124. *Supra* note 7 à la p. 1164 : « Même si l'omission de le révéler survient par erreur, sans intention frauduleuse, le souscripteur est quand même induit en erreur et la police est nulle [...] » [notre traduction].

125. *Ibid.* : « La réticence à l'égard d'un tel fait constitue une fraude » [notre traduction].

126. Voir la discussion plus approfondie de cette question aux notes 99 et 100 et au texte correspondant.

127. *Supra* note 63 à la p. 429, juge en chef Duff.

128. *Supra* note 30 à la p. 714. Voir aussi Howard N. Bennett, « Utmost Good Faith in the House of Lords », (1995) 111 Law Q. Rev. 181 à la p. 185.

129. *Pan Atlantic*, *ibid.* ; Bennett, *ibid.*

fasse rarement l'objet d'un litige¹³⁰. Il n'est pas facile pour l'assuré de trouver un témoin comme le médecin dans l'arrêt *Ontario Metal Products*, qui a déclaré qu'il aurait recommandé la protection même si une divulgation satisfaisante avait été faite¹³¹. Il ne faut pas se surprendre non plus qu'il y ait davantage de témoins prêts à déclarer, comme dans l'arrêt *Henwood*, que leur employeur n'aurait pas offert une protection au même prix s'il avait su la vérité¹³².

D. DILIGENCE RAISONNABLE DE LA PART DE L'ASSUREUR

Le critère de l'incitation concerne les répercussions de l'omission de divulguer sur le contrat d'assurance dont le tribunal est saisi. Toutefois, une déclaration inexacte ou une omission importante n'est peut-être pas le *seul* facteur à l'origine de la décision de l'assureur quant à la protection et au prix. Supposons qu'une *deuxième* cause existe et qu'elle joue un rôle tout aussi important dans la décision de l'assureur d'accepter le risque à une certaine prime. Supposons également que cette cause réside dans le manque de diligence raisonnable dont l'assureur a fait preuve au cours de la prise de décision. Dans ces circonstances, l'assureur devrait-il pouvoir échapper aux conséquences de sa propre insouciance en critiquant la divulgation faite par la partie l'assurée ? En d'autres termes, l'assureur a-t-il vraiment été *incité* à conclure le contrat par l'omission de divulguer qu'il reproche à la personne assurée ou n'a-t-il pas plutôt été influencé par sa propre omission de prendre des mesures de précaution raisonnables ?

Les arrêts *Johns-Manville* et *Taku Air* ont été mentionnés plus haut dans le cadre de l'examen des limites de l'obligation de divulgation¹³³. Selon ces jugements de la Cour suprême, l'obligation de divulgation ne couvre pas les faits que l'assureur connaît ou auxquels il peut raisonnablement avoir accès en exerçant une prudence raisonnable¹³⁴. Cette limite a été expliquée en raison de la confiance, qui constitue le fondement de l'obligation de divulgation. En effet, lorsqu'un fait est connu ou peut l'être, il n'est pas nécessaire que l'assureur fasse confiance au proposant en ce qui concerne les renseignements à divulguer. L'assureur dispose d'une solution de rechange raisonnable à la confiance : sa propre connaissance et sa propre compé-

130. En comparaison, dans une action en dommages-intérêts fondée sur l'omission de donner un avertissement ou de divulguer un fait, les parties demandesses ne bénéficient pas d'une présomption équivalente et demeurent tenues de prouver le lien de causalité factuel, qu'il s'agisse de consommatrices ou de patients. Par conséquent, le lien de causalité est souvent mis en doute dans ces contextes. Voir *Hollis*, *supra* note 33 ; *Arndt*, *supra* note 32.

131. Voir la discussion plus approfondie de cette question ci-dessus aux notes 77-83 et texte correspondant.

132. Voir la discussion plus approfondie de cette question ci-dessus aux notes 85-88 et texte correspondant.

133. *Supra* note 25.

134. Voir la discussion plus approfondie de cette question ci-dessus aux notes 17-25 et texte correspondant.

tence. C'est pourquoi les arrêts *Johns-Manville* et *Taku Air* ont été commentés sous la rubrique générale « Obligation de divulgation » à titre d'exemples de circonstances qui ne donnent lieu à aucune obligation juridique. Toutefois, l'analyse de la Cour suprême est également justifiée en raison du critère de l'incitation. Même en supposant que les sociétés proposant étaient tenues de divulguer les faits en question et qu'elles ne se sont pas conformés à cette obligation, les assureurs n'ont pas vraiment été influencés par ces manquements. Dans un cas comme dans l'autre, le facteur déterminant a été l'insouciance de la part des assureurs.

Dans *Johns-Manville*, le litige concernait la preuve d'un lien entre l'amiante et différents problèmes de santé, notamment un cancer du poumon. Cette preuve se trouvait dans des documents de recherche scientifique appelés les rapports Selikoff. L'assurée, Johns-Manville, fabriquait des produits contenant de l'amiante. Elle avait en main les rapports Selikoff en 1970, lorsqu'elle a présenté une demande d'assurance-responsabilité. Pourtant, elle n'a rien dit à l'assureur au sujet de ces données. Cinq ans plus tard, afin de tenter de restreindre le risque croissant auquel il était exposé, l'assureur a résilié la police d'assurance-responsabilité et demandé un jugement déclaratoire ayant pour effet d'annuler rétroactivement l'assurance en raison de l'omission de l'assurée. Rejetant cette demande, la Cour suprême a souligné la nature publique de l'objet de l'omission. En faisant preuve de diligence raisonnable, l'assureur aurait découvert ce qui était notoirement connu au début des années 1970 dans les milieux scientifique et manufacturier, soit que les produits contenant de l'amiante pouvaient être nocifs pour la santé. Selon la Cour, les assureurs sont des spécialistes dans le domaine de la « spéculation » et devraient se familiariser avec les industries dont ils acceptent les risques. L'assureur ne peut « [...] tout bonnement pas s'en remettre à l'assuré et, par la suite, lui reprocher son ignorance du risque »¹³⁵. La clientèle assurée a le droit de présumer qu'un degré minimum « de diligence et de professionnalisme » sera exercé par ses vis-à-vis et que ses attentes contractuelles ne seront pas réduites à néant en raison de l'insouciance de l'assureur¹³⁶.

Dans *Taku Air*, une des questions en litige concernait le dossier des accidents de la société de l'assurée, qui était un petit transporteur aérien commercial. Lorsqu'elle a demandé une police d'assurance-vie sur la tête de ses passagers, Taku a déclaré qu'elle n'avait eu qu'un seul accident, alors qu'en réalité trois accidents s'étaient produits. De toute évidence, c'était là une déclaration inexacte d'un fait important. Cependant, la majorité des juges de la Cour suprême a conclu que ce fait était connu de l'assureur ou aurait dû l'être, compte tenu des circonstances. D'abord, Taku n'était pas

135. *Johns-Manville*, supra note 25 à la p. 619.

136. *Ibid.* à la p. 620.

un proposant ordinaire ; c'était une ancienne cliente. En fait, elle était cliente lors des trois accidents en question et l'assureur avait refusé de renouveler l'assurance précisément pour cette raison. L'assureur aurait pu aisément découvrir ce fait en consultant sa propre base de données. De plus, tous les accidents d'avion sont consignés dans une base de données centrale qui renferme l'identité des transporteurs en cause. Cette base de données est accessible au public, et l'assureur aurait pu la consulter. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Cory fait remarquer que la « norme de diligence » exigée de l'assureur est plutôt stricte dans le contexte à l'étude¹³⁷. L'assurance-vie sur la tête des passagers et passagères est obligatoire. De plus, les bénéficiaires de ce type d'assurance sont des tierces parties qui n'ont nullement participé au processus de négociation¹³⁸.

Comme l'indiquent les arrêts *Johns-Manville* et *Taku Air*, il est indubitable que l'insouciance de la part de l'assureur est pertinente quant à l'obligation de divulgation. La question est de savoir en *quoi* elle est pertinente. Dans une section précédente, nous avons critiqué l'interprétation dont les arrêts *Johns-Manville* et *Taku Air* ont fait l'objet¹³⁹. La plupart des commentateurs citent ces arrêts pour soutenir que les assureurs ont dorénavant un devoir de prudence au cours des négociations¹⁴⁰. Selon eux, dans les deux cas, les assureurs ne se sont pas conformés à leur « obligation » en omettant de tenir compte de faits qu'ils connaissaient ou auraient pu connaître. En raison de cette omission, les assureurs ne pouvaient pas invoquer les manquements de l'assurée elle-même. Pour notre part, nous sommes plutôt d'avis que les arrêts *Johns-Manville* et *Taku Air* illustrent simplement la limite de l'obligation de divulgation qu'a reconnue Lord Mansfield en 1766 : la partie assurée « n'est pas tenue de déclarer ce que le souscripteur connaît... [ou] devrait connaître » [notre traduction]¹⁴¹. En d'autres termes, dans un cas comme dans l'autre, les proposant n'ont commis aucune faute en demeurant silencieuses.

Subsidiairement, nous estimons que, dans les deux cas, l'exigence relative à la preuve de l'incitation n'était pas satisfaite, en raison de la nature de l'information. Dans *Johns-Manville*, l'assureur avait les moyens de s'enquérir au sujet des dangers inhérents à l'amiante, indépendamment des renseignements contenus dans la proposition. Il est permis d'en dire autant dans le cas de l'arrêt *Taku Air* en ce qui concerne le dossier d'accidents de la pro-

137. *Taku Air*, *supra* note 25 à la p. 642.

138. Taku a formulé une autre déclaration inexacte dans sa proposition. Elle a déclaré que son avion transportait quatre passagers, alors qu'en réalité il en transportait cinq. Contrairement au dossier des accidents, le nombre de places n'était pas un renseignement auquel l'assureur pouvait raisonnablement avoir accès. C'est pourquoi le contrat a été déclaré nul et les familles des cinq passagers décédés n'ont reçu aucune indemnité : *ibid.* aux pp. 642-44.

139. Voir ci-dessus aux notes 26-28 et texte correspondant.

140. Voir par ex. Baer et Rendall, *supra* note 23 aux pp. 376-90 ; Brown, *supra* note 24 aux pp. 115-16.

141. *Supra* note 7 à la p. 1165.

posante. Compte tenu de ces circonstances, il est difficile pour les assureurs de satisfaire au critère de l'incitation, même si l'on présume que les exposants avaient omis de divulguer tous les faits importants. Il se peut que les manquements reprochés soient en partie à l'origine de l'établissement des deux polices, mais ils n'étaient pas les seuls facteurs en cause, ni les facteurs les plus déterminants. Dans les deux cas, une circonstance clé a exercé une influence sur l'accord : l'insouciance de la part de l'assureur. Il est indéniable qu'en l'absence de cette insouciance, les polices d'assurance n'auraient pas été établies dans la même forme. Envisagée sous cet angle, la preuve de l'insouciance au cours de la procédure relative à la demande permet de réfuter la présomption d'incitation qui naît habituellement dès qu'une déclaration inexacte ou une omission importante a été établie.

v. Recours

A. INTRODUCTION

Supposons que les critères de l'obligation, du manquement et de l'incitation soient établis. Quelles sont les conséquences de cette preuve sur les droits et obligations des parties contractantes ? En d'autres termes, quels sont les recours dont disposent le plaignant (c'est-à-dire l'assureur) et la partie dont la divulgation est examinée (c'est-à-dire la partie assurée) ? Comme nous l'expliquons ci-dessous, la réponse dépend de nombreux facteurs, dont le *type* d'assurance en jeu, la *date* de la découverte du manquement et l'*intention* de la partie fautive.

B. CONTRAT NUL ET ANNULABLE

Nous commençons par quelques définitions. Les adjectifs « nul » et « annulable » sont fréquemment utilisés pour décrire l'état d'un contrat d'assurance après la découverte d'une non-divulgation. En responsabilité contractuelle, ces mots ne sont pas interchangeables¹⁴² et chacun d'eux a un sens distinct. Lorsqu'un contrat est « nul », il est littéralement inexistant depuis le début. Il n'a aucune valeur juridique et les parties ne peuvent pas le faire revivre. En revanche, lorsqu'un contrat est « annulable », il continue à lier les parties jusqu'à ce que celle qui en a la possibilité demande son annulation. Ainsi, les contrats qui vont à l'encontre de l'ordre public sont nuls, c'est-à-dire qu'ils ne produisent aucun effet, tandis que les contrats conclus par des personnes mineures sont généralement annullables, c'est-à-dire qu'ils peuvent être confirmés ou annulés au choix des mineurs¹⁴³. Cette distinction est importante sur le plan des recours. Étant donné que les contrats annullables

142. En ce qui concerne la distinction entre un contrat « nul » et un contrat « annulable » dans les règles de la responsabilité contractuelle, voir Waddams, *supra* note 35 à la p. 210.

143. *Ibid.* aux pp. 399-422 (ordre public), 481-90 (personnes mineures).

nécessitent un choix, la conduite de la partie qui a le droit de faire ce choix est pertinente comme preuve d'une confirmation ou d'une annulation. En revanche, les contrats nuls ne nécessitent aucun choix, si bien que la conduite des parties n'est pas importante pour le maintien de la validité de l'accord. En d'autres termes, les recours existant en vertu d'un contrat annulable peuvent être abandonnés, tandis que ceux qui existent en vertu d'un contrat nul ne le peuvent pas.

En droit canadien des assurances, cette distinction théorique n'est pas admise dans tous les cas. Les tribunaux et les commentateurs utilisent parfois l'adjectif « nul » dans un sens plus libéral, simplement pour indiquer que le contrat n'est *plus valide* en raison d'un événement, comme une rescision. Ainsi, la Cour d'appel de l'Ontario a récemment confirmé que l'omission de divulguer un fait important donne à l'assureur le droit de rendre la police d'assurance nulle¹⁴⁴ ; cela signifie que le contrat est annulable à la demande de l'assureur. Dans *Carter v. Boehm*, Lord Mansfield semble avoir fait un emploi similaire du mot « nul » en déclarant qu'une « police est nulle » [notre traduction] lorsque la partie assurée commet un manquement à son obligation de divulgation¹⁴⁵. Or, selon un principe fondamental du droit des contrats, une déclaration inexacte rend le contrat annulable et non nul¹⁴⁶. Aucun élément de l'arrêt *Carter v. Boehm* ou des décisions ultérieures fondées sur celui-ci ne permet de dire que Lord Mansfield a employé le mot « nul » autrement que d'une façon accessoire. De plus, les législateurs provinciaux ont démontré une nette préférence pour l'adjectif « annulable » afin de décrire les répercussions d'une divulgation erronée¹⁴⁷. Seuls les contrats d'assurance-incendie sont « nuls » dans ces circonstances¹⁴⁸. Pourtant, même cette allusion ne peut pas être prise trop à la lettre. Effectivement, selon la Cour suprême du Canada, l'assureur peut être empêché d'invoquer la défense de la non-divulgation lorsqu'il a continué d'accepter les primes alors qu'il était au courant du manquement¹⁴⁹.

En définitive, le choix de mots en décrivant les recours est secondaire.

144. *Lloyd's London, Non-Marine Underwriters v. National Armoured Ltd.* (1999), 174 D.L.R. (4e) 493 à la p. 494, (*sub nom. Non-Marine Underwriters, Lloyd's, London v. National Armoured Ltd.*) 120 O.A.C. 340 (C.A.), confirmant (1996), 42 D.L.R. (4e) 506, 44 C.C.L.I. (2e) 268 (Div. gén. Ont.).

145. *Supra* note 7 à la p. 1164.

146. M.P. Furmston, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 11e éd., Londres, Butterworths, 1986 à la p. 275.

147. En vertu des lois provinciales, les contrats d'assurance-vie et d'assurance contre les accidents et la maladie sont décrits comme des contrats « annulables » à la demande de l'assureur. Voir par ex. *Loi sur les assurances, supra* note 39, par. 183(2) (assurance-vie), 308(2) (assurance contre les accidents et la maladie). Voir aussi par. 124(5) (disposition générale), où il est fait mention de l'annulation possible du contrat dans le contexte de l'obligation de divulgation.

148. *Ibid.*, art. 148, condition légale 1 : « [...] le contrat est nul [...] ».

149. *Commerce & Industry Insurance Co. c. West End Investment Co.*, [1977] 2 R.C.S. 1036 aux pp. 1042-43, (*sub nom. Commerce & Industry Insurance Co. of Canada v. West End Investment Co.*), [1976] 1 L.R. 296. Cet arrêt portait sur un contrat d'assurance-incendie, et son interprétation selon le *Code civil du Bas Canada*.

Ce qui importe le plus, c'est l'intention qui sous-tend ce choix, c'est-à-dire les répercussions réelles sur les droits et obligations des parties. Tant et aussi longtemps que les conséquences d'une divulgation erronée demeurent les mêmes d'une situation à l'autre, le mot utilisé pour décrire l'état du contrat n'a pas d'importance. En conséquence, nous utilisons le mot « nul » tant dans son sens strict (lorsque cet emploi a de l'importance) que dans son sens libéral (lorsque cet emploi n'a pas d'importance), selon le contexte.

C. LA RÈGLE GÉNÉRALE

La règle générale peut être résumée comme suit : lorsqu'il a prouvé une obligation, un manquement et une incitation, l'assureur a droit à une déclaration portant que le contrat d'assurance est inopérant, ou « nul et non avenue »¹⁵⁰. Ce recours existe, indépendamment du fait que le risque couvert se soit déjà concrétisé ou non. En fait, les problèmes de divulgation sont soulevés surtout au cours du processus de règlement, après la présentation d'une demande d'indemnité en vertu de la police d'assurance. Une déclaration de nullité libère l'assureur de ses obligations contractuelles, actuelles et ultérieures, y compris celle d'indemniser la partie assurée. En pratique, il en résulte une perte de protection pour la personne assurée. La seule responsabilité de l'assureur consiste à rembourser à l'assuré les primes perçues pendant la durée du contrat, obligation dont l'exécution n'est pas exigée lorsque l'assuré a agi avec une intention frauduleuse¹⁵¹.

Un jugement déclaratoire portant nullité est nécessaire uniquement lorsqu'un différend réel existe au sujet de la divulgation. Dans certains cas, la question peut être réglée à l'amiable. Ainsi, lorsqu'il constate qu'il y a eu manquement à une obligation, l'assureur peut considérer le contrat comme nul et la partie assurée pourrait simplement accepter cette position, sachant que ses chances de gagner sont minces, voire inexistantes. Dans cette situation, l'assureur demanderait à l'assuré de signer une renonciation afin de le libérer de ses obligations contractuelles. Ce scénario est plus probable lorsque la divulgation erronée est constatée *avant* la matérialisation du risque. En pareil cas, la partie assurée possède d'autres moyens de protection. Elle peut souscrire une assurance ailleurs ou, si les primes sont trop élevées désormais, investir les sommes d'argent dans un fonds de compensation. Ces solutions de rechange n'existent plus lorsqu'un sinistre s'est produit. Le seul moyen dont dispose la partie assurée pour recouvrer quoi que ce soit, hormis les primes, c'est de contester la position de l'assureur devant le tribunal.

150. Nous utilisons ici le mot « nul » dans son sens libéral, pour décrire les conséquences d'un jugement sur le contrat d'assurance.

151. Brown, *supra* note 24 à la p. 115.

D. AUTRES RECOURS

L'obligation de divulgation peut faire l'objet de critiques. Par exemple, les conséquences d'un manquement sont très sévères—peut-être excessives. Cette critique semble assez juste, eu égard au fait que l'annulation peut être obtenue (1) même lorsque la personne assurée a fait une erreur honnête, (2) même après que le risque se soit concrétisé, (3) même lorsqu'il n'y a aucun lien entre le fait non divulgué et le risque, et (4) même lorsque le seul effet de la divulgation aurait été une augmentation de la prime. Il y a tout lieu de penser que, lorsque toutes ces circonstances sont réunies, le recours à l'annulation est disproportionné par rapport au manquement de la partie assurée.

Lord Mansfield a proposé une réponse à cette critique dans *Carter v. Boehm*, où il a dit que les règles régissant l'obligation de divulgation existent pour « empêcher la fraude et encourager la bonne foi » [notre traduction] [nos italiques]¹⁵². Ces règles sont peut-être strictes, mais elles sont nécessaires pour susciter la confiance à l'endroit du processus de négociation. À long terme, cette façon d'agir est profitable à tous, y compris aux personnes qui achètent des produits d'assurance. Effectivement, des règles plus souples inciteraient certains gens à duper les assureurs. Ainsi, si l'assureur pouvait demander l'annulation uniquement lorsque le manquement a été découvert avant un sinistre ou lorsqu'un lien existe entre la divulgation erronée et le risque qui s'est concrétisé, les proposants pourraient garder le silence et courir la chance qu'aucune de ces circonstances ne se produise. Tel serait également le cas si, plutôt que de perdre la totalité de la protection, la partie assurée était simplement contrainte à payer le montant supplémentaire que l'assureur aurait exigé s'il avait su la vérité. Ces régimes mèneraient inévitablement à un accroissement des primes dans l'ensemble de l'industrie, et tous paieraient pour la malhonnêteté d'une minorité.

Qui plus est, la règle générale doit être nuancée dans quatre domaines d'assurance précis. Dans le domaine de l'*assurance-incendie*, les lois provinciales sur les assurances limitent les conséquences d'un manquement dans deux circonstances. Selon la condition légale 1, le contrat n'est pas entièrement « nul » ; il est inopérant uniquement à l'égard des biens pour lesquels la déclaration inexacte ou l'omission est importante¹⁵³. Ainsi, supposons qu'une proposante déclare que deux immeubles se trouvent sur son terrain, alors qu'en réalité il y en a quatre. Si tous les immeubles étaient détruits par suite d'un incendie, la partie assurée pourrait encore demander une indemnité à l'égard de ceux qu'elle a déclarés. En d'autres termes, la condition légale 1 a pour effet de scinder le contrat en deux parties : une partie entachée de nullité et une autre qui ne l'est pas. La dernière partie demeure valide, malgré l'omission de divulguer. Une autre disposition pertinente est

152. *Supra* note 7 à la p. 1165.

153. *Loi sur les assurances*, *supra* note 39, art. 148.

la condition légale 4, qui impose l'obligation de divulguer les changements importants touchant le risque. Selon cette disposition, un changement dans les circonstances constitutives du risque « annule la partie du contrat ainsi touchée » seulement¹⁵⁴.

En ce qui concerne l'*assurance-automobile*, l'omission de divulguer un renseignement n'annule pas le contrat d'assurance ; elle a simplement pour effet d'invalider une *demande d'indemnité* que la partie assurée pourrait par ailleurs présenter en vertu du contrat et d'annuler le droit de celle-ci de recouvrer quoi que ce soit¹⁵⁵. Cette distinction n'est pas simplement théorique. Elle est très importante pour les tierces parties comme les passagers, les piétons et les autres usagers de la route. En général, les tierces parties ne sont pas à l'abri des conséquences d'une divulgation erronée ; si le contrat est annulé, tous les droits qui en découlent seront perdus. Ainsi, dans *Taku Air*, les familles de cinq passagers défunts ont perdu les avantages de l'assurance-vie parce que le transporteur avait fait une déclaration inexacte au sujet du nombre de places à bord de l'appareil¹⁵⁶. Dans le domaine de l'assurance-automobile, les répercussions seraient très différentes. Étant donné que le contrat demeure valide, les tierces parties continuent à bénéficier de la protection qu'il offre¹⁵⁷. Dans les cas pertinents, les tiers peuvent également être admissibles aux indemnités légales (sans égard à la faute), payables à même les coffres de l'assureur induit en erreur¹⁵⁸.

Enfin, en ce qui concerne l'*assurance-vie* et l'*assurance contre les accidents et la maladie*, les lois provinciales limitent les conséquences d'une divulgation erronée dans trois cas précis. D'abord, lorsqu'une déclaration inexacte concerne uniquement l'âge de la personne dont la vie ou le bien-être est assuré, le contrat ne peut pas être annulé à la demande de l'assureur. Celui-ci sera plutôt autorisé à modifier l'indemnité ou la prime en fonction de l'âge réel de la personne assurée ; en ce qui a trait à l'assurance-vie, seule la première option est disponible¹⁵⁹. En deuxième lieu, les lois fixent un délai de deux ans quant à la possibilité d'invoquer une divulgation erronée comme moyen de défense. Cela signifie que les assureurs perdent leur droit de faire annuler le contrat deux ans après avoir signé celui-ci, à moins que la divulgation erronée n'ait été faite de façon frauduleuse¹⁶⁰. Cette restriction est logique,

154. *Ibid.*

155. *Ibid.*, par. 233(1).

156. Voir ci-dessus aux notes 137-39 et texte correspondant. Qui plus est, le transporteur a fait faillite peu après l'accident, privant ainsi les familles de tout recours juridique.

157. *Loi sur les assurances*, *supra* note 39, art. 258.

158. *Ibid.*, par. 233(2).

159. *Ibid.*, par. 186(2) (assurance-vie), 312(1) (assurance contre les accidents et la maladie). Ces dispositions ne s'appliquent pas aux contrats d'assurance collective. Dans le cas de ces contrats, une déclaration inexacte de l'âge n'a pas nécessairement pour effet d'annuler le contrat et les règles de celui-ci continuent à s'appliquer : *ibid.*, art. 187 et par. 312(2).

160. *Ibid.*, par. 184(2) (assurance-vie), al. 309(1)a) (assurance contre les accidents et la maladie).

parce que ces types de contrats d'assurance demeurent longtemps en vigueur et des tierces parties en profitent autant que la personne assurée nommément désignée. Il incombe aux assureurs d'examiner les propositions le plus rapidement et le plus minutieusement possible. La troisième restriction concerne les contrats d'assurance collective, dans le cas desquels l'assureur ne peut invoquer une divulgation erronée à moins d'avoir explicitement demandé une preuve d'assurabilité dans la proposition¹⁶¹. De plus, si le moyen de défense est applicable, l'assureur disposera d'un délai de deux ans pour annuler le contrat, sauf dans les cas de fraude¹⁶².

VI. Conclusion

L'ASSURANCE EST CENSÉE procurer la tranquillité d'esprit. S'il y a quelque chose qui risque de perturber cette quiétude, c'est une allégation de non-divulgation de la part d'un assureur. Ce moyen de défense peut être soulevé après un sinistre, lorsque la personne assurée est la plus vulnérable. La défense peut être soulevée même en l'absence d'un lien entre l'objet de la déclaration inexacte ou l'omission, d'une part, et le risque qui s'est concrétisé, de l'autre. Elle peut être soulevée en présence d'une erreur honnête, ainsi que lorsque l'assureur aurait tout de même accepté le risque, n'eût été la non-divulgation—quoique pour une prime plus élevée. Afin d'avoir l'esprit tranquille, le proposant devrait faire une divulgation aussi complète que possible lors des négociations contractuelles. Le résultat sera peut-être une hausse de ses primes. Or, voilà le prix à payer pour réellement *assurer* ses attentes contractuelles. L'approche inverse est plus économique à courte échéance, mais elle comporte un risque important : le risque que la vérité soit découverte et qu'elle soit utilisée pour rejeter toute demande d'indemnisation future. « Mieux vaut prévenir que guérir ! » Ce proverbe est d'autant plus pertinent en ce qui concerne les assurances, puisque la proposante ne peut pas remédier à la non-divulgation après le fait.

161. *Ibid.*, par. 184(3) (assurance-vie), 308(3) (assurance contre les accidents et la maladie).

162. *Ibid.*, par. 184(3) (assurance-vie), al. 309(1)b) (assurance contre les accidents et la maladie).